MARIANNA MOURA GONÇALVES

PRISÃO E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS
À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR PROF. DR. GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2011

MARIANNA MOURA GONÇALVES

PRISÃO E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS
À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR PROF. DR. GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

TRABALHO APRESENTADO PARA OBTENÇÃO
DO TÍTULO DE MESTRE NO CURSO DE PÓS-
GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* DA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO
PAULO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2011

Dedico este trabalho a todos aqueles que foram imprescindíveis para a formação da pessoa que sou hoje, em especial, aos meus pais e aos meus professores, mestres na vida e na escola. Por fim, faço menção a minha querida irmã, em quem sempre encontro apoio.

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma Dissertação de Mestrado certamente não é um trabalho que se conclui sem a ajuda de muitas pessoas. Assim, não é pequena a lista de agradecimentos a ser apresentada logo nas primeiras páginas, em reconhecimento a todo empenho compartilhado com aqueles que estiveram ao meu lado ao longo dos anos dedicados à consecução deste trabalho acadêmico.

De início, agradeço ao meu orientador, PROFESSOR GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ, a quem devo todo o norte no desenvolvimento do tema e sem o qual seguramente não se poderia ter alcançado os objetivos estipulados para a presente Dissertação.

Igualmente gostaria de agradecer aos demais professores que integraram a Banca de Qualificação, PROFESSOR ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e PROFESSOR MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES, pelos seus preciosos conselhos e pelas suas sábias observações.

Ademais, agradeço aos funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que tanto auxílio me prestaram durante as pesquisas desempenhadas para a realização deste trabalho.

Por fim, um agradecimento sincero a todos os amigos e a todos os familiares que manifestaram apoio irrestrito para a superação das dificuldades que surgiram no caminho. Uma singela conversa pode trazer força e ânimo, iluminando os problemas e fazendo-nos enxergar novos caminhos.

A todos os meus agradecimentos.

SUMÁRIO

Introdução	12
 Capítulo 1 - A estrutura dos direitos fundamentais e a proporcionalidade como limite às restrições aos direitos fundamentais: considerações para o seu exame no processo penal	22
1.1 A importância do estudo da teoria dos direitos fundamentais para a análise da prisão e das demais medidas cautelares de caráter pessoal à luz da proporcionalidade	22
1.2 O conceito de direitos fundamentais	22
1.3 A dupla dimensão dos direitos fundamentais	24
1.4 Os conceitos de regra e de princípio como premissa para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais	26
1.4.1. As distinções entre regras e princípios	27
1.5 Conflitos normativos	32
1.5.1. Conflitos entre regras	33
1.5.2. Colisão entre princípios	33
1.5.3. Colisão entre regras e princípios	35
1.6 Suporte fático dos direitos fundamentais	37
1.6.1. O conceito de suporte fático dos direitos fundamentais	38
1.6.2. Elementos do suporte fático dos direitos fundamentais	40
1.7 As restrições aos direitos fundamentais	42
1.7.1. Os direitos fundamentais como direitos restringíveis ou não restringíveis: análise da teoria interna e da teoria externa como teorias sobre as restrições a direitos fundamentais	44
1.7.2. Classificação das restrições aos direitos fundamentais	47
1.7.3. Análise das espécies de restrições a direitos fundamentais à luz da teoria interna e da teoria externa.....	49
1.7.4. Os limites aos direitos fundamentais e as atividade normativas correlatas ...	56
1.8 A proporcionalidade como limite das restrições	58
1.8.1. Aspectos terminológicos	60
1.8.2. Fundamento e função da proporcionalidade	61
1.8.3. Pressupostos e requisitos da regra da proporcionalidade	65

1.8.3.1. Pressuposto formal da proporcionalidade: legalidade	67
1.8.3.2. Pressuposto material da proporcionalidade: justificação teleológica	69
1.8.3.3. Requisito extrínseco da proporcionalidade: judicialidade	72
1.8.3.4. Requisito extrínseco da proporcionalidade: motivação	73
1.8.3.5. Adequação ou idoneidade	79
1.8.3.6. Necessidade ou exigibilidade	90
1.8.3.7. Proporcionalidade em sentido estrito	92
1.9 O conteúdo essencial dos direitos fundamentais como limite às restrições	96

Capítulo 2 – O princípio da presunção de inocência como direito fundamental: a relação entre a presunção de inocência e o direito à liberdade e os reflexos sobre as hipóteses de tutela cautelar no processo penal

2.1. Considerações iniciais sobre o princípio da presunção de inocência	98
2.2. A origem histórica do princípio da presunção de inocência	100
2.3. A configuração da presunção de inocência no direito brasileiro	108
2.4. A presunção de inocência no plano infraconstitucional: os reflexos da presunção de inocência no Código de Processo Penal de 1941	115
2.5. Natureza jurídica da presunção de inocência	116
2.6. Aspectos da presunção de inocência	118
2.6.1. A presunção de inocência e a disciplina da prova no processo penal	121
2.6.2. A presunção de inocência como regra da tratamento do acusado	124
2.6.3. A presunção de inocência e a prisão cautelar	128

Capítulo 3 – A Tutela Cautelar no Processo Penal

3.1. Aspectos introdutórios	132
3.2. Finalidade das medidas cautelares	137
3.2.1. Finalidade das medidas cautelares: considerações gerais	137
3.2.2. Conceitos e distinções de tutela cautelar e de tutela antecipada	144
3.2.3. Cautela instrumental e cautela final	149
3.3. Autonomia do processo cautelar	152
3.4. Características da tutela cautelar	158
3.4.1. Instrumentalidade da tutela cautelar	159
3.4.2. Provisoriedade e revogabilidade da tutela cautelar	162
3.4.3. Acessoriedade	168

3.4.4. Referibilidade	169
3.4.5. Excepcionalidade	171
3.4.6. Jurisdicionalidade	172
3.5. Classificação das medidas cautelares	173
3.6. Pressupostos das medidas cautelares	175
3.6.1. <i>Fumus boni iuris</i> e <i>periculum in mora</i>	176
3.6.2. <i>Fumus comissi delicti</i> e <i>periculum libertatis</i>	182
3.6.3. Disciplina normativa da prisão temporária e da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro	188
3.7. Poder geral de cautela	192
3.7.1. O poder geral de cautela no sistema processual civil	192
3.7.2. O poder geral de cautela no sistema processual penal	195
 Capítulo 4 - Prisão cautelar e outras medidas restritivas de caráter pessoal no Ordenamento Jurídico Comparado	 204
4.1. Sistema processual penal português	205
4.1.1. Disposições constitucionais relacionadas à presunção de inocência e ao direito à liberdade	205
4.1.2. Requisitos e condições de aplicação das medidas de coação admissíveis	206
4.1.3. Medidas de coação do sistema processual penal português	208
4.1.3.1. Termo de identidade e de residência	209
4.1.3.2. Caução	209
4.1.3.3. Obrigação de apresentação periódica	211
4.1.3.4. Suspensão do exercício de funções, de profissão ou de direitos	212
4.1.3.5. Proibição de permanência, de ausência e de contatos	213
4.1.3.6. Obrigação de permanência na habitação	214
4.2. Sistema processual penal espanhol	216
4.2.1. Disposições constitucionais relacionadas à presunção de inocência e ao direito à liberdade	216
4.2.2. Medidas cautelares em espécie	218
4.2.2.1. A citação cautelar	218
4.2.2.2. A detenção	219
4.2.2.3. A prisão provisória	224
4.2.2.4. A liberdade provisória	228

4.2.2.5. O afastamento cautelar	229
4.2.2.6. A ordem de proteção	230
4.2.2.7. Outras medidas cautelares	231
4.3. Sistema processual penal alemão	232
4.3.1. Disposições constitucionais	232
4.3.2. Condições gerais de aplicação das medidas cautelares de caráter pessoal e disciplina da prisão preventiva	233
4.3.3. Outras medidas coercitivas de caráter pessoal	238
4.4. Sistema processual penal italiano	239
4.4.1. Disposições constitucionais do ordenamento jurídico italiano	239
4.4.2. Condições gerais de aplicação das medidas cautelares	240
4.4.3. Espécies de medidas cautelares	243
4.5. Os ordenamentos jurídicos estrangeiros e o ordenamento jurídico brasileiro	245

Capítulo 5 – As medidas restritivas de caráter pessoal no ordenamento jurídico brasileiro

5. 1. Considerações iniciais sobre a prisão no ordenamento jurídico brasileiro	251
5.2. A prisão provisória no ordenamento jurídico brasileiro	253
5.3. Modalidades de prisão provisória no ordenamento jurídico brasileiro	257
5.3.1. Prisão em flagrante	257
5.3.2. Conceito	257
5.3.3. Situações de flagrante delito	258
5.3.4. A cautelaridade da prisão em flagrante	261
5.4. Prisão preventiva	266
5.4.1. A disciplina da prisão preventiva no Código de Processo Penal brasileiro..	266
5.4.2. Pressupostos para decretação da prisão preventiva	267
5.4.3. Garantia da ordem pública	268
5.4.4. Garantia da ordem econômica	274
5.4.5. Garantia da aplicação da lei penal	275
5.4.6. Conveniência da instrução criminal	276
5.4.7. Requisitos para a decretação da prisão preventiva	276
5.5. Prisão temporária	278
5.5.1. Considerações iniciais sobre a prisão temporária	278
5.5.2. Conceito	280

5.5.3. A natureza jurídica da prisão temporária	280
5.5.4. A cautelaridade da prisão temporária	286
5.6. Liberdade provisória	292
5.6.1. Considerações gerais	292
5.6.2. Críticas à expressão “liberdade provisória”	293
5.6.3. Natureza jurídica da liberdade provisória	294
5.6.4. Espécies de liberdade provisória	296
5.6.5. Liberdade provisória mediante fiança	297
5.6.6. A reforma procedida pela lei n.º 6.416./1977 e a relevância da fiança no sistema processual penal vigente	300
5.6.7. Liberdade provisória vinculada sem fiança	304
5.6.8. A liberdade provisória como direito subjetivo do imputado.....	305
5.7. Medidas restritivas a direitos individuais diversas da prisão provisória no ordenamento jurídico brasileiro	306
5.7.1. A medida restritiva de direitos da Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997.....	307
5.7.2. A medida de afastamento do lar da Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006	310
5.7.3. A medida de afastamento do funcionário público de suas atividades da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006	312
5.7.4. A medida de afastamento do prefeito do cargo nos crimes de responsabilidade do Decreto Lei n.º 201/67	314
5.7.5. A medida de afastamento do agente público do cargo, emprego ou função do artigo 20 da Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992	315.
5.8. A necessidade de se investigar outras medidas restritivas de direitos individuais de caráter pessoal diversas da prisão provisória	316
5.8.1. Medidas restritivas a direitos individuais de caráter pessoal diversas da prisão provisória: medidas alternativas, medidas substitutivas e medidas autônomas à prisão provisória	321
5.9. Propostas de reforma do sistema processual penal brasileiro relativas às medidas cautelares de caráter pessoal no ordenamento jurídico brasileiro	326
5.9.1. Os objetivos da reforma processual no campo das medidas cautelares de caráter pessoal	327
5.9.2. Comentários ao Projeto de Lei n.º 111/2008	330

5.9.3. Comentários ao Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009	337
5.9.3.1. A estrutura do livro das medidas cautelares do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009	340
5.9.3.2. As espécies de medidas cautelares de carácter pessoal no Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009	343
5.9.3.3. O monitoramento eletrônico como medida cautelar no Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009	348
5.9.3.4. Comentários às mudanças do Projeto de Lei n.º 156, de 2009, quanto às medidas cautelares de carácter pessoal no processo penal à luz das características da tutela cautelar	350
5.9.3.5. As medidas cautelares de carácter pessoal e a jurisdiicionalidade ..	351
5.9.3.6. A convalidação da prisão em flagrante delito pela autoridade jurisdicional	353
5.9.3.7. As medidas cautelares de carácter pessoal e a motivação das decisões.....	355
5.9.3.8. As medidas cautelares de carácter pessoal e a provisoriedade	356
5.9.3.9. A excepcionalidade das medidas cautelares pessoais e o carácter subsidiário da prisão preventiva em face das demais medidas cautelares de carácter pessoal	362
5.9.3.10. As medidas cautelares de carácter pessoal e a demonstração dos pressupostos da tutela cautelar	363
5.9.3.11. A manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e para a garantia da ordem econômica no Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009	365
5.9.3.12. Regramentos relativos à imposição de medidas cautelares de carácter pessoal no Projeto de Lei n.º 156, de 2009	368
5.9.3.13. As medidas cautelares de carácter pessoal e a exigência de proporcionalidade nas intervenções nos direitos fundamentais	369

Capítulo 6 – Análise medidas restritivas a direitos individuais de carácter pessoal adotadas no curso da persecução penal como intervenções à liberdade sob o enfoque da presunção de inocência: controle a partir da proporcionalidade

6.1. Prisão e demais medidas restritivas a direitos individuais de carácter pessoal à luz da proporcionalidade	373
--	-----

6.2. Medidas restritivas a direitos individuais adotadas em âmbito processual penal à luz da legalidade como pressuposto da proporcionalidade <i>lato sensu</i>	376
6.2.1. Análise dos termos genéricos empregados pelo legislador no tratamento da prisão preventiva e da prisão temporária	377
6.2.2. Análise da decretação da prisão temporária: a questão da autonomia dos incisos e a existência dos pressupostos cautelares	381
6.2.3. Análise das medidas restritivas de liberdade inominadas decretadas com base no poder geral de cautela da autoridade jurisdicional	382
6.3. Medidas restritivas a direitos individuais adotadas em âmbito processual penal à luz da justificação constitucional como pressuposto da proporcionalidade <i>lato sensu</i>	387
6.3.1. Análise da vedação legal absoluta à concessão de liberdade provisória	389
6.3.2. Análise da vedação absoluta à concessão de liberdade provisória na Lei n.º 11.343, de 2006	396
6.4. Medidas restritivas a direitos individuais adotadas em âmbito processual penal à luz da judicialidade como requisito extrínseco da proporcionalidade <i>lato sensu</i>	400
6.5. Medidas restritivas a direitos individuais adotadas em âmbito processual penal à luz da motivação como requisito extrínseco da proporcionalidade <i>lato sensu</i>	402
6.6. Medidas restritivas a direitos individuais adotadas em âmbito processual penal à luz da adequação como requisito intrínseco da proporcionalidade <i>lato sensu</i>	410
6.6.1. Análise da sub-regra da adequação ou da idoneidade: a adequação qualitativa	414
6.6.2. Análise da sub-regra da adequação ou da idoneidade: a adequação quantitativa	426
6.6.3. Análise da sub-regra da adequação ou da idoneidade: a adequação subjetiva.....	429
6.7. Medidas restritivas a direitos individuais adotadas em âmbito processual penal à luz da necessidade como requisito intrínseco da proporcionalidade <i>lato sensu</i>	430
6.8. Medidas restritivas a direitos individuais adotadas em âmbito processual penal à luz da proporcionalidade em sentido estrito como requisito intrínseco da proporcionalidade <i>lato sensu</i>	439
6.8.1. Fim imediato da persecução penal	444
6.8.2. Fins mediatos: o direito à manutenção da ordem social e da segurança social.....	448

6.8.3. Medidas restritivas de caráter pessoal no sistema processual penal: a natureza cautelar destas restrições	455
6.8.4. Finalidades não cautelares atribuídas à prisão provisória	458
6.8.4.1. Prisão provisória com finalidade de prevenção geral	458
6.8.4.2. Prisão provisória com finalidade de prevenção especial	461
6.8.4.3. Prisão provisória com finalidade de atender ao clamor público ...	463
6.9. Medidas restritivas de caráter pessoal no sistema processual penal: as finalidades materiais destas restrições e a presunção de inocência	465
6.10. A atuação jurisdicional no controle da proporcionalidade	470
Conclusão	475
Bibliografia	478
Resumo	495
Abstract	496

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho acadêmico consiste em discutir e em reavaliar as principais indagações em torno da prisão e da liberdade no processo penal brasileiro, tendo por objetivo investigar o fundamento da decretação de medidas restritivas a direitos individuais no curso da persecução penal e a legitimidade destas intervenções estatais à luz da proporcionalidade no ordenamento jurídico nacional.

Para a consecução desse escopo, objetiva-se a análise da proporcionalidade, em seus pressupostos e em seus requisitos, revelando-se esta tarefa de notável importância para a investigação da legitimidade da prisão provisória, bem como para a análise da ponderação entre o direito de liberdade individual e o reconhecimento do estado de inocência do imputado e os imperativos de ordem coletiva.

Ademais, através deste exame, procurar-se-á identificar as justificativas para o recurso constante à prisão provisória, sem dúvida, a restrição de magnitude intensa à liberdade individual, compulsando as alternativas a esta providência e apresentando uma releitura do balanceamento entre a segurança social e o direito de liberdade individual.

De fato, a análise da ponderação entre uma proteção penal eficiente e o resguardo dos direitos individuais conduz, inevitavelmente, a uma necessária investigação de medidas restritivas a direitos individuais diversas da prisão provisória.¹ Assim, almeja-se um estudo das propostas legislativas constantes do nosso sistema jurídico e de sistemas processuais estrangeiros.

O recurso às medidas cautelares de caráter pessoal revela-se uma constante nos sistemas processuais penais contemporâneos e renova importantes discussões acerca dos limites da pretensão punitiva estatal. Sem dúvida, entre estas providências, a prisão provisória destaca-se por sua extrema gravidade e por sua particular eficiência no resguardo dos escopos processuais. No entanto, os efeitos deletérios acarretados pela permanência precoce no cárcere e impostos ao indivíduo presumidamente inocente justificam uma revisão do tratamento direcionado a esta temática, assim como

¹ Neste sentido, O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 656-658.

demandam uma nova leitura da ponderação que se tem feito entre a garantia de segurança social e o direito de liberdade individual e a presunção de inocência.

Ora, o questionamento central aos ordenamentos jurídicos contemporâneos, quando a temática envolve aspectos substanciais da pretensão punitiva estatal, consiste em encontrar reais e eficientes alternativas à tradicional sanção punitiva, em especial a pena privativa de liberdade.² De fato, é notória a inadequação deste instituto aos seus proclamados e controversos objetivos de retribuir, de intimidar e de ressocializar os condenados.³

A pena privativa de liberdade, em seu caráter punitivo e expiatório, atende tão-somente à conveniência da sociedade em se ver alijada dos males representados por aqueles que delinquiram, além de proporcionar, como já destacado, uma degradação ainda mais intensa à esfera subjetiva dos apenados, o que torna absolutamente contraditória a pretensão de ressocializar através do cárcere.⁴ Os malefícios da prisão, assim como do fenômeno da prisionização decorrente do cotidiano carcerário, apresentam-se de tal forma incisivos, que têm sido objeto de constante e de uniforme alerta por parte da doutrina.⁵

Sem dúvida, as perspectivas da submissão de indivíduos à semelhante restrição de liberdade, às condições deletérias do sistema penitenciário e ao completo distanciamento dos valores sociais vigentes na realidade externa⁶ não acenam para o êxito do instituto, ao contrário, revelam a verdadeira experiência de abandono e de marginalização social a que são entregues no cotidiano dos estabelecimentos penitenciários. E, ao contrário do que se poderia concluir, esta realidade, há muito constatada, coloca-se como uma decorrência natural de uma instituição marcada por um

² Neste sentido, N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 204; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 658; D. H. OBLIGADO, *Las medidas cautelares del proceso penal*, in C. A. C. DÍAZ e D. H. OBLIGADO (coord.), *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*, Rosario, Jurídica Nova Tesis, 2005, p. 342-343; R. S. M. CRUZ, *Prisão cautelar – dramas, princípios e alternativas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 132.

³ Cf. A. A. DE SÁ, *Prisionização – um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 21, jan./mar1998, p. 117.

⁴ Cf. A. A. DE SÁ, *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*, in *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 5, n. 11, 2000, p. 28.

⁵ Cf. A. A. DE SÁ, *Prisionização – um dilema ...*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *op. cit.*, p. 117; A. BARATTA, *Por um concepto crítico de reintegración social del condenado*, in Oliveira, E., *Criminologia Crítica (Fórum Internacional de Criminologia Crítica)*, Belém, CEJUP, 1990, p. 141-157; MOURA, M. T. R. de A., *Execução Penal e Falência do Sistema Carcerário*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 29, jan.-mar.2000, p. 351-363.

⁶ Ou realidade “extra-muro”, como refere Augusto Thompson em *A Questão Penitenciária*, 5.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 11-15.

antagonismo evidente, em que se busca a integração aos valores sociais através do isolamento em face da comunidade.

Nesta esteira, é natural que as discussões em torno de alternativas à pena privativa de liberdade estendam-se, com maior razão, à prisão provisória. As restrições à liberdade individual e os inconvenientes aspectos da realidade carcerária emergem ainda mais agressivos aos direitos individuais, quando se tem em vista a sua adoção em caráter provisório, além de suscitarem a indiscutível necessidade de se conceber providências menos gravosas para se alcançar equivalente eficiência processual.⁷

E, de fato, torna-se ainda mais incisiva a inadequação do cárcere, quando se tem em vista a prisão provisória. Esta providência, ainda quando atue de modo estritamente processual e isenta de quaisquer antecipações dos efeitos de eventual condenação, como se quer sustentar em teoria, apresenta efeitos práticos de extrema gravidade e que não podem ser negligenciados pela doutrina.⁸

Em primeiro lugar, a limitação cautelar à liberdade impõe ao preso provisório uma experiência prematura na realidade carcerária, uma vez que é de conhecimento que, em face das inúmeras dificuldades e das insuficiências materiais enfrentadas pelo sistema penitenciário, a segregação entre presos já condenados e aqueles que ainda se encontram sujeitos a um processo revela-se absolutamente impraticável.⁹

⁷ Neste sentido, destacando os efeitos colaterais perversos da prisão cautelar, Odone Sanguiné assinala que a “antecipação dos efeitos da pena que a prisão provisória implica é mais gravosa para o sujeito do que o cumprimento da própria pena mesma, já que se encontra submetido à incerteza derivada do desconhecimento do tempo real em que estará privado de liberdade”. Mais adiante, o autor reconhece que, em parte, o recurso excessivo à prisão provisória resulta de “um cruzamento perverso de vários fatores”, entre os quais se situa “o culto judiciário da prisão preventiva que pode ter sido induzido ou facilitado, entre outros aspectos, pela ausência ou pelo elenco limitado de medidas alternativas (...)” (*Efeitos perversos da prisão cautelar*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n.86, set.-out./2010, p. 292-293).

⁸ Como será demonstrado ao longo da exposição, a atuação estritamente instrumental da prisão provisória, no sentido de voltar-se tão-somente ao resguardo dos escopos processuais como nítida providência cautelar, convive com posturas diversas, as quais, em outro extremo, admitem a prisão provisória por razões materiais (Cf. M. Z. DE MORAES, *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. 338).

⁹ Como destaca Odone Sanguiné, uma das principais objeções apontadas pela doutrina à prisão provisória consiste no grave perigo de contágio criminal, resultante do amontoamento da população presa em virtude da escassez de recursos materiais e financeiros para se resguardar o isolamento adequado dos presos provisórios do restante da massa reclusa. (*Prisão provisória e princípios constitucionais*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v.5, n.2, abr.-jun./1992, p. 96). Neste sentido, a crítica de Weber Martins Batista: “Um dos principais problemas dos presos provisoriamente é a vida promíscua com os condenados, às vezes, criminosos perigosos. Apesar disso, em razão das dificuldades materiais que enfrentamos, o legislador pátrio só pode dizer que, ‘sempre que possível’, as pessoas provisoriamente presas ficarão separadas das que já estiverem

Além disso, em uma perspectiva criminológica crítica, a segregação imposta em caráter provisório apresenta-se notoriamente estigmatizante, assim como a prisão com caráter de pena, o que imprime ao indivíduo um traço marcante que condiciona e determina as suas interações sociais, colaborando para um recrudescimento do abismo social em que já se encontrava inserido.¹⁰

Por todas essas considerações, a imposição da prisão em caráter provisório consiste em uma medida odiosa, a qual se deve recorrer em casos de extrema necessidade e com a devida ponderação. Ocorre que o recurso a este instrumento tem se demonstrado constante nos sistemas processuais penais contemporâneos. Mais do que isto: a utilização indiscriminada da prisão provisória demonstra que esta se revela a principal e a mais eficaz providência, não somente para assegurar a utilidade de eventual pronunciamento condenatório, finalidade comum a toda medida cautelar, mas também para o imediato contraste aos crimes de maior incidência social, já que denuncia uma postura repressiva e enérgica que atende aos anseios da coletividade incapaz de tolerar uma resposta punitiva tão-somente anos após o cometimento do delito.

Desta forma, como ressalta Roberto Delmanto Júnior, a prisão provisória assume aspectos de verdadeira “justiça sumária” e prematura. Vale-se do cárcere provisório com o propósito primordial de se alcançar a exigência de justiça, tendo em vista ser esta uma providência cômoda, que, aliada a celeridade com que é decretável, proporciona à comunidade uma “sensação de eficácia do sistema penal, de resposta

definitivamente condenadas (...) O nosso ‘sempre que possível’ significa, na realidade prática, um “nunca possível”. O comum é ver réus apenas processados junto com criminosos já condenados (...). (*Liberdade provisória*, op. cit., p. 19). Esta a crítica de Fernando da Costa Tourinho Filho: “Embora o art. 300 do CPP diga que ‘sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas’, o certo é que, na prática, dificilmente se observa tal preceito, por absoluta impossibilidade material. A lei, nesse particular não passou de uma promessa ‘vã e platônica’. E, assim, pessoas ainda não reconhecidamente culpadas ficam em irritante promiscuidade com réus já condenados e cujos antecedentes espelham uma velha e reiterada atuação nas esferas do vício e do crime”. (*Da Prisão e da Liberdade Provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul.-set. 1994, p. 73).

¹⁰ Cf. A. A. DE SÁ, *Prisionização – um dilema ...*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, op. cit., p. 117-118. Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina, em suas considerações acerca da Teoria do Etiquetamento, destacam o efeito criminógeno da pena e sua capacidade de potencializar o “conflito social ao invés de resolvê-lo; potencia e perpetua a desviação, consolida o desviado em seu *status* de delinqüente e gera os estereótipos e etiologias que supõem que pretende evitar, ensejando, deste modo, um lamentável círculo vicioso (*self-fulfilling prophecy*). (*Criminologia*, 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 322).

jurisdicional rápida e severa, uma vez que a prisão é, antes de tudo, a maior dentre as humilhações que o processo penal pode impor a uma pessoa”.¹¹

O recurso insistente à prisão provisória, com propósitos que notoriamente escapam ao seu caráter cautelar, demonstra que a utilidade prática das providências cautelares assume uma feição extremamente problemática no campo processual penal, em especial no tocante às medidas de caráter pessoal. Em que pesem as inúmeras críticas, não há como deixar de reconhecer a função essencial desempenhada pela tutela cautelar e sua importância para o efetivo e o útil desempenho da atividade jurisdicional através do *processo*.

Com efeito, a solução imediata dos litígios através dos mecanismos jurisdicionais instituídos pelo Estado remete a um ordenamento jurídico obviamente ideal, em que as demandas promovidas pudessem ser prontamente atendidas e, de forma justa e adequada, devidamente solucionados os inúmeros e os diversos conflitos sociais. Esta, no entanto, não se mostrou a opção viável aos sistemas jurídicos contemporâneos, em que se mostra presente o reconhecimento de uma considerável gama de direitos e de garantias processuais, sem as quais não se concebe a realização do que se convencionou chamar devido processo legal.¹²

Nesta esteira, há que se concluir que a instrumentalidade do processo encontra, em âmbito processual penal, uma conotação verdadeiramente especial e diferenciada, o que orienta a interpretação e a compreensão de seus institutos.¹³ Logo, não há dúvida de que os ordenamentos jurídicos modernos - tão zelosos pelo resguardo dos direitos e das garantias individuais - não poderão jamais descurar da estrutura processual penal delineada por suas normas, uma vez que os institutos processuais são determinantes para conduzir a índole democrática ou autoritária de um determinado sistema jurídico.

¹¹ *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 11. Neste sentido, W. HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy - norma, interpretación, procedimiento - límites de la prisión preventiva*, 2.ª ed., trad. por P. S. ZIFFER, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, p. 119; O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva - criminalista do século*, São Paulo, Método, 2001, p. 267; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e direitos e garantias individuais*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 28.

¹² Nos termos do artigo 5.º, inciso LIV, da Constituição brasileira de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

¹³ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *A instrumentalidade garantista do processo penal*, in *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, ano 2, n.º 2, jan.-abr./2001, p. 17-19; A. T. DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra, 1997, p. 262.

Ocorre que a observância desses preceitos demanda um considerável decurso de tempo, o que nem sempre se coaduna com os demais objetivos estatais. Desta forma, uma estrutura processual adequada aos propósitos de assegurar o máximo grau de racionalidade e de confiabilidade do juízo, bem como tutelar o indivíduo em face da arbitrariedade estatal,¹⁴ deve contar, necessariamente, com o exercício da tutela cautelar.

As medidas cautelares ou providências assecuratórias emergem, portanto, como um instrumento para se assegurar o aproveitamento da atividade jurisdicional, de modo a que o seu desempenho se mostre útil e efetivo aos indivíduos a que se destinam, evitando uma atuação meramente simbólica do ordenamento jurídico. Em notas tradicionalmente apontadas pela doutrina, as medidas cautelares consistem na conciliação entre dois valores essenciais e ínsitos à atuação jurisdicional: a efetividade da tutela e a segurança quanto à justiça da decisão.¹⁵

O acesso à justiça e o direito a todos estendido à tutela jurisdicional do Estado compreende não somente uma atuação tempestiva, mas também a correta e a adequada valoração da realidade substancial que se coloca à frente do magistrado. De nada valeria uma resposta jurisdicional pronta e imediata, se não fosse devidamente embasada em uma ampla discussão dos fatos e das disposições normativas sob o crivo do contraditório, com a possibilidade de instrução probatória e de impugnação das decisões judiciais.

É certo, porém, que todas essas circunstâncias demandam *tempo*, o que faz com a decisão judicial chegue, na maioria das vezes, em um momento muito posterior ao qual foi requerida e encontre, destarte, um estado de coisas completamente diverso daquele que motivou a sua atuação. Justamente esse o campo que motiva a atuação das providências cautelares: trata-se de um daqueles casos, como afirma Piero Calamandrei, em que se confrontam a necessidade entre a prestação jurisdicional adequada e de modo célere.¹⁶

¹⁴ Características do modelo garantista elaborado por Luigi Ferrajoli, *Direito e razão – teoria do garantismo penal*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 494.

¹⁵ Cf. J. R. DOS S. BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada, Tutelas Sumárias e de Urgência – Tentativa de Sistematização*, 5.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 311.

¹⁶ *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936, in *Opere giuridiche*, vol. IX, Napoli, Morano, 1983, p. 175.

A tutela cautelar vem atender, desta forma, ao perigo derivado da demora na obtenção do pronunciamento jurisdicional principal e promove uma garantia dos escopos processuais, já que volta a sua atuação apenas e tão-somente ao processo. Como providências motivadas pela urgência, as medidas cautelares não demandam atividades cognitivas amplas ou juízos de certeza, contentando-se, no mais das vezes, com meros juízos de probabilidade. Sendo assim, resta evidente que a satisfação do direito material não se encontra entre os propósitos da medida cautelar, nem ao menos em caráter provisório, devendo-se afastar de sua estrutura quaisquer pretensões de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional principal.

Estas particularidades da estrutura cautelar revelam-se demasiadamente essenciais, quando de sua sistematização no processo penal. Em face da consagração da presunção de inocência, a prisão em caráter cautelar deve ser devidamente extremada da prisão com caráter de pena, não obstante esta tarefa se demonstre em muito complexa em virtude das circunstâncias práticas.

Como questiona Rogério Schietti Machado Cruz, poderia a prisão cautelar revestir este caráter nitidamente material e punitivo, distanciando-se de “suas exigências cautelares e protegendo outros bens e interesses que não aqueles expressamente indicados na legislação processual penal?”.¹⁷ Logicamente, não.

Sem dúvida, a prisão cautelar revela-se um instituto processual que afeta inúmeros direitos fundamentais insculpidos em nosso ordenamento constitucional e em documentos internacionais. A principiar pelo direito à liberdade de locomoção do cidadão, os direitos à vida, à integridade física e moral, à segurança, à intimidade e à vida privada, à honra e à imagem também resultam afrontados pelas medidas coercitivas adotadas em caráter cautelar.¹⁸

Como demonstrado, a segregação ao *ius libertatis* motivada pela prisão, seja em caráter provisório, seja em caráter definitivo, revela-se um pesado gravame ao indivíduo, visto que fere o seu direito fundamental de liberdade. Ademais, a providência restritiva promove uma degradação à sua dignidade enquanto membro do corpo social.

¹⁷ *Prisão cautelar – dramas ...*, op. cit., p. XI.

¹⁸ *Prisão provisória e princípios constitucionais*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v.5, n.2, abr.-jun. 1992, p. 96-97.

Como destaca Odone Sanguiné, em sua perspectiva cautelar, a prisão provisória constitui uma ofensa ao próprio postulado da igualdade, não somente em face da consideração distante de serem os infratores da lei penal, sobretudo, cidadãos pertencentes a classes sociais menos favorecidas, mas também e, principalmente, em face das margens de arbítrio judicial que acarretam contínuas ofensas comparativas. Além disso, o estigma impresso ao indivíduo devido à sua passagem pela prisão, ainda que em caráter provisório, acarreta àquele um critério de desigualdade perante os demais.¹⁹

Além disso, advindo o resultado final do processo penal condenatório, sendo este indivíduo absolvido, não há como apreciar o prejuízo à sua esfera subjetiva decorrente de uma prisão cautelar injusta. Ainda que o provimento jurisdicional final reconheça a improcedência da imputação formulada, a honra objetiva do acusado, ou seja, sua honra e sua reputação perante a coletividade, culmina sensivelmente abalada.²⁰ Ademais, em termos práticos, torna-se extremamente problemática a questão sobre a quem poderia recorrer o indivíduo – ao final, absolvido – para obter a devida e a justa indenização pelos padecimentos, bem como pelos prejuízos materiais, físicos e morais ocasionados por uma prisão provisória.²¹

Em suma, a prisão provisória, em termos práticos, termina por escapar ao seu caráter estritamente instrumental, revelando, de modo antecipado, os aspectos negativos da segregação e a feição aflitiva da sanção penal propriamente dita, ainda que sob a máscara da provisoriedade.

Em que pese o teor de tais considerações, o recurso à prisão provisória revela-se constante em diversos ordenamentos jurídicos, sendo esta admitida, em maior ou menor intensidade, como um “mal necessário”, por implicar restrição considerável ao *ius libertatis* do cidadão, resguardado por diversos preceitos de nossa Constituição, mas se demonstrar indispensável à efetiva consecução do devido processo legal.

Justamente por isto, não se pode adotar um exame simplista, quando se trata de aferir a as decisões judiciais em torno de medidas restritivas a direitos individuais. A relevância dos valores e dos bens jurídicos em jogo, bem como os efeitos deletérios da

¹⁹ *Prisão provisória e ...*, in *Fascículos de Ciências Penais*, op. cit., p. 96.

²⁰ Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 13.

²¹ Cf. F. C. TOURINHO FILHO, *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.7, jul.-set. 1994, p. 73; E. L. E SILVA, *A Liberdade Provisória no Processo Penal*, in *Revista de Direito Penal*, n. 15/16, jul.-dez. 1974, p. 46.

passagem pelo sistema penitenciário, reclama uma maior sensibilidade por parte dos intérpretes do sistema jurídico face ao drama humano que se encontra por trás dessas decisões.

Esta linha de raciocínio também se estende para a análise da elaboração normativa das medidas de limitação aos direitos individuais no curso da persecução penal. Em que medida o legislador impõe estas intervenções e quais os valores ou os interesses em confronto com os direitos fundamentais e, em especial, a presunção de inocência e a liberdade pessoal, são as indagações que devem predominar neste estudo.

Esta análise parte da consideração que a prisão provisória, assim como demais medidas de caráter pessoal adotadas no curso da persecução penal, revela-se uma intervenção estatal em direitos fundamentais, que tem por escopo promover a realização de objetivos associados ao interesse social na persecução penal dos delitos e na manutenção da ordem e da segurança coletivas.

O estudo da teoria dos direitos fundamentais demonstra que, a partir do caráter principiológico destes direitos, resulta não somente a possibilidade de intervenção, quando à vista de princípios colidentes, mas também a conclusão de que essas limitações são passíveis de observar certos limites.²² Neste campo, de limites às intervenções, a proporcionalidade desempenha um papel fundamental para o equacionamento de colisões entre direitos de índole fundamental, acenando em que medida a intervenção se apresenta como legítima, ou restrição aos direitos fundamentais, ou coloca-se como limitação ilegítima, ou violação a estes direitos.²³

Desta forma, o objetivo será apresentar as medidas restritivas a direitos fundamentais adotadas no curso da persecução penal e aferir, em que medida, estas intervenções estatais aos direitos individuais revelam-se legítimas, por isso, restrições, ou, ao contrário, ilegítimas, e, por isso, violações.²⁴ O instrumento para este controle será a proporcionalidade, identificada pela teoria constitucional dos direitos fundamentais como uma forma de limitação às intervenções.

²² Cf. S. DE T. BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p. 158.

²³ *O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 155.

²⁴ A menção a medidas restritivas tem por objetivo demonstrar que se trata de intervenções que limitam os direitos individuais. Ademais, adota-se o termo restrições para as intervenções nos direitos fundamentais legítimas, e o termo violações para as intervenções estatais ilegítimas.

Este trabalho limita-se às medidas restritivas a direitos individuais do sistema processual penal brasileiro. Não obstante, serão registradas as experiências de alguns sistemas processuais penais estrangeiros. O estudo comparado desses ordenamentos jurídicos revela-se de grande valia para a presente pesquisa, notadamente por apresentar vetores que iluminaram as propostas de reformas legislativas no Brasil.

Assim, no capítulo 1, serão tecidas considerações sobre a estrutura dos direitos fundamentais e a proporcionalidade como limite às intervenções em direitos fundamentais. No capítulo 2, parte-se para o exame do princípio da presunção de inocência como direito fundamental. Em seguida, no capítulo 3, tem-se como objetivo a análise da tutela cautelar no processo penal, em seus fundamentos e seus pressupostos. Ademais, no capítulo 4, segue-se o estudo comparado das medidas restritivas a direitos individuais adotadas no processo penal em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, o que possibilitará uma compreensão mais profunda acerca destas medidas no ordenamento jurídico brasileiro. O capítulo 5 volta-se à apresentação da prisão e de outras medidas adotadas no curso da persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se o direito positivo e os Projetos de Lei sobre a matéria. Por fim, no capítulo 6, conclui-se o estudo com a análise das medidas de caráter pessoal adotadas no curso da persecução penal como intervenções à liberdade sob o enfoque da presunção de inocência. O objetivo deste exame será aferir em quais circunstâncias uma medida de intervenção nos direitos fundamentais terá natureza cautelar, apresentando justificacão constitucional que legitime a sua proporcionalidade em face do princípio da presunção de inocência e da liberdade individual.

CAPÍTULO I – A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES PARA O SEU EXAME NO PROCESSO PENAL

1.1. A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A ANÁLISE DA PRISÃO E DAS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

O estudo da prisão e das demais medidas cautelares pessoais processuais penais à luz da proporcionalidade impõe como premissa o exame da estrutura dos direitos fundamentais, ainda que esta análise não se apresente de forma exauriente por colocar-se além da proposta deste trabalho. De fato, os institutos processuais penais, em especial a prisão cautelar e as demais medidas assecuratórias de caráter pessoal, encontram-se intimamente relacionados ao tema dos direitos fundamentais, uma vez que extraem a justificativa de sua existência e a sua finalidade da ordem constitucional, em seu capítulo especialmente dedicado aos direitos fundamentais.²⁵

1.2. O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS²⁶

Os direitos fundamentais exercem um compreensível domínio nos debates da doutrina e da jurisprudência nacionais, sendo a eles remetida a solução de inúmeras controvérsias. A concepção de que os direitos fundamentais são dotados de um conteúdo essencial, bem como de que as intervenções impostas a esses direitos encontram limites, mostra-se cada vez mais frequente no cenário nacional.²⁷ Não obstante, a definição dos direitos fundamentais ainda se apresenta problemática.²⁸

O reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais pelas ordens jurídicas nacionais é algo que pôde ser observado ao longo dos anos, tendo sido

²⁵ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 225.

²⁶ O que interessa para o presente trabalho é um conceito de direitos fundamentais que permita o estudo da parcela destes direitos orientada ao processo penal, sempre com a finalidade de compreender a sistemática das medidas cautelares de caráter pessoal. Justamente por isto, a apresentação do conceito dos direitos fundamentais não reúne, de modo exaustivo, as considerações sobre o tema desenvolvidas na teoria dos direitos fundamentais, limitando-se ao que for essencial para a compreensão do objeto de estudo.

²⁷ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 21.

²⁸ Cf. C. M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 13.

determinante no processo de organização dos Estados.²⁹ Isto, no entanto, não elimina as controvérsias em torno do conceito dos direitos fundamentais; ao contrário, a doutrina constitucional se mostra cada vez mais impulsionada a ampliar os conceitos e a buscar métodos para proporcionar a melhor eficácia desses direitos.³⁰

É possível formular um conceito formal, um conceito material e um conceito procedimental de direitos fundamentais, tendo como base as estruturas das posições jurídicas fundamentais, a saber: direitos a algo, liberdades e competências,³¹ bem como a relação entre enunciado normativo e norma de direito fundamental.³²

Entre os conceitos de direitos fundamentais enunciados, nota-se a eleição de critérios distintos. O conceito formal de direitos fundamentais orienta-se por um critério de idêntica qualidade, delimitando os direitos fundamentais como aqueles inseridos no catálogo de direitos admitidos pela Constituição.³³ Por sua vez, o conceito material de direitos fundamentais vem revelar que estes direitos buscam concretizar o propósito de transformar direitos humanos em direito positivo, em especial, em direito positivo de

²⁹ Neste sentido, Cristina M. M. Queiroz recorda a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu artigo 16.º, dispõe: “Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não resulte assegurada (...) não tem Constituição” (*Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 13). Os direitos fundamentais reconhecidos nas constituições nacionais dos Estados Democráticos de Direito representam, como destaca Martin Borowski, o ideal de transformar os direitos humanos, que se colocam como direitos morais, de índole abstrata e de validade universal, em direito positivo. Nesta esteira, os direitos fundamentais ingressam no estrato hierárquico máximo do ordenamento jurídico e recebem a tutela jurisdicional (*La estructura de los derechos fundamentales*, trad. por C. B. Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 33).

³⁰ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 226.

³¹ Neste ponto, é importante ressaltar a polêmica em torno do conceito de direito subjetivo, que suscita questões analíticas, empíricas e normativas. Entre as questões analíticas deste debate, Robert Alexy destaca a análise e a classificação dos “direitos subjetivos”, que, na verdade, trata das diferenciações entre as posições fundamentais efetivamente criadas por um ordenamento jurídico. Após enumerar as distinções entre direitos subjetivos adotadas por diversos autores, entre os quais Jellinek, Kelsen, Windscheid, Bucher, Robert Alexy conclui que estas “(...) dão ensejo à suposição de que as posições resumidas sob esse conceito poderiam ser mais complexas do que as respectivas classificações, diferenciações e distinções permitem reconhecer; isso poderia explicar as dificuldades que o conceito de direito subjetivo sempre suscitou e ainda suscita para sua análise”. Como destacado acima, Robert Alexy propõe como a base da teoria analítica dos direitos a divisão das posições jurídicas fundamentais, que devem ser designadas como “direitos”, em (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências. (*Teoria dos direitos fundamentais*, trad. por V. A. DA SILVA, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 190-193). A posição jurídica básica referente a um direito a algo compreende: o titular deste direito, o destinatário deste direito e o objeto deste direito. Por sua vez, a posição jurídica fundamental relativa às liberdades compreende: o titular desta liberdade, o obstáculo para a liberdade e a conduta que deve ser empreendida ou omitida. Por fim, a competência tem por característica o fato de que a conduta do titular desta competência pode alterar a situação jurídica (Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de...*, op. cit., p. 25-26).

³² Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit., p. 33-37.

³³ Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit., p. 34. Na realidade, o conceito formal de direitos fundamentais adota um critério formal para identificar os direitos fundamentais. Em geral, o critério formal que tem sido utilizado é aquele apontado no texto: a participação de um direito no rol de direitos fundamentais inserido na Constituição.

caráter constitucional.³⁴ Por último, o conceito procedimental de direitos fundamentais preocupa-se com a competência para a decisão em resguardar ou não estes direitos, sendo esta reservada com exclusividade ao constituinte.³⁵

Além das indagações em torno de seu conceito, o estudo dos direitos fundamentais como categoria jurídica revela que a principal investigação que se coloca neste âmbito consiste em ressaltar a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.³⁶ Atualmente, dá-se relevo não somente à constatação de que direitos fundamentais comportam-se como direitos subjetivos e aos resultados derivados desta natureza. De igual maneira, a doutrina constitucional passou a reconhecer a relevância da dimensão objetiva destes direitos e as decorrências deste conteúdo para o sistema jurídico como um todo. Trata-se, portanto, do reconhecimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais.

1.3. A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em matéria de direitos fundamentais, a doutrina constitucional tem dedicado especial atenção à dupla dimensão destes direitos. Com efeito, no constitucionalismo atual, entende-se que os direitos fundamentais desempenham uma dúplici função, uma vez que tanto podem servir como garantias da liberdade do indivíduo, quanto assumir um caráter institucional voltado para os fins e os valores consagrados pela Constituição.³⁷ A compreensão exata de sua dimensão objetiva e de sua dimensão subjetiva coloca-se, atualmente, como premissa intransponível para o correto equacionamento das questões em torno dos direitos fundamentais.

O reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, colocando em evidência a relação entre o titular destes direitos e os seus destinatários,

³⁴ Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit., p. 35-36.

³⁵ Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit., p. 37.

³⁶ Cf. J. C. V. DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 144; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 226; I. W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamenatis na perspectiva constitucional*, 10ª ed., Porto Alegre, Livraria do advogado, 2009, p. 166. Como destaca José Carlos Vieira de Andrade, os autores mencionam a existência de uma “dupla dimensão”, de uma “dupla natureza”, de uma “dupla função” ou de um “duplo caráter”, em todos os casos subjetivo e objetivo, dos direitos fundamentais (*Os direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 144).

³⁷ Cf. A. E. P. LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, p.25.

dominou, por muitos anos, o centro das indagações nesta matéria.³⁸ A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais confere especial relevo ao sentido da norma de direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses e os seus ideais.³⁹

Na realidade, atualmente, ao lado desta dimensão subjetiva dos direitos fundamentais coloca-se uma dimensão objetiva. Quando se fala em dimensão objetiva se está a reconhecer a relevância da norma de direito fundamental para a coletividade, o sentido desta norma na vida comunitária e os seus reflexos no interesse público.⁴⁰ Esta nova perspectiva tem por referência a visão lateral e simplista em se compreender os direitos fundamentais apenas e tão-somente do ponto de vista dos indivíduos, quando estes direitos também se destacam, juridicamente, do ponto de vista da comunidade, “como valores ou fins que esta se propõe prosseguir”.⁴¹ Esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais revela-se, por sua vez, em dois aspectos distintos: a dimensão valorativa ou funcional, e a dimensão jurídica estrutural dos direitos fundamentais.⁴²

³⁸ Neste sentido, por direito subjetivo considera-se o direito a um determinado ato que o seu titular tem face ao destinatário, cabendo a este último o dever de praticar este ato. Este conceito de direito subjetivo, apresentado por José Joaquim Gomes Canotilho, remete a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito (*Direito constitucional e teoria da constituição*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 1997, p. 1214).

³⁹ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 1214.

⁴⁰ Como destaca José Carlos Vieira de Andrade, o reconhecimento de que os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão, colocando-se não somente como direitos subjetivos, mas também como direitos objetivos, não significa que as posições jurídicas subjetivas encontram-se previstas em uma norma de direito objetivo. De fato, identificar a dimensão objetiva com a previsão em um preceito de direito objetivo consiste em uma “banalidade” e, de certo modo, em uma incorreção, “(...) porque poderia dar a entender que o direito objectivo viria depois, quando a prioridade, no plano da existência, é, pela natureza das coisas, a inversa” (*Os direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 144).

⁴¹ Cf. J. C. V. DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 145. Como destaca Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite reconhecê-los como um interesse estatal e genérico, “(...) de la comunidad constituida en Estado de Derecho (art. 1 C. E.)”. Desta forma, a concepção dos direitos individuais de índole fundamental como um interesse geral a ser tutelado pelo Estado é essencial para avaliar a proporcionalidade de intervenções estatais em direitos fundamentais: “sólo teniendo presente que también la defensa de los derechos constitucionalmente tutelados es interés general puede ser utilizada la expresión ‘interés individual’ en contraposición con ‘interés general’ o ‘estatal’”. De otro modo no podría justificarse su oposición y, menos aún, que los individuales alcancen, en ocasiones, preferencia” (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 246).

⁴² Cf. J. C. V. DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 145.

Neste sentido, os direitos fundamentais correspondem a valores ou a interesses vetores da ordenação social, colocando em evidência na comunidade o valor solidariedade.⁴³ Os direitos fundamentais ingressam, portanto, em um novo patamar, em que não mais esperam da comunidade uma conduta passiva de reconhecimento, de respeito e de resguardo de condições para o exercício pleno da autonomia individual. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais denuncia uma atuação participativa dos indivíduos, uma responsabilidade comunitária para a reunião de condições favoráveis ao efetivo exercício desses direitos.

1.4. OS CONCEITOS DE REGRA E DE PRINCÍPIO COMO PREMISSA PARA A COMPREENSÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como destacado preliminarmente, o objetivo deste primeiro capítulo consiste em tratar de considerações gerais sobre a teoria dos direitos fundamentais, a fim de introduzir a análise da proporcionalidade em sua verdadeira função: uma forma de limite aos limites dos direitos fundamentais.⁴⁴ No cenário nacional, como destaca Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade tem sido referida, comumente, pela doutrina como um princípio.⁴⁵ Todavia, a questão não se apresenta tão simples e incontroversa como pode parecer à primeira vista. Esta crítica é ressaltada nos estudos de Humberto Bergmann Ávila, que indica uma grande resistência à utilização do termo princípio, demonstrando que a disputa terminológica torna-se ainda mais acirrada, quando se adota a teoria dos princípios de Robert Alexy, em que o conceito de norma-princípio contrapõe-se ao de norma-regra.⁴⁶

⁴³ José Carlos Vieira de Andrade ressalta que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais acentua a dimensão social destes direitos. Neste ponto, não se trata apenas de “(...) negar o carácter absoluto e incondicional dos direitos individuais, possibilitando o seu condicionamento e até a sua restrição para salvaguarda de interesses da comunidade ou dos direitos dos outros. A objectivização dos direitos vai além da possibilidade de compressão que resulta do seu enquadramento social, atinge-os na sua interioridade, já que a dimensão objectiva também pode contribuir para definir (delimitar) à partida a extensão e o alcance do conteúdo que, por interpretação dos preceitos constitucionais, lhes deve ser atribuído” (*Os direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 146).

⁴⁴ Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO, P. G. G. BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 348; J. R. NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 161; V. A. da SILVA, *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 181; I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁵ *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, n.798, abr./2002, ano 91, p. 24.

⁴⁶ *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, in *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, vol. 1, n.º 4, jul.2001, p. 23.

Desta forma, ainda que o objetivo proposto para o presente capítulo não seja investigar os conceitos de regra e de princípio, cumpre sucintamente abordar algumas considerações sobre a discussão, já que há uma diferença estrutural e de modo de aplicação entre ambos. A distinção entre regras e princípios, embora não se apresente como o ponto central deste trabalho, coloca-se como premissa fundamental para o correto desenvolvimento do tema. Ora, o conceito e a estrutura dos direitos fundamentais, bem como a identificação de seu conteúdo essencial e o controle das restrições que lhe são dirigidas, encontram-se diretamente vinculados a esta premissa teórica.⁴⁷

Assim, pretende-se uma breve exposição acerca da distinção entre regras e princípios, apontando os principais entendimentos doutrinários nesta matéria e a opção pelo conceito de princípio que guiará o presente estudo.

1.4.1. AS DISTINÇÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Em primeiro lugar, regras e princípios são espécies de normas.⁴⁸ Isto é, regras e princípios colocam-se como uma forma de classificação das normas jurídicas, elementos que constituem o ordenamento jurídico de um Estado.⁴⁹ Já se foi dito que não há grande valia em apontar classificações como certas ou erradas, sendo, antes, relevante aferir a sua utilidade para a interpretação e a aplicação dos institutos jurídicos.⁵⁰ No caso em tela, a classificação das normas em regras ou princípios é de extrema relevância para a análise da estrutura dos direitos fundamentais, de seus elementos constitutivos e para se alcançar um conceito técnico de proporcionalidade.

⁴⁷ Cf. V. A. da SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 43.

⁴⁸ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 269.

⁴⁹ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 1124. Robert Alexy reconhece que o caráter fundamental do conceito de norma para a Ciência do Direito, sendo, talvez, “(...) o mais fundamental de todos”. Desta forma, prossegue o autor, “não é de se surpreender que a discussão acerca do conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito não tenha fim” (*Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 51-52). Como destaca Virgílio Afonso da Silva, o conceito de norma e o debate sobre as espécies normativas são controversos, não se vislumbrando entre os doutrinadores o esboço de um “(...) denominador comum acerca do objeto de sua disciplina”. Aliás, a dificuldade em torno do conceito de norma, conforme salienta o autor, é o contexto para outra discussão, que interessa ao presente trabalho: a distinção entre regras e princípios. Justamente por isso, não se pretende ingressar, neste momento, nas polêmicas em torno do conceito de norma jurídica. No entanto, para o desenvolvimento do tema, interessa, ao menos, uma distinção entre norma e enunciado normativo. Como apresenta Virgílio Afonso da Silva, “(...) texto e norma não se confundem”. De fato, o enunciado normativo é o enunciado lingüístico, o texto normativo, que constrói o dispositivo legal. Por sua vez, a norma é o que se extrai deste enunciado normativo, o seu significado, “(...) o produto da interpretação desse enunciado”. Esta consideração é importante, porque, quando se tem em vista a distinção entre regras e princípios, como será explorada, se trabalha com “(...) uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos”. (*Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma*

A teoria dos direitos fundamentais apresenta diversas concepções acerca da distinção entre regras e princípios, encontrando em cada autor que se dedica ao estudo do tema nuances próprias e particulares. Em geral, os autores agrupam-se entre aqueles que sustentam uma distinção lógica e qualitativa entre princípios e regras, e aqueles que defendem uma diferença de grau de importância.⁵¹

Neste sentido, há autores que assumem os princípios como as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, a julgar pelo papel que estes desempenham na interpretação e na efetivação deste sistema.⁵² As regras, por sua vez, revelar-se-iam como normas de importância secundária, tendo por finalidade concretizar os princípios de um ordenamento jurídico.⁵³

distinção, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.º 1, jan.-jul/2003, p. 607, 616-617). Neste sentido, sobre o conceito de norma e as distinções entre enunciado normativo e norma, R. ALEXANDRE, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 53-58; H. ÁVILA, *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁰ Cf. V. A. da SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 44; *Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.º 1, jan.-jul/2003, p. 608.

⁵¹ Cf. R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio da presunção de inocência – prisão preventiva e ordem pública*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2007, p. 181; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 44. Para uma distinção entre regras e princípios em H. ÁVILA, *Op. cit.*, p. 78-84.

⁵² Neste sentido, ver C. A. B. de MELLO, *Curso de direito administrativo*, 25.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 53, 942-943.

⁵³ Pelo critério grau de importância, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que princípio é “(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Justamente por isso, prossegue o autor, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir norma qualquer” (*Curso de direito administrativo*, 25.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 53, 942-943). José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 30ªed., São Paulo, Malheiros, 2010. Pelo grau de abstração e de generalidade: Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição- fundamentos de uma dogmática constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

Por outra vertente seguem os autores que enxergam regras e princípios como normas distintas por sua abstração, por sua generalidade e por sua fundamentalidade: ora, os princípios são normas mais abstratas e genéricas, ao passo que as regras se mostram mais específicas, ensejando, de modo automático, as conseqüências previstas quando as condições por elas exigidas encontram-se aperfeiçoadas. Isto porque as regras, ao contrário dos princípios, são concebidas para serem aplicadas em situações concretas e determinadas. Pelo caráter de fundamentalidade, os princípios são normas com destaque no ordenamento jurídico em razão de sua “posição hierárquica no sistema das fontes”, bem como de sua “importância estruturante dentro do sistema jurídico”.⁵⁴

A acepção de princípio encontrada nas formulações de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, em ambos, fundamentada em uma distinção qualitativa e de caráter lógico entre regras e princípios, conferiu uma nova versão ao debate clássico.⁵⁵ Em linhas gerais, Ronald Dworkin reconhece que o sistema jurídico não é formado tão-somente por regras, já que estas não se mostram suficientes para fundamentar as soluções para os casos jurídicos mais complexos.⁵⁶ O sistema jurídico possui, paralelamente às regras jurídicas, os princípios, as políticas e outros padrões normativos.⁵⁷

⁵⁴ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 1124; V. A. DA SILVA, *Princípios e regras ...*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, op. cit., p. 609.

⁵⁵ Cf. V. A. DA SILVA, *Princípios e regras ...*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, op. cit., p. 609; R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 86. Em Ronald Dworkin, o critério lógico de distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos é ressaltado em *Levando os direitos a sério*, trad. por N. BOEIRA, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 39. Em Robert Alexy, a concepção de princípios como mandados de otimização é o aspecto determinante na distinção entre regras e princípios. Em sua obra, a distinção entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau (*Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 90-91).

⁵⁶ Ronald Dworkin, ao apresentar a sua crítica ao positivismo, valendo-se da versão proposta por H. L. A. Hart, destaca que “(...) quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”. O objetivo do autor, portanto, é destacar a importância de padrões que não se apresentam como regras e que também participam do sistema jurídico (*Levando os direitos a sério*, trad. por N. BOEIRA, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 35-36).

⁵⁷ O decisivo para o desenvolvimento do presente item é o conceito de princípio formulado por Ronald Dworkin. Atente-se apenas para a ressalva do próprio autor, de que, às vezes, este emprega o termo princípio de modo genérico, como todos os padrões que não são regras (princípios e políticas), mas também estabelece uma distinção entre políticas e princípios. Isto, no entanto, não será objeto de análise no presente momento, por não se inserir nos propósitos do item. Interessa a distinção entre regras e princípios, no sentido genérico (*Levando os direitos a sério*, trad. por N. BOEIRA, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 36-37).

As regras jurídicas seguem o parâmetro do “tudo ou nada”, já que apresentam somente a dimensão da validade: ou as regras valem e são aplicáveis por inteiro, ou as regras não valem, e sua aplicação resta excluída do caso concreto.⁵⁸ Já os princípios obedecem a outros critérios, pois a dimensão que prepondera é a do peso ou da importância, e não a da validade.⁵⁹ Justamente por isto, em uma colisão de princípios, a prevalência se dá pelo princípio de maior peso ou de maior importância no caso concreto, estando esta decisão submetida a debate. O princípio que não tem prevalência não perde, no entanto, a sua validade. Este o ponto fundamental: a colisão entre princípios não trata da dimensão validade, de modo que o princípio não prevalente não deixa de ter validade, apenas não será aplicado naquele caso concreto.⁶⁰

Não obstante, a distinção entre regras e princípios que mais se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais ora utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho, é a que se orienta por um critério de estrutura lógica conforme proposto por Robert Alexy.⁶¹ Assim, nos termos da “teoria dos princípios”, o principal vetor de diferenciação entre regras e princípios adota por base a estrutura dos direitos que estas normas visam a garantir.⁶² Nesta esteira, os princípios impõem deveres e garantem direitos *prima facie*, enquanto as regras expressam deveres e asseguram direitos em definitivo.⁶³ Robert Alexy traz, portanto, a ideia de regras como *determinações* no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, ao lado da concepção de princípios como *mandamentos de otimização*.⁶⁴

⁵⁸ Cf. R. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, trad. por N. BOEIRA, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 39 e 43.

⁵⁹ Como destaca Ronald Dworkin, “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. Isto acarreta sérias consequências quanto à solução de conflitos entre princípios. O intérprete deve considerar “a força relativa de cada princípio” e apresentar uma solução relativa, pois não há uma “mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia” (*Levando os direitos a sério*, trad. por N. BOEIRA, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 42).

⁶⁰ *Levando os direitos a sério*, trad. por N. BOEIRA, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 43.

⁶¹ Robert Alexy, assim como Ronald Dworkin, traça uma distinção qualitativa entre princípios e regras, e não uma distinção de grau. O critério utilizado por ambos é o lógico.

⁶² Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 45.

⁶³ Como destaca Maurício Zanoide de Moraes, ao enunciar *direito* ou *dever*, parte-se de perspectivas de análise da norma distintas: a alusão a *direito* coloca em evidência o titular do direito garantido pela norma, ao passo que a menção a *dever* põe em relevo responsável pelo cumprimento do direito garantido pela norma (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 270, nt. 23). Neste sentido, V. A. da SILVA, *Direitos fundamentais...*, op. cit., p. 45.

⁶⁴ *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 94 e 104.

Desta forma, ao direito assegurado por uma norma com estrutura de regra jurídica relacionam-se as seguintes conclusões: este direito garantido por uma regra é definitivo e, como tal, deve ser sempre realizado ou não, de forma integral, no caso concreto.⁶⁵ Isto é, a regra, enquanto modelo normativo descritivo de uma conduta, é aplicada por inteiro e na forma prevista, se o caso sob análise a ela se subsumir. Por meio de regras são garantidos direitos ou impostos deveres que não admitem ponderação com outras normas, de modo a terem sua eficácia parcialmente afastada.⁶⁶ Trata-se, portanto, da subsunção como forma de aplicação das normas.⁶⁷ Neste sentido, os conflitos entre regras jurídicas solucionam-se por meio de cláusulas de exceção ou por critério de validade.⁶⁸

Por sua vez, a estrutura dos direitos assegurados através de princípios remete a outro nível de considerações, uma vez que, em terreno dos princípios, não se imperam determinações ou mandamentos definitivos. Desta forma, quando se trata de princípios, constata-se uma nítida diferença entre aquilo que é imposto *prima facie* e aquilo que é imposto definitivamente, o que revela o caráter dos princípios como verdadeiros *mandamentos de otimização*, no sentido de que a sua satisfação deve ser realizada na maior medida possível em face das condições fáticas e das condições jurídicas existentes.⁶⁹

Assim, os princípios, ao contrário das regras, admitem graus de realização, os quais se encontram em uma relação direta com as condições fáticas e as condições jurídicas sob as quais atuam.⁷⁰ Por certo, o grau de realização máxima encontra-se distante na maior parte dos casos, uma vez que a existência de condições fáticas e de condições jurídicas ideais resta, dificilmente, constatada. A realização de um princípio, nesta esteira, remete a outra forma de aplicação das normas jurídicas: o sopesamento, destacando a quase inevitável colisão com a proteção de outros princípios a ser enfrentada pelo intérprete.⁷¹

⁶⁵ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 91 e 104.

⁶⁶ Cf. M. Z. de MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 271.

⁶⁷ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 104.

⁶⁸ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 92-93.

⁶⁹ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 90.

⁷⁰ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 90.

⁷¹ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 46; ainda deste mesmo autor *Princípios e regras ...*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, op. cit., p. 610-611.

Nestes termos, o conceito de princípio desenvolvido por Robert Alexy em muito se distancia das concepções tradicionais de princípio, como norma de papel fundamental e de importância estruturante em um ordenamento jurídico.⁷² Na teoria dos princípios, formulada pelo mencionado autor, não é o critério de fundamentalidade, mas a estrutura normativa que determina o caráter da norma como *regra* ou como *princípio*.⁷³ Trata-se, portanto, de um conceito axiologicamente neutro, como anota Virgílio Afonso da Silva.⁷⁴

Estas considerações abrem caminho para outro tópico de importância para o desenvolvimento do presente trabalho: as colisões entre princípios e os conflitos entre regras. Este é o campo, em que as distinções entre regras e princípios mostram maior evidência.⁷⁵ O estudo dos conflitos normativos também se mostra essencial, pois é de se supor que em um ordenamento jurídico permeado por inúmeras normas, regras jurídicas ou princípios jurídicos, estas entrem em conflito. É deste tema que trata o item a seguir.

1.5. CONFLITOS NORMATIVOS

O objetivo do presente item é apresentar um conceito de conflitos normativos que permita realçar as distinções entre regras e princípios. Não se busca uma análise profunda do tema, o qual tem se mostrado altamente polêmico, a começar pela terminologia empregada, falando-se ora em conflitos normativos, ora em colisões entre normas, ora em contradições normativas.⁷⁶ Em todos os casos, porém, prevalece a ideia de conflito normativo, como sendo uma contradição material entre duas ou mais normas, que possuem o mesmo âmbito de aplicação, mas conteúdos normativos incompatíveis entre si.⁷⁷ As espécies de conflitos normativos resumem-se ao conflito entre regras, à colisão entre princípios e à colisão entre regras e princípios.⁷⁸

⁷² Cf. V. A. DA SILVA, *Princípios e regras ...*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, *op. cit.*, p. 612; J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, *op. cit.*, p. 1124.

⁷³ Cf. V. A. DA SILVA, *Princípios e regras ...*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, *op. cit.*, p. 613-614. Assim, o autor destaca que normas fundamentais tradicionalmente apontadas como *princípios* em qualquer ordenamento jurídico, tais como a legalidade, correspondem a regras, não obstante a sua fundamentalidade.

⁷⁴ *Princípios e regras ...*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, *op. cit.*, p. 614.

⁷⁵ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 91.

⁷⁶ Cf. C. H. OCHOA, *Conflictos normativos*, México D.F., UNAM, 2003, p. 51; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 47; R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, 91, nt. 28. Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes opta por contradição normativa para referir-se ao gênero dos possíveis choques entre as normas. Já quanto às espécies, o autor vale-se das expressões de Robert Alexy: conflito entre regras e

1.5.1. CONFLITOS ENTRE REGRAS

Os conflitos entre regras decorrem do enfrentamento entre duas ou mais regras, que prevêem consequências jurídicas distintas para o mesmo caso concreto. Ora, em face do caráter definitivo das regras e de seu modo de incidência absoluto, segundo a forma do “tudo ou nada”, a solução de semelhante conflito normativo se dá mediante a previsão de uma cláusula de exceção, ou mediante a exclusão do ordenamento jurídico de uma das normas em questão. Em qualquer caso, a solução do conflito entre regras situa-se no plano da validade.⁷⁹

1.5.2. COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS

As colisões entre princípios demandam soluções inteiramente diversas. Como demonstrado, os princípios consistem em mandamentos de otimização, encontrando-se o grau de sua satisfação condicionado pelas possibilidades fáticas e jurídicas existentes.⁸⁰ O âmbito de possibilidades jurídicas, consoante Robert Alexy, é determinado pelos princípios e pelas regras em colisão.⁸¹ De fato, há nos princípios uma

colisão entre princípios, seja no caso princípio *versus* princípio; seja no caso princípio *versus* regra (*Presunção de inocência* ..., *op. cit.*, p. 297, nt. 114).

⁷⁷ Cf. C. H. OCHOA, *Conflictos normativos*, México D.F., UNAM, 2003, p. 52; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais* ..., *op. cit.*, p. 47. Como destaca Carla Huerta Ochoa, o conflito normativo corresponde a duas ou mais normas formal e materialmente incompatíveis. Por sua vez, no caso de contradição normativa “(...) estamos ante un conflicto normativo auténtico, porque se configura como una contradicción material, y esto se presenta cuando dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus “contenidos normativos” son incompatibles, es decir, que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una produce necesariamente la desobediencia de la otra. En estas situaciones el juez debe decidir cuál de las normas es aplicable al caso y debe ser satisfecha” (*Conflictos normativos*, México D.F., UNAM, 2003, p. 52).

⁷⁸ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos* ..., *op. cit.*, p. 91; C. H. OCHOA, *Conflictos normativos*, México D.F., UNAM, 2003, p. 54; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais* ..., *op. cit.*, p. 47-56.

⁷⁹ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos* ..., *op. cit.*, p. 92; R. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, trad. por N. BOEIRA, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 43. Na solução do conflito entre regras jurídicas há de se ter presente, de modo constante, o seu caráter definitivo, isto é: as regras expressam direitos ou deveres definitivos. A solução de um conflito normativo entre regras situa-se no plano da validade. Desta forma, se a incompatibilidade entre as duas regras aplicáveis ao caso concreto for total, a solução será a exclusão de uma das regras do ordenamento jurídico. Já no caso de consequências jurídicas distintas apenas em parte, a solução será a previsão de uma cláusula de exceção em uma das regras. Como se pode notar, “(...) *sempre que há conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade*”. No caso de exclusão de regra, a invalidade é patente. Já no caso de cláusula de exceção, também há uma declaração de invalidade, mas parcial (Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais* ..., *op. cit.*, p. 49). Ressalta-se, apenas, a advertência de Carla Huerta Ochoa: na hipótese de cláusula de exceção previamente determinada em lei, não se pode falar em conflito normativo. Somente na hipótese em que a cláusula de exceção é inserida pelo juiz, em sua atividade de interpretação e de integração, pode-se afirmar a existência de um conflito normativo, solucionado por meio da inserção de uma exceção em uma das regras (*Conflictos normativos*, México D.F., UNAM, 2003, p. 55).

⁸⁰ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos* ..., *op. cit.*, p. 90.

⁸¹ *Teoria dos direitos* ..., *op. cit.*, p. 90.

tendência expansiva natural, de modo a fazer com que, frequentemente, a realização de um princípio seja restringida pela realização de outro.⁸²

Os termos da solução deste conflito normativo, não obstante, são outros: quando dois princípios colidem, por apresentarem conteúdos normativos incompatíveis, o critério de resolução é o estabelecimento de relações condicionadas de precedência.⁸³ Não se trata, portanto, de estabelecer cláusula de exceção em um dos princípios ou de determinar a exclusão de um destes. A solução de colisão entre princípios situa-se na dimensão do peso, sem afetar a validade de qualquer deles.⁸⁴

Ocorre, portanto, que, em determinado caso concreto e à luz de específicas condições, um princípio prevalecerá sobre o outro, o qual terá a sua incidência afastada. Isto não significa, de modo algum, a declaração de invalidade de um dos princípios, ele apenas não será aplicado no caso em análise.⁸⁵ Esta relação condicionada de precedência é sempre determinada à luz de um caso concreto, não se podendo estabelecê-la de antemão e em abstrato. Isto é, nem um dos princípios detém, por si só, a precedência absoluta ou abstrata. Neste ponto, é tarefa do sopesamento decidir qual dos princípios, que em abstrato se apresentam no mesmo nível, terá um peso maior no caso concreto.⁸⁶

⁸² Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 50.

⁸³ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 93; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 50.

⁸⁴ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 94; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 50-51.

⁸⁵ Neste sentido, Robert Alexy esclarece que: “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta” (*Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 93).

⁸⁶ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 95. Como anota o autor, para solucionar a colisão entre princípios, vale-se, portanto, da metáfora do peso. Quando se diz que, em uma relação de precedência condicionada ou concreta, determinado princípio tem um peso significativamente maior que outro, não se quer afirmar que este princípio tenha um peso quantificável. Na verdade, o que se extrai dessa colocação é que: “Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C , presentes nesse caso concreto” (*Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 97).

Este conceito de relação condicionada de precedência permite formular a denominada “lei da colisão”, nos termos de Robert Alexy, de extrema relevância para a compreensão da “teoria dos princípios”, revelando-se, na verdade, um de seus fundamentos.⁸⁷ Trata-se, no caso, de conexões entre relações condicionadas de precedência e regras: a relação de precedência de um princípio sobre o outro é sempre concreta ou relativa, já que princípio algum goza de uma precedência absoluta ou abstrata.⁸⁸ As condições sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro ostentam, na realidade, um duplo caráter: atuam como condição na relação de precedência e, ao mesmo tempo, atuam como pressuposto do suporte fático de uma regra, segundo a qual se uma ação preenche tais condições, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, ela é proibida.⁸⁹ Em linhas gerais, trata-se de reconhecer que “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”.⁹⁰

1.5.3. COLISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Entre os conflitos normativos, não se situam somente conflitos entre regras e colisões entre princípios. Em vista do caráter complexo do ordenamento jurídico, é inevitável que também se apresentem colisões entre regras e princípios. Este, talvez, o ponto de maior interesse e menos debatido da teoria dos princípios.⁹¹ Com efeito, semelhante conflito normativo desafia os métodos de solução desenvolvidos para os conflitos precedentes, já que ao transpor as formas de solução de conflitos de regras e de colisões de princípios não se chega a um resultado satisfatório neste campo.⁹²

⁸⁷ *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 99.

⁸⁸ Robert Alexy, a princípio, traz uma ressalva quanto ao princípio da dignidade humana. Para ele, apenas à primeira vista o princípio da dignidade humana parece uma exceção a esta ideia (*Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 97).

⁸⁹ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 98-99.

⁹⁰ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 99.

⁹¹ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 304; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 51.

⁹² Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 51.

Como destacado, os métodos de solução dos conflitos entre regras e das colisões entre princípios não são aplicáveis ao caso em questão. Isto porque a colisão entre princípios acena para o sopesamento como forma de solução. Neste campo, trabalha-se com a dimensão de peso, buscando-se estabelecer uma relação condicionada de precedência entre os princípios. Ora, como visto, as regras não apresentam esta dimensão de peso: as regras expressam direitos e deveres definitivos.⁹³

Por sua vez, a colisão entre uma regra e um princípio também não pode ser solucionada no campo da validade, como ocorre com os conflitos normativos entre regras. Ora, os princípios não são declarados inválidos apenas porque afastada a sua incidência em determinado caso concreto. O caráter problemático desta alternativa resta, portanto, evidente. Assim, o fato de o princípio ceder em sua aplicação em favor de outra norma no caso concreto não poderá conduzir à sua exclusão do ordenamento jurídico, por flagrante incompatibilidade com a característica essencial dessa espécie de norma.⁹⁴

Neste sentido, a solução para o conflito normativo entre princípios e regras deve situar-se, portanto, em uma consideração anterior a respeito dos reais termos deste conflito. Virgílio Afonso da Silva trata desta problemática e indica os caminhos para a solução deste conflito a partir da obra de Robert Alexy.⁹⁵ Na verdade, quando se identifica uma colisão entre um princípio e uma regra, a solução para semelhante conflito normativo encontra-se por meio de um sopesamento. Esta atividade de sopesamento, conforme já assentado, somente poderá envolver princípios, uma vez que as regras não são sopesáveis.⁹⁶

⁹³ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 51.

⁹⁴ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 51.

⁹⁵ *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 52; R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 90.

⁹⁶ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 52.

A consideração anterior a que se refere, portanto, é a seguinte: o sopesamento deverá ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio que serve de fundamento para a regra. A esta conclusão alia-se a constatação de que este sopesamento já se encontra elaborado pelo legislador ordinário, sendo a regra jurídica o resultado desta atividade. Não há, portanto, que se falar propriamente em colisão, pois a regra produto do sopesamento expressa, na verdade, uma relação de restrição.⁹⁷ Esta regra, como expressão de direitos e de deveres em definitivo, deve ser aplicada mediante a subsunção.⁹⁸

A distinção entre regras e princípios, apresentada de modo sucinto, teve por objetivo esclarecer o significado com que esses conceitos serão adotados ao longo da exposição. A partir desse tópico, é possível seguir para a apresentação da teoria de direitos fundamentais adotada e para análise do problema das restrições aos direitos fundamentais. Estes temas são, em seguida, abordados.

1.6. SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

⁹⁷ A hipótese de colisão entre princípio e regra revela, na verdade, uma relação de restrição a esse princípio. Ora, somente se admite a restrição a um princípio por meio de uma regra, caso se tenha em mente que esta regra encontra-se fundamentada em outro princípio, que a ela subjaz. O sopesamento, portanto, é a solução para esse conflito normativo, pois ele se verifica entre o princípio em colisão e o princípio que dá suporte à regra. Neste sentido, a observação de Martin Borowski, ao tratar das restrições aos direitos fundamentais (previstos em normas constitucionais) por meio de regras legais (de inferior hierarquia). Como destaca o autor, a regra, que não é ponderável, não pode ser levada em conta no sopesamento. Assim, em face da indagação de que norma deverá ser considerada no sopesamento, o autor conclui que deverá ser o princípio que sustenta o conteúdo da regra. Nos termos do autor: “En todo caso de restricción de un derecho fundamental por vía de una regla legal, ésta tiene que estar sustentada por principios constitucionales. Esto explica igualmente cómo es posible la restricción de derechos fundamentales mediante las leyes. Si la restricción de un derecho fundamental proviniera únicamente de la ley, dicha restricción no podría ser nunca legítima. Las libertades fundamentales están garantizadas por normas constitucionales. Una restricción que se realizara mediante normas legales de inferior jerarquía en la pirámide del ordenamiento jurídico, vulneraría el principio de supremacía de la Constitución. Pero si la restricción se funda materialmente en los principios constitucionales que la sustentan, se presenta formalmente una colisión entre normas de igual jerarquía que puede ser resuelta mediante una ponderación” (*La estructura de ...*, *op. cit.*, p. 81-82).

⁹⁸ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 52. Como anota o autor, esta solução não se mostra imune a críticas. Em primeiro lugar, podem surgir dúvidas acerca da constitucionalidade desta regra. Nestes casos, o controle de constitucionalidade caberá ao juiz, que poderá declarar a inconstitucionalidade desta regra, se houver princípio mais importante do que aquele que serviu de fundamento à elaboração da regra. Todas as decorrências deste raciocínio são apresentadas pelo autor em *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 53-56.

A teoria dos direitos fundamentais contemporânea apresenta estruturas e categorias dogmáticas de especial relevância para a realização destes direitos, cuja compreensão se mostra de notória importância para os propósitos deste trabalho. Trata-se do suporte fático dos direitos fundamentais, do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e das intervenções neste âmbito, estruturas que restaram recepcionadas pelas ordens constitucionais modernas, entre as quais o ordenamento brasileiro, e que se apresentam de grande valia para a interpretação e para a efetivação dos direitos fundamentais.⁹⁹

Desta forma, a correta compreensão e a distinção entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as suas intervenções, bem como os limites impostos a estas intervenções, apresentam-se relevantes para a adequada realização das normas de direitos fundamentais, não se tratando apenas e tão-somente de uma questão meramente teórica. A definição destas estruturas, essenciais para a teoria geral dos direitos fundamentais, coloca-se, antes, como uma exigência de segurança jurídica, ao permitir identificar, com precisão e com clareza, o conteúdo dos direitos fundamentais, o alcance das intervenções estatais e os limites impostos a estas.¹⁰⁰

1.6.1. O CONCEITO DE SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entre as categorias dogmáticas indicadas para o estudo dos direitos fundamentais, o conceito de suporte fático coloca-se como referência obrigatória, pois, como já destacado, é no âmbito dos direitos fundamentais que o mencionado conceito tem sua principal aplicação.¹⁰¹

⁹⁹ Cf. I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 385-386.

¹⁰⁰ Cf. I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 386.

¹⁰¹ Neste sentido, V. A. da SILVA, *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 66. O autor aponta para o fato de que o conceito de suporte fático é praticamente desconhecido no direito constitucional brasileiro. O fenômeno indicado deve-se à tradição do direito constitucional brasileiro, que, até a Constituição de 1988, voltava-se, predominantemente, à organização estatal e dos poderes, bem como o recurso, pouco usual, ao método analítico para o estudo dos temas de direito constitucional. (*Op. cit.*, p. 65-67). Ademais, neste ponto, é importante destacar o entendimento de autores que não fazem distinção entre o conceito de suporte fático e o conceito de âmbito de proteção. Neste sentido, G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, *op. cit.*, p. 328; I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 387. Conforme destaca este último autor, âmbito de proteção de um direito fundamental refere-se ao bem jurídico protegido, ao objeto tutelado, abrangendo “(...) os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica.” (*A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 387). Trata-se, portanto, de uma visão mais ampla de âmbito de proteção, que não é visto como apenas um elemento do suporte fático de um direito fundamental.

Ademais, a indagação acerca do suporte fático de um direito fundamental é essencial para a efetivação deste direito, pois responde aos questionamentos rotineiros sobre quais atos ou estados são alcançados pela proteção de determinada norma que assegura um direito fundamental, bem como esclarece as condutas estatais que se revelam uma verdadeira intervenção em seu âmbito de proteção.¹⁰²

Assim, a exata delimitação do suporte fático, isto é, a definição de seus limites e de sua extensão, condiciona a aplicação dos direitos fundamentais, a possibilidade de sua restrição e a exigência de justificação desta restrição, além de conferir as balizas para a análise das colisões entre os direitos fundamentais.¹⁰³ Todas estas operações, que são essenciais à teoria dos direitos fundamentais, partem deste conceito básico de suporte fático e dos elementos que o compõem.¹⁰⁴

No entanto, é certo que o conceito de suporte fático de um direito fundamental não se apresenta de forma clara e patente, uma vez que os termos amplos e indeterminados dominam as disposições normativas que asseguram os direitos fundamentais, demandando dos intérpretes um particular esforço para identificá-lo.¹⁰⁵ Ao realizar esta tarefa, deve-se ter presente que a forma de defini-lo acarreta consequências relevantes no que concerne ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

O suporte fático da norma que assegura um direito fundamental é apresentado, pela doutrina, em sua vertente abstrata e em sua vertente concreta. Neste sentido, suporte fático abstrato refere-se à previsão, em uma determinada norma, de atos ou de fatos da realidade, bem como das respectivas consequências jurídicas associadas à sua violação ou à sua realização.¹⁰⁶ Em linhas gerais, o suporte fático abstrato abrange a previsão legal, que, se verificada, acarreta a consequência jurídica já estipulada.

¹⁰² Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 68.

¹⁰³ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 68.

¹⁰⁴ Cf. I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, op. cit., p. 385-386.

¹⁰⁵ Cf. I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, op. cit., p. 387; M. Z. de MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 275. Neste sentido, destaca este último autor que não basta, ao intérprete, a mera leitura do texto normativo para extrair o conceito, a função e a finalidade do suporte fático dos direitos fundamentais. Isto porque a redação das normas de direitos fundamentais são abertas e imprecisas, além de serem muitas as normas que as violam e as restringem, de modo que “(...) a mera constatação do texto normativo quanto ao “algo” que é protegido e a consequência jurídica dele decorrente não ajuda muito nos casos mais complexos” (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 275).

¹⁰⁶ Cf. M. Z. de MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 274; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 67.

Por sua vez, o suporte fático concreto refere-se à ocorrência concreta ou à realização do que a norma jurídica previa em abstrato.¹⁰⁷ Logo se nota a íntima relação entre o suporte fático concreto e a sua vertente abstrata, uma vez que a sua verificação concreta subordina-se, integralmente, à sua previsão abstrata. Por esta razão, torna-se relevante, neste momento, a primeira vertente do suporte fático, partindo-se para a análise de seus elementos.

1.6.2. ELEMENTOS DO SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em primeiro lugar, a apresentação dos elementos do suporte fático dos direitos fundamentais, que ora se coloca, refere-se aos direitos fundamentais com a estrutura de direitos de defesa ou de direitos de liberdade.¹⁰⁸ Para esta categoria de direitos fundamentais, que se revelam como liberdades públicas a tutelar algo em face de intervenções indevidas, é natural perceber que o suporte fático é formado por aquilo que se quer proteger e pelas possíveis formas de intervenção, ou seja, contra o quê se busca proteger. Portanto, o suporte fático não comporta somente o bem jurídico tutelado, mas também a própria intervenção.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cf. M. Z. de MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 274; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 68.

¹⁰⁸ Cf. M. Z. de MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 229; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 69. Importante ressaltar que se trata de um modelo de análise do suporte fático adequado aos direitos de defesa ou às liberdades públicas em sua dimensão negativa, que não se mostra adequado para a análise do suporte fático dos direitos sociais ou dos direitos a prestações, que demandam uma atuação estatal. Para os direitos sociais, os conceitos de âmbito de proteção e de intervenção devem ser modificados. Assim, “pode-se dizer que o *âmbito de proteção* de um direito social é composto *pelas ações estatais que fomentem a realização deste direito*”. Por sua vez, intervir significa “(...) *não agir ou agir de forma insuficiente*”. (Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 76-77). Esta referência aos direitos de defesa considera as posições e relações constitutivas dos direitos fundamentais. Com efeito, como destaca J. J. Gomes Canotilho, o sistema estrutural das posições jurídicas fundamentais comporta: direitos a atos negativos; direitos a ações positivas; liberdades e competências (*Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 1218-1221). A teoria dos *status* de Jellinek é a referência teórica mais comumente invocada pelos autores e apresenta relevância para a classificação dos direitos fundamentais. Trata-se das posições globais abstratas identificadas por quatro *status*: o *status* passivo; o *status* negativo; o *status* positivo e o *status* ativo. Esta teoria, no entanto, é alvo de críticas de diversas ordens por parte da doutrina, como destaca Robert Alexy (*Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 269 – 272). Retomando, nota-se que a teoria dos direitos fundamentais, aqui seguida, adota por base a estrutura dos direitos de defesa para apresentar os elementos do suporte fático, ainda que o desenvolvimento da teoria geral dos direitos fundamentais tenha demonstrado que a categoria em análise não se satisfaz com a mera abstenção do Estado, exigindo-se, para a sua realização total, uma prestação estatal positiva (Cf. M. Z. de MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 231). Desta forma, anota-se que, como destaca Virgílio Afonso da Silva, este modelo de suporte fático parte de uma análise reducionista das liberdades públicas, por encará-las somente como direitos de defesa contra intervenções, quando, na verdade, elas comportam a exigência de uma atuação estatal (*Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 72).

¹⁰⁹ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 303-305; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência...*, op. cit., p. 275; V. A. da SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 71. Este último autor apresenta os elementos do suporte fático a partir da resposta a quatro indagações, quais sejam: “(...) (1) O que

O âmbito de proteção de um direito fundamental, como destaca Virgílio Afonso da Silva, compreende os atos, os fatos, os estados, as condutas e as posições jurídicas que são protegidos pela norma que assegura o direito fundamental.¹¹⁰ Refere-se, portanto, ao bem jurídico protegido, ao objeto de tutela jurídica por um direito fundamental.¹¹¹ Nos termos de Cristina M. M. Queiroz, o âmbito de proteção do direito fundamental corresponde ao “lado positivo” da norma jusfundamental.¹¹²

Ademais, o conceito de suporte fático alcança a intervenção ao direito fundamental, em geral, de caráter estatal. Trata-se, como destaca a autora mencionada, do “lado negativo” da norma jusfundamental.¹¹³ Desta forma, como anota Virgílio Afonso da Silva, o suporte fático de um direito fundamental somente resta integralmente formado, se houver uma intervenção do Estado “na esfera de liberdade protegida do indivíduo”.¹¹⁴

O exame do suporte fático dos direitos fundamentais, no que concerne aos direitos de defesa ou às liberdades públicas, é complementado, ainda, pela análise de mais um fator. O terceiro elemento apresentado pela doutrina para o exame da estrutura do suporte fático dos direitos fundamentais consiste na denominada justificação constitucional para a intervenção, isto é, constatada uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, o próximo passo na análise de seu suporte fático é aferir se esta intervenção se justifica do ponto de vista constitucional.¹¹⁵

é protegido? (2) contra o quê? (3) Qual a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”. Desta forma, conclui o autor que a definição do suporte fático de um direito fundamental não se perfaz com a indicação apenas e tão somente do que seja protegido pela norma jurídica. O âmbito de proteção, a que faz referência a primeira indagação, é um elemento importante do suporte fático, mas não se encontra isolado. Assim, ao lado deste surge a intervenção, em geral, estatal, em face da qual se opera a consequência jurídica, consistente na exigência de fazer cessar esta intervenção. (*Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 71).

¹¹⁰ *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 72.

¹¹¹ Cf. I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 387; M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, *op. cit.*, p. 121.

¹¹² *Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 199.

¹¹³ *Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 199.

¹¹⁴ *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁵ Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, *op. cit.*, p. 123. Neste sentido, destacam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que a verificação da justificação constitucional de uma intervenção na área de proteção de um direito fundamental “(...) é o terceiro passe no exame de constitucionalidade de possíveis violações (...)” (*Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 148-149).

A exigência de justificação constitucional é o mecanismo eleito para constatar a legitimidade ou não de uma intervenção, motivo pelo qual a sua ausência indica a vulneração de um direito fundamental e determina a imposição da correspondente consequência jurídica.¹¹⁶

Este modelo de suporte fático de um direito fundamental é, no entanto, objeto de uma releitura por doutrinadores, que optam por uma relação distinta entre os elementos acima indicados: âmbito de proteção; intervenção e justificação constitucional. Assim, segundo este modelo alternativo apresentado por Virgílio Afonso da Silva, o suporte fático de um direito fundamental não corresponde à simples junção do âmbito de proteção e da intervenção, colocando-se a justificação constitucional como terceira etapa de análise em contraposição àqueles dois fatores.¹¹⁷

Ao contrário, a ausência de fundamentação constitucional para a intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental deve ser acolhida como elemento do próprio suporte fático do direito fundamental, de modo a demonstrar que não basta a verificação da soma *âmbito de proteção e intervenção* para que se opere a consequência jurídica prevista na norma. É necessário, antes de tudo, que não haja fundamentação constitucional para a intervenção, configurando verdadeira violação ao direito fundamental e não uma restrição constitucional.¹¹⁸ Ademais, a contraposição que se quer fazer presente entre âmbito de proteção e intervenção em face da denominada justificação constitucional não se mostra tão adequada, já que a ausência de fundamentação em questão refere-se apenas e tão-somente à intervenção, em geral, estatal.¹¹⁹

1.7. AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹¹⁶ Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit., p. 123; R. ALEXYY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 305; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 276. Como destaca Virgílio Afonso da Silva, para autores como Martin Borowski e Robert Alexy, a composição do suporte fático de um direito fundamental é resultado da soma dos dois elementos já indicados, âmbito de proteção e intervenção, ao qual se acrescenta, em contraposição, a fundamentação constitucional, sendo que a sua ausência acarreta a consequência jurídica do direito fundamental em análise. (*Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 74).

¹¹⁷ *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 74.

¹¹⁸ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 74.

¹¹⁹ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 75.

A idéia de que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados e que, portanto, sujeitam-se a restrições é corrente no Direito Constitucional contemporâneo.¹²⁰ Esta constatação encontra embasamento fenomenológico, histórico e dogmático-constitucional. Isto demonstra que a própria convivência social humana, o seu dimensionamento histórico e a perspectiva dogmático-constitucional dos direitos fundamentais estão a indicar o seu caráter relativo e a inevitabilidade de suas colisões.¹²¹

Desta forma, torna-se relevante o exame da possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, bem como a análise dos limites a esta impostos. Na verdade, a real preocupação de uma teoria geral dos direitos fundamentais repousa, essencialmente, na configuração destes direitos, em seus limites e em suas restrições, ao passo que o problema central destas últimas reside, justamente, em sua limitação.¹²²

A relação entre o suporte fático amplo dos direitos fundamentais e os seus limites ou as suas restrições é essencial para o estudo que se pretende desenvolver quanto ao direito fundamental à liberdade e à presunção de inocência, seguindo-se para uma análise da imposição de medidas cautelares no curso da persecução penal como uma intervenção estatal nestes direitos. Ao adotar um conceito amplo de âmbito de proteção e de intervenção estatal, a “teoria dos princípios” remete ao inevitável problema da colisão entre os direitos fundamentais e de suas restrições em determinadas ocasiões. Desde já, ressalta-se que a proporcionalidade vem sendo apontada como a principal forma de controle às restrições dos direitos fundamentais, razão pela qual a ela será dedicada um tópico específico deste trabalho.

¹²⁰ Cf. C. M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 199; J. C. V. DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 213.

¹²¹ Cf. W. A. STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 17. Como destaca José Carlos Vieira de Andrade, a concepção de que os direitos fundamentais são limitados justifica-se pela necessidade de se assegurar aos demais indivíduos o exercício dos mesmos direitos. Neste sentido, o artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 lembrado pelo autor: “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei”. Ademais, os direitos fundamentais obedecem a limites que decorrem da função social por eles desempenhada: os direitos fundamentais são integrados aos valores comunitários e, por isso, devem observar as exigências da própria vida em sociedade. Em suma, o autor conclui que “(...) o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um *conflito prático* entre valores – entre os valores próprios dos direitos ou entre esses e outros valores comunitários” (*Os direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 213-214).

¹²² Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 295-296; G. F. MENDES, I. M. COELHO, P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 339.

1.7.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS RESTRINGÍVEIS OU NÃO RESTRINGÍVEIS: ANÁLISE DA TEORIA INTERNA E DA TEORIA EXTERNA COMO TEORIAS SOBRE AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS¹²³

O primeiro ponto para compreender os limites ou as restrições aos direitos fundamentais remete ao debate em torno das teorias interna e externa. A discussão sobre a possibilidade de os direitos fundamentais serem, de fato, restringíveis relaciona-se com as aludidas teorias das restrições.¹²⁴ Para a teoria externa, as categorias *direito individual* e *restrição* mostram-se bem distintas e independentes do ponto de vista lógico e jurídico. Ou seja, a teoria externa, como destaca Martin Borowski, pressupõe a existência de dois objetos distintos e igualmente normativos¹²⁵, quais sejam: o direito ilimitado ou *prima facie* e a restrição a este direito.¹²⁶

Desta forma, a imposição de uma restrição ou de um limite a um direito fundamental converte em um direito limitado, aquele que, a princípio, colocava-se como ilimitado. O resultado, portanto, da conjugação dos elementos distintos, acima delineados, consiste no direito definitivo, em contraposição ao direito *prima facie*.¹²⁷ A idéia de restrições ou de limites aos direitos fundamentais atende, na verdade, às exigências de convivência e de compatibilização entre os direitos individuais e os interesses coletivos, demonstrando que a relação entre direito individual e restrição não é necessária ou automática.¹²⁸

¹²³ Desde já, ressalta-se a crítica de Martin Borowski à denominação *teoria das restrições* para se referir à teoria interna e à teoria externa. Com efeito, a teoria interna apresenta direitos fundamentais não limitáveis ou não restringíveis, razão pela qual os seus limites concretos não podem ser rotulados como restrições. No entanto, trata-se de uma terminologia corrente na doutrina de direitos fundamentais, razão pela qual se opta por sua adoção (*La estructura de ...*, op. cit., p. 68-69, nt. 112). Ademais, destaca-se a ressalva de Maurício Zanoide de Moraes, no sentido de que a teoria interna e a teoria externa tratam de restrição aos direitos fundamentais, uma vez que não admitem a violação, forma de intervenção estatal não legítima e ausente de fundamentação constitucional, como uma forma de restrição aos direitos fundamentais. (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 285, nt. 78).

¹²⁴ Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit., p. 66; R. ALEXYY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 277.

¹²⁵ *La estructura de ...*, op. cit., p. 68.

¹²⁶ *La estructura de ...*, op. cit., p. 66-67.

¹²⁷ Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit., p. 67.

¹²⁸ Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 334; M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit., p. 68; R. ALEXYY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 277.

A teoria interna, por sua vez, altera a dinâmica entre os elementos até então explorados. Segundo seus termos, há apenas um elemento normativo ou uma categoria autônoma: o próprio direito individual concreto, com seus limites e conteúdo determinados. Assim, não há que se separarem as ideias de direito fundamental e de restrições, já que estas cedem espaço ao conceito de limites imanentes.¹²⁹ Neste sentido, as indagações acerca dos limites de um direito fundamental não se relacionam com a amplitude de suas restrições, mas com o seu próprio conteúdo.¹³⁰

Nos termos desta teoria, o direito já é concebido, em nível legislativo, de forma definitiva, não havendo que se falar em restrições posteriores.¹³¹ A ideia de restrição cede espaço para o conceito de limites imanentes, ou seja, o direito, em sua configuração inicial, já se encontra limitado. Conclui-se, portanto, que o direito definitivo não é passível de sofrer novas restrições à luz de condições fáticas e jurídicas específicas, razão pela qual os conceitos de direito definitivo e âmbito de proteção se equivalem.¹³²

A adoção do paradigma da teoria externa, que apregoa a existência de dois objetos teóricos distintos, quais sejam, o direito em si e as suas restrições, permite compreender que as restrições alcançam somente o exercício do direito, e não o seu conteúdo, a sua essência. Desta forma, eventual colisão entre direitos fundamentais é solucionada por meio do sopesamento ou por meio da regra da proporcionalidade, sendo relevante destacar que o princípio afastado para a aplicação de outro não perde a sua validade e, mais importante, não tem o seu conteúdo *prima facie* afetado.

¹²⁹ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 277.

¹³⁰ Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 334. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 277.

¹³¹ Cf. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit. p. 68-70; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência...*, op. cit., p. 286; G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 337.

¹³² M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 286.

As breves considerações sobre a teoria externa, como uma teoria de restrição aos direitos fundamentais, evidenciam a relação estreita apontada por Virgílio Afonso da Silva entre a teoria dos princípios, de Robert Alexy, e o modelo teórico em tela.¹³³ Em termos gerais, a estrutura das normas que asseguram direitos fundamentais corresponde a verdadeiros princípios, *mandamentos de otimização*, que estabelecem direitos *prima facie* e buscam a realização de seu suporte fático amplo na maior medida possível. Ora, esta vertente notoriamente expansiva dos direitos fundamentais torna inevitável a existência de colisões entre as normas, o que exige a sua restrição.

Com efeito, não há espaço para a tendência de absolutização dos direitos fundamentais, de forma que a realização de um direito fundamental, garantido por um princípio, pode se ver restringida por outros direitos fundamentais, igualmente assegurados por princípios, que com ele se mostram colidentes. O sopesamento ou a regra da proporcionalidade, a que se recorre para solucionar estas colisões, permitem que se alcance o conteúdo definitivo do direito. Portanto, o direito definitivo decorre das restrições impostas por princípios colidentes e molda-se a partir de fatores externos, não se mostrando ao intérprete de forma peremptória e apriorística.

Neste ponto, é importante trazer a ressalva de Maurício Zanoide de Moraes: a opção pela teoria dos princípios e pela teoria externa, com a sua distinção em direito *prima facie*, restrições e direito definitivo, conduz à possibilidade e à necessidade de se utilizar o sopesamento e a regra da proporcionalidade para a solução das colisões entre princípios nos casos concretos.¹³⁴

¹³³ *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 140. M. BOROWSKI, *La estructura de ...*, op. cit., p. 75.

¹³⁴ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 287.

No entanto, ao adotar-se a teoria interna e a idéia de limites imanentes, ínsitos ao direito em sua configuração no plano legislativo, a opção deve ser revista. Com efeito, nos termos destas vertentes teóricas, o direito fundamental é encarado como algo irrestringível, por definição, de modo que o recurso à proporcionalidade e ao sopesamento mostre-se incoerente e equivocado. Empreender limitações *a priori* e, ainda assim, permitir outras restrições por conta da incidência da proporcionalidade, significa impor reduções a direitos fundamentais em uma dupla medida, o que não se afigura possível, mas se mostra recorrente no processo penal.¹³⁵

1.7.2. CLASSIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em primeiro lugar, o âmbito de proteção de um direito fundamental pode ser objeto de intervenção estatal ou privada. Ao se tratar de intervenção, tem-se em mente a atuação do Estado ou do particular na esfera jurídica do indivíduo. Ao lado da intervenção, que traduz um sentido positivo, isto é, uma atuação que interfere no âmbito de proteção de um direito fundamental, coloca-se a abstenção ou a inércia estatal, que também reflete uma forma de violação aos direitos fundamentais.¹³⁶

No campo da intervenção, pode-se fazer uma distinção entre duas espécies: a intervenção legítima e com justificação constitucional, a qual recebe a denominação de *restrição*; e a intervenção ilegítima, que não possui justificação perante a ordem constitucional, por isso, não permitida pelo ordenamento, a qual é denominada de *violação*.¹³⁷

¹³⁵ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 287.

¹³⁶ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 284.

¹³⁷ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 281; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 284.

A hipótese de violação deve ser bem compreendida, porque é possível distingui-la em dois momentos distintos: em um primeiro momento, a análise volta-se ao plano normativo, legislativo e abstrato, apresentando-se como violação as intervenções estatais, consubstanciadas em atos normativos, desprovidas de justificativa constitucional. Em um segundo momento, o exame opera-se no plano de aplicação e de interpretação da norma, isto é, no campo judicial e concreto, em que a violação decorre de uma limitação imposta ao direito fundamental que se estende além do permitido pela norma abstrata. Ou seja, no instante de concretização da norma, extravasam-se os limites admitidos por lei para a intervenção no direito fundamental, afastando-se, portanto, de sua justificação constitucional e da proporcionalidade.¹³⁸

Por sua vez, o conceito de restrição também merece uma análise mais apurada, identificando-se o seu conteúdo e o seu alcance, apartando este conceito de institutos correlatos como as regulamentações e as configurações dos direitos fundamentais.¹³⁹ Aliás, uma análise técnica é essencial à compreensão correta do fenômeno das restrições dos direitos fundamentais, justamente devido à concepção corrente e simplista de que os direitos fundamentais são restringidos e relativizados, como uma decorrência natural de sua condição, sem se ocupar de maiores indagações em torno desta realidade.¹⁴⁰

Uma vez estabelecida a distinção entre restrição e violação, pode-se partir para o conceito de restrição apresentado pela “teoria dos princípios”. Como destaca Robert Alexy, as “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”, apresentando por característica essencial a sua conformidade, formal e material, com a ordem constitucional.¹⁴¹ As restrições, por sua vez, revelam-se de formas distintas e em diversas intensidades, possibilitando uma análise das espécies de restrições aos direitos fundamentais.¹⁴² Este é o assunto do item a seguir.

¹³⁸ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 289.

¹³⁹ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 276; C. M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, 2002, p. 199.

¹⁴⁰ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 276.

¹⁴¹ *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 281.

¹⁴² Como ressalta Robert Alexy, as propostas de classificação das restrições a direitos fundamentais são diversas, o que se deve não somente aos diferentes propósitos de cada trabalho, mas também e notadamente “à falta de clareza dos conceitos básicos nos quais elas se baseiam, especialmente do conceito de restrição”. (*Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 285). A fim de cumprir os propósitos deste trabalho, serão traçadas, em linhas gerais, apenas as classificações mais relevantes para a compreensão do presente tema, já destacando que não se pretende analisar todas as propostas doutrinárias para este assunto. Entre classificações de

1.7.3. ANÁLISE DAS ESPÉCIES DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA TEORIA INTERNA E DA TEORIA EXTERNA

O estudo das espécies de restrições dos direitos fundamentais deve ocupar-se da sistematização destas intervenções, justamente para facilitar a sua identificação, a sua compreensão e o seu controle. Com este objetivo, muitos autores dedicaram-se à diferenciação destas restrições, ao exame de suas características, da competência para a sua efetivação, bem como da forma e do processo para a sua realização.¹⁴³ A distinção que é apresentada tem por objetivo identificar as espécies no âmbito *restrições*, não se prendendo a outro critério de análise, que tem por propósito apartar as normas puramente restritivas de outras normas destinadas a explicitar e a delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais.¹⁴⁴

Neste sentido, Robert Alexy anota que os direitos fundamentais encontram guarida na própria Constituição, razão pela qual podem ser objeto de restrições previstas expressamente no texto constitucional – isto é, restrições diretamente constitucionais –, ou podem ser limitados por disposição de normas infraconstitucionais promulgadas por determinação direta da Constituição – neste caso, restrições indiretamente constitucionais.¹⁴⁵ Em qualquer caso, e isto é o relevante, as restrições encontram assento, que direta, quer indiretamente, de caráter constitucional.¹⁴⁶

restrições a que se refere Robert Alexy, destaca-se a de Friedrich Klein, que distingue as restrições em restrições de garantia e restrições de reserva. Trata-se de classificação que tem por objetivo trazer as espécies de restrições, diferenciando-se, por exemplo, da classificação formulada por Peter Lerche. De fato, o propósito deste autor consiste em diferenciar não as espécies dentro do campo *restrições*, mas as normas que impõem restrições das demais normas que buscam conformar, definir conteúdo ou regular o âmbito dos direitos fundamentais. Neste sentido, podem ser mencionadas as normas puramente restritivas, as normas esclarecedoras, as normas conformadoras, as normas que buscam evitar abusos e as que se propõe a resolver conflitos (*Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 285-286). Ademais, conforme G. F. MENDES, I. M. C. e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, *op. cit.*, p. 336.

¹⁴³ Com efeito, o controle da legitimidade e da justificação constitucional das intervenções em direitos fundamentais não se contenta em aferir a extensão desta intervenção sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, exigindo um exame completo sobre o órgão responsável por esta operação e o processo empreendido para a sua concretização. Isto porque muitas inconstitucionalidades podem estar situadas, justamente, nestes outros aspectos, razão pela qual o seu estudo também adquire relevância.

¹⁴⁴ Neste momento, portanto, apresenta-se a classificação adotada por Robert Alexy, consentânea com a teoria dos princípios e a estrutura dos direitos fundamentais por ele desenvolvida, e que se vale da distinção já exposta entre regras e princípios (*Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 286). Sobre a distinção entre normas destinadas a restringir os direitos fundamentais e normas destinadas à sua conformação ou regulamentação, v. Capítulo 1.

¹⁴⁵ *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 286. Neste sentido, G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, *op. cit.*, p. 336; C. M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 200; I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 391-392. Destaca-se que Robert Alexy traz, ainda, o conceito de cláusula restritiva, distinguindo-o do conceito de restrição. Segundo o

Gilmar Ferreira Mendes compartilha deste entendimento, ao destacar que a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais somente admite restrições a estes direitos por meio de normas constitucionais ou, em última análise, em razão delas. Assim, o autor esboça uma primeira forma de distinção entre restrições a direitos fundamentais: restrições imediatas e restrições mediatas.¹⁴⁷ Há, no entanto, autores que vislumbram a possibilidade de uma terceira espécie de restrições, levada a cabo por meio de colisão entre os direitos fundamentais, o que não dependeria de limitação constitucional expressa ou de autorização específica para o legislador atuar neste sentido.¹⁴⁸ Tem-se, portanto, uma terceira forma de atuar normativo de caráter restritivo, a qual se subsume na segunda espécie de restrição aos direitos fundamentais.

Em suma, as restrições aos direitos fundamentais podem ser de duas espécies: (1) as restrições imediatas ou diretamente constitucionais, em que a Constituição estabelece expressamente determinada restrição; (2) as restrições mediatas ou indiretamente constitucionais, em que o texto constitucional estabelece restrições não especificadas. Entre as duas espécies de restrições aos direitos fundamentais, nota-se uma atividade distinta desempenhada pela legislação ordinária: quanto à primeira, “a lei limita-se a *declarar* a restrição prevista na Constituição”; quanto à segunda, “a lei *cria* a restrição admitida pela Constituição”. Ora, resta evidente que o legislador encontra um grau de vinculação à ordem constitucional maior na primeira espécie do que na segunda, mostrando-se distinto o controle da atividade restritiva em cada caso.¹⁴⁹

autor, a referência à cláusula restritiva parte da perspectiva da norma, ao passo que a referência à restrição parte da perspectiva do direito. Assim, “uma cláusula restritiva é parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz como aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido”, podendo apresentar-se de forma escrita ou não escrita. (*Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 286).

¹⁴⁶ Cf. I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 392.

¹⁴⁷ Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, *op. cit.*, p. 336.

¹⁴⁸ De certa forma, esta terceira hipótese de restrição aos direitos fundamentais remete à segunda espécie de restrição aos direitos fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet salienta que a distinção em três tipos de limites aos direitos fundamentais “(...) torna mais visível e acessível o procedimento de controle da atividade restritiva em cada caso” (*A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 392). No presente trabalho, uma vez que não se pretende uma análise exaustiva da teoria geral dos direitos fundamentais, proceder-se-á à análise das restrições diretamente constitucionais e das restrições indiretamente constitucionais.

¹⁴⁹ Cf. C. M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 202.

Esta classificação retoma a controvérsia entre a teoria interna e a teoria externa, já ressaltada, pois a forma de restrição imediata, isto é, de limitação decorrente do próprio texto constitucional, pode ser encarada, quer como uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental, nos moldes sustentados pela teoria externa, quer como um elemento do suporte fático do direito fundamental, o que a aproxima da teoria interna.¹⁵⁰

Neste sentido, a observação de Gilmar Ferreira Mendes, segundo o qual a limitação decorrente do texto constitucional é objeto de controvérsia na doutrina, pois há argumentos para considerá-la como simples elemento do tipo, e não autênticos limites. Assim, retoma-se, novamente, o embate entre as teorias interna e externa, “(...) isto é, entre uma concepção que recusa a existência de restrições estabelecidas diretamente pela própria Constituição, porquanto eventuais limitações explicitadas pelo constituinte nada mais representam que a própria definição do direito assegurado, e aquela outra, que distingue precisamente entre o direito assegurado e sua eventual restrição”.¹⁵¹

Como se pode notar, o conceito de restrição é completamente distinto para a teoria interna e para a teoria externa. Nos termos da teoria externa, o *direito em si* ou o *direito prima facie* e a restrição são elementos completamente diversos, estabelecendo-se entre eles um vínculo especial de restrição, mas, destaca-se, nem sempre necessário.¹⁵² Isto é, a teoria externa permite identificar, com clareza, a existência, em um primeiro momento, do *direito em si*, sem qualquer limitação, e, em um segundo momento, do *direito restringido* por imposição de um sistema normativo que busca conciliar os inúmeros direitos individuais e os direitos coletivos em constante conflito.¹⁵³

¹⁵⁰ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 286.

¹⁵¹ *Curso de direito ...*, op. cit., p. 337.

¹⁵² Ressalta-se, portanto, que, para a teoria externa, a relação entre direito em si e restrição não se verifica sempre. Nos termos de Robert Alexy: “(...) Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são concebíveis também sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária” (*Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 277).

¹⁵³ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 277.

Os conceitos de direito e de restrição encontram conotações completamente diversas no campo da teoria interna. Como já ressaltado, nos termos desta teoria não se deve encarar direito e restrição como objetos distintos, uma vez que o seu objeto de estudo é único: o direito com seu conteúdo já determinado e delineado por limites imanentes.¹⁵⁴

Como destaca Robert Alexy, neste campo de restrições diretamente constitucionais, o exame do texto normativo não é suficiente, muitas vezes, para esclarecer se se trata de verdadeira restrição ao direito fundamental ou, ao contrário, encontra-se diante de uma descrição constitucional do âmbito de proteção de um direito fundamental. Obviamente, ao assumir a tese de que as disposições constitucionais traduzem tão-somente descrições do conteúdo a ser protegido, tais como limites imanentes, na esteira do que é apregoadado pela teoria interna, a controvérsia perderia razão de ser, assim como a concepção de restrições diretamente constitucionais.¹⁵⁵

Esta, no entanto, não se apresenta como a linha teórica a ser seguida. As cláusulas restritivas encontradas em sede constitucional devem ser encaradas como parte de uma norma de direito fundamental, que se revelam, na verdade, regras em formato resumido. Tais regras têm por propósito traçar restrições a direitos fundamentais, pois se comportam como normas que restringem posições *prima facie* de direito fundamental, nos termos do conceito de restrição apresentado por Robert Alexy.¹⁵⁶ Não se trata, portanto, de limites internos ou de descrições mais detalhadas do suporte fático da norma de direito fundamental. As restrições diretamente constitucionais expressam verdadeiras regras, que traçam limites à realização do direito fundamental, instituídos de modo imediato pelo legislador constitucional.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 277.

¹⁵⁵ *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 287. Como destaca Wilson Antônio Steinmetz, a teoria interna não admite a existência de restrições impostas diretamente pela Constituição. O que se nota, portanto, são limites internos e não restrições propriamente ditas. Em suma, trata-se de “(...) elementos constitutivos de parte do suposto de fato. É uma hipótese em que o constituinte decidiu descrever com mais detalhes o suposto fático”, situações de não-direito (*Colisão de direitos ...*, op. cit., p. 29-30).

¹⁵⁶ *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 281. Tem-se, portanto, uma cláusula restritiva diretamente constitucional. A peculiaridade desta regra, como destaca Robert Alexy, é o fato de consubstanciar uma restrição definitiva instituída diretamente pelo constituinte: “isso mostra que a cláusula nada mais é que uma decisão do constituinte a favor de determinadas razões contra a proteção constitucional”. (*Teoria dos direitos...*, op. cit., p. 287). Neste sentido, I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, op. cit., p. 392.

¹⁵⁷ Como Wilson Antônio Steinmetz sintetiza, no entendimento de Robert Alexy não se trata de: “(...) limites internos, mas de cláusulas restritivas constitucionais expressas com status de norma-regra convertendo um direito *prima facie* em um não-direito definitivo” (*Colisão de direitos ...*, op. cit., p. 31).

O importante é destacar que os direitos fundamentais, como direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser objeto de restrições assentadas, igualmente, na própria Constituição. Assim, as normas que importam em redução do âmbito de proteção dos direitos fundamentais revelam-se também normas constitucionais. Esta referência a *normas constitucionais* quer alcançar, como ressaltado, não somente as normas de *status* e de natureza constitucional, como também as normas infraconstitucionais, editadas por imposição expressa da Constituição.¹⁵⁸

Nos termos de Robert Alexy, ambas as espécies de normas dedicam-se ao mesmo propósito: estabelecer restrições aos direitos fundamentais; no entanto, as “normas restritivas diretamente constitucionais” são representadas por normas da própria Constituição em contradição e por cláusulas restritivas encontradas no texto normativo constitucional, ao passo que as “normas restritivas indiretamente constitucionais” alcançam as reservas de lei, referidas em diversos momentos no corpo da Constituição.¹⁵⁹

Entre as restrições advindas da legislação ordinária com expressa autorização constitucional, podem-se identificar diferentes modalidades de reserva legal: reserva legal simples e reserva legal qualificada. Enquanto as reservas legais simples asseguram, unicamente, a competência para estabelecer restrições, as reservas legais qualificadas vão além, impondo uma limitação ao próprio conteúdo da restrição.¹⁶⁰ Portanto, nota-se que as restrições a direitos fundamentais por meio de lei não se revelam de forma única, o que, sem dúvida, contribui para a maior ou a menor efetividade dos direitos fundamentais.¹⁶¹

¹⁵⁸ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 286; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 291.

¹⁵⁹ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 277. Neste ponto, ressalta-se a explicação de Robert Alexy, no sentido de que as reservas legais constitucionais, por meio das quais “o legislador é autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais”, devem ser encaradas como intervenções em potencial. Isto é, trata-se de normas de competência, que não restringem os direitos fundamentais diretamente, apenas fundamentam a possibilidade jurídica das restrições. É certo que as normas de competência, ao autorizar a criação de restrições aos direitos fundamentais, trazem em si certa dose de restrição, ainda que este caráter restritivo, como destaca Robert Alexy, revele-se apenas potencial e indireto. Ademais, o autor destaca a existência de reservas legais explícitas e implícitas. As primeiras consistem em normas constitucionais que autorizam, expressamente, a restrição a direitos fundamentais, ao passo que as do segundo grupo podem ser identificadas em passagens do texto constitucional que se referem a leis ordinárias como forma de restrição. Ou seja, a Constituição, ao mencionar leis ordinárias, está a estabelecer competência para impor restrições (*Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 282; 291-292).

¹⁶⁰ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 292.

¹⁶¹ Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 338. Como destaca Gilmar Ferreira Mendes, os ordenamentos constitucionais estabelecem diversas formas de restrição aos direitos fundamentais em função de fatores históricos, sociológicos e culturais. Neste sentido, a

A imposição de restrições mediatas ou de reservas legais é importante, porque reduz a incidência de conflitos entre direitos fundamentais e afasta a possibilidade de restrições a direitos individuais arbitrários e aleatórios. Há, portanto, este fator de segurança jurídica.¹⁶² Por outro lado, deve-se estar atento para o recurso abusivo a esta forma de limitação, zelando para que a fixação de restrições mediatas não se opere com margens demasiadamente amplas e indeterminadas para a atuação do legislador ordinário, o que acabaria eliminando a garantia fundamental estatuída pelo constituinte.¹⁶³

Justamente por estas razões, o estudo das reservas ocupa-se, em grande medida, do problema em torno de sua delimitação. Neste campo, interessa não somente a forma e o procedimento para o exercício da competência para impor restrições, mas também os limites materiais a esta competência. Os obstáculos materiais às restrições impostas pelo legislador infraconstitucional são as condições trazidas pela reserva qualificada, a concepção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a proporcionalidade.¹⁶⁴

A ideia de restrições mediatas e o limite material representado pela proporcionalidade suscitam a indagação acerca do caráter declaratório ou constitutivo daquelas.¹⁶⁵ É certo que o legislador ordinário não recebe uma carta em branco ou uma autorização indiscriminada para efetivar as restrições, mas a sua tarefa não se limita a reforçar o juízo de ponderação ou o sopesamento já realizado pelo constituinte.¹⁶⁶

autorização constitucional para limitação aos direitos fundamentais por meio de leis pode ser conduzida de formas diferentes. Ora, o emprego de fórmulas vagas ou de conceitos indeterminados nesta tarefa pode representar, como ressalta o autor, “(...) autêntica ameaça aos direitos individuais”. Ademais, prossegue: “A formulação assaz imprecisa de garantia individual ou a outorga ao legislador de responsabilidade pela sua concretização podem esvaziar por completo o significado dos direitos individuais em determinada ordem constitucional” (*Op. cit.*, p. 337-338).

¹⁶² Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO, P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, *op. cit.*, p. 339.

¹⁶³ Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO, P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, *op. cit.*, p. 339.

¹⁶⁴ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 292.

¹⁶⁵ Isto porque, como destaca Robert Alexy, a imposição da proporcionalidade como um limite material ao exercício da competência para impor restrições (restrições mediatas), por um lado, impede que os direitos fundamentais tenham seu conteúdo esvaziado pelo legislador. Por outro lado, a vinculação excessiva do legislador aos direitos fundamentais poderia conduzir a uma atividade de simples reprodução das restrições diretamente constitucionais (*Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 293).

¹⁶⁶ Como destaca Gilmar Ferreira Mendes, ainda que o legislador ordinário esteja vinculado aos direitos individuais, tal como previstos na ordem constitucional, e não possa se afastar das opções feitas pelo constituinte, o seu papel na implantação das reservas legais não pode consistir somente em confirmar a ponderação constitucional sobre princípios relevantes. Isto porque esta conduta promoveria a identificação entre restrições constitucionais imediatas e reservas legais (ou restrições constitucionais mediatas), revelando uma vertente meramente declaratória para estas últimas. (Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO, P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, *op. cit.*, p. 340). Ademais, Robert Alexy: “a legislação sob reserva

Esta observação é importante, pois permite concluir que o legislador infraconstitucional não se encontra circunscrito a uma mera interpretação dos limites fixados pela Constituição e sem autonomia para impor restrições aos direitos fundamentais. Ao contrário: este exerce uma tarefa notoriamente constitutiva e não somente declaratória, na medida em que detém competência para estabelecer limitações autênticas aos direitos fundamentais.¹⁶⁷

Neste sentido, deve-se abandonar uma teoria interpretativa, bem como a concepção correlata de que o legislador exerce uma competência de simples interpretação de limites previamente definidos no texto constitucional, a fim de reconhecer a este efetivo poder de decisão, de modo recorrente, em relação ao estabelecimento ou não de restrições a um direito fundamental. Trata-se, portanto, de atividade notoriamente constitutiva.¹⁶⁸

Por último, resta apenas mencionar que as restrições aos direitos fundamentais também retomam a distinção entre regras e princípios já abordada. De fato, os direitos fundamentais, assim como as restrições a esses direitos, consistem em normas. Desta forma, é natural que se recorra à distinção entre as espécies de normas: regras e princípios. Esta atividade, no entanto, serve apenas para se analisar a natureza das normas que restringem os direitos fundamentais.

constitucional nada mais seria que interpretação das restrições já existentes em virtude do texto constitucional. (...). As reservas não estabeleceriam uma competência para a imposição de restrições, mas apenas uma competência para a interpretação” (*Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 293). Sobre os limites ao poder de restrição do legislador, R. D. STUMM, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 67.

¹⁶⁷ Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO, P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, *op. cit.*, p. 340. Ao referir-se a limitações autênticas aos direitos fundamentais, quer-se apenas ressaltar que o legislador não se limita a uma atividade de repetição, estabelecendo restrições que já existem. Com isto, não se está afirmando que se autoriza ao legislador a imposição de restrições para além do fixado pela Constituição. Robert Alexy encarrega-se de afastar a denominada “real restrição à liberdade”, investigada por Otto Bachoff, ou “a autorização para intervir no conteúdo propriamente dito do direito fundamental”, a que alude Theodor Maunz. Segundo Robert Alexy, “(...) é inadmissível uma restrição a um princípio de direito fundamental que extrapole aquilo que é admissível em face do peso dos princípios colidentes”. Segundo o autor, a ideia de real restrição à liberdade, tal como defendida por Otto Bachoff, somente procede, caso se tenha em vista que há princípios substanciais e formais que são considerados no sopesamento. No caso, “o princípio formal da decisão por parte do legislador democraticamente legitimado também pode desempenhar um papel. Este princípio – que diz respeito à competência decisória do legislador – e, por isso, formal –, é o fundamento de uma competência legislativa constitutiva para a imposição de restrições, mesmo que essa competência seja limitada por princípios substanciais” (*Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 295).

¹⁶⁸ A atividade constitutiva do legislador revela-se, quando cabe a ele decidir se uma restrição é ou não admissível, bem como quando lhe é aberta a possibilidade de decidir se impõe ou não uma determinada restrição e em que medida. Neste último caso, não há dúvida sobre a existência da restrição, mas o legislador pode optar por “(...) realizar o direito fundamental em um grau maior que aquele que a Constituição exige em vista de princípios colidentes” (Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 294).

Como destaca Robert Alexy, uma norma importa em restrição a um direito fundamental, na medida em que a sua vigência faz com que a liberdade *prima facie* ou o direito *prima facie*, que existia em um primeiro momento, ceda espaço para posições jurídicas definitivamente restringidas (trata-se do *não-direito* ou da *não-liberdade*, a que se refere Robert Alexy).¹⁶⁹

Por sua vez, de igual forma, os princípios também podem representar normas restritivas a direitos fundamentais. Ocorre que os princípios não acarretam, de modo isolado, uma restrição definitiva a um direito fundamental. Para tanto, é necessário que o princípio em questão e os princípios que com ele se mostram colidentes sejam avaliados de acordo com a lei da colisão. Como já demonstrado, é a regra, que resulta deste sopesamento, que impõe a restrição ao direito fundamental. Este raciocínio, no entanto, não exclui o caráter restritivo dos princípios, relegando-os a meras restrições indiretas ou potenciais. Na verdade, os princípios representam, sim, relevante restrição aos direitos fundamentais, na medida em que a existência de princípios colidentes elimina, em certa medida, a possibilidade jurídica de realização de outros princípios.¹⁷⁰

1.7.4. OS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS ATIVIDADES NORMATIVAS CORRELATAS

O estudo das restrições aos direitos fundamentais também demanda o enfrentamento de outro problema, que consiste na distinção entre as restrições e outras atividades normativas que com ela não se confundem, já que não se destinam a reduzir, a dificultar ou a eliminar o acesso a estes direitos.¹⁷¹

Trata-se, portanto, de distinguir as restrições aos direitos fundamentais de normas orientadas a fornecer regulamentações ou conformações a estes direitos. Em linhas gerais, não se cuida de uma distinção entre espécies de restrições, mas de uma delimitação entre normas puramente restritivas de direitos fundamentais e normas que circundam o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, com o propósito de esclarecer-lhes, explicitar-lhes, conformar-lhes, evitar abusos ou solucionar eventuais conflitos.¹⁷²

¹⁶⁹ *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 283.

¹⁷⁰ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 284-285.

¹⁷¹ Cf. I. W. SARLET, *A eficácia dos ...*, op. cit., p. 391.

¹⁷² Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que: “(...) nem toda a disciplina normativa dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como constituindo uma limitação. Muitas vezes as normas legais se

Estas considerações se fazem necessárias em face da constatação de que nem todas as normas relacionadas a direitos fundamentais apresentam-se como restrições a esses direitos.¹⁷³ De fato, em matéria de direitos fundamentais, as normas de direito ordinário podem ser classificadas em normas restritivas e normas não-restritivas, conforme proposta de Robert Alexy. Esta distinção é essencial e acarreta uma consequência prática relevante: as normas não-restritivas não demandam uma justificação constitucional, ao contrário das normas que restringem um direito fundamental.¹⁷⁴

Neste sentido, torna-se indispensável obter critérios para distinguir entre a atividade de restrição e a atividade de configuração.¹⁷⁵ Entende-se por normas configuradoras as normas legais não restritivas ao âmbito de proteção de um direito fundamental. Trata-se de normas que têm por objeto algo relacionado ao conteúdo do direito fundamental, mas que se orientam somente a complementar, concretizar, definir o âmbito de proteção de um direito fundamental.¹⁷⁶

Logo se nota que as diferenças entre configuração e restrição são tênues e, justamente por isso, concentram as preocupações da doutrina nesta matéria.¹⁷⁷ Com intuito minimizar as violações aos direitos fundamentais e de harmonizar a atividade de configuração com as exigências de uma teoria geral dos direitos fundamentais, adota-se um conceito restrito de configuração.¹⁷⁸ Neste conceito, portanto, não se incluem também as normas restritivas aos direitos fundamentais, mas somente aquelas normas em que se pressupõe que “(...) o legislador deixa imperturbado o “âmbito de proteção” (domínio e conteúdo), destinando-se a regulação legislativa a abrir possibilidades de comportamento através das quais os indivíduos exercem os seus direitos fundamentais”.¹⁷⁹

limitam a detalhar tais direitos a fim de possibilitar o seu exercício, situações que correspondem aos termos *configurar, conformar, completar, regular, densificar* ou *concretizar*, habitualmente utilizados para caracterizar este fenómeno” (*A eficácia dos ...*, *op. cit.*, p. 391). Ademais, esta é a advertência encontrada em C. M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 202.

¹⁷³ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 332.

¹⁷⁴ *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 332.

¹⁷⁵ Robert Alexy ressalta que as normas não-restritivas no âmbito de um direito fundamental têm sido comumente referidas pela doutrina como normas configuradoras (*Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 333).

¹⁷⁶ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, *op. cit.*, p. 1223; R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 333.

¹⁷⁷ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁷⁸ Robert Alexy anota que: “apenas uma concepção assim restrita do conceito de configuração, à qual corresponde um conceito amplo de restrição, é compatível com as exigências de racionalidade na fundamentação dos casos envolvendo direitos fundamentais. Aquilo que é qualificado como configuração não necessita de fundamentação em face dos direitos fundamentais. Ainda que por meio de um conceito restrito de configuração, que mantenha amplo o âmbito daquilo que é carente e passível de fundamentação,

1.8. A PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE DAS RESTRIÇÕES

O estudo da estrutura de uma norma de direito fundamental, a apresentação de seus elementos e a relação que entre estes se estabelece permitem reconhecer que uma das principais indagações neste campo reside, justamente, nas restrições aos direitos fundamentais. Por sua vez, em matéria de restrições e de reservas aos direitos fundamentais, não há dúvida que o principal questionamento é acerca de sua limitação.¹⁸⁰ Será objeto de análise uma das formas de limites das restrições aos direitos fundamentais: a proporcionalidade.¹⁸¹

A proporcionalidade ocupa um posto considerável nas teorias de direitos fundamentais.¹⁸² Como limite axiológico ao exercício do poder estatal, a origem histórica da proporcionalidade remonta à própria estruturação do Estado de Direito e ao advento das modernas constituições, que foram concebidas com o propósito de promover o justo equilíbrio entre os poderes do Estado e de assegurar a observância de um núcleo indisponível de direitos fundamentais.¹⁸³ A ordem constitucional brasileira não traz a previsão expressa da proporcionalidade, mas o seu reconhecimento resta implícito em face da consagração do Estado Democrático de Direito, assentado no resguardo de direitos e de garantias individuais.¹⁸⁴

não se possa assegurar que ocorram somente restrições permitidas, com isso se garante, ainda assim, que nenhuma restrição esteja isenta de fundamentação, o que é um pressuposto essencial para que sejam estabelecidas somente restrições permitidas” (*Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 340).

¹⁷⁹ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, *op. cit.*, p. 1123-1124.

¹⁸⁰ Cf. R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 296; G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, *op. cit.*, p. 339; M. G. DE M. GOMES, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 35. Como destaca Maurício Zanoide de Moraes, assim como o âmbito de proteção dos direitos fundamentais experimenta limites, não se podendo falar em direitos fundamentais absolutos, as restrições impostas a estes direitos também não se mostram ilimitadas. O reconhecimento de formas de limitação aos direitos fundamentais tem por objetivo, justamente, impedir a supressão destes direitos por meio de restrições. (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 310).

¹⁸¹ Outra forma de controle das intervenções nos direitos fundamentais indicada pela “teoria dos princípios” consiste no conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Como destaca Robert Alexy, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é uma forma de restrição das restrições: “até aqui falou-se em restrições a direitos fundamentais. Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face dos princípios colidentes, mas também que sua restrição e restringibilidade têm limites. Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade” (*Teoria dos direitos ...*, *op. cit.*, p. 295-296). Esta forma de limite aos limites dos direitos fundamentais não será objeto de análise no presente trabalho. Para o desenvolvimento do tema, foi dado destaque à proporcionalidade como uma forma de limite aos limites dos direitos fundamentais.

¹⁸² Neste ponto, vale ressaltar o esclarecimento de Suzana de Toledo Barros, no que respeita às variantes terminológicas empregadas para a referência à proporcionalidade: “Os americanos falam em razoabilidade. O

termo qualifica tudo quanto seja conforme a razão, tem sentido bastante amplo”. Por sua vez, como destaca a autora: “Os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição do excesso (*Übermass*) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade”. No entanto, como prossegue a autora, importante assentar que: “As variações terminológicas estão longe, porém, de neutralizar a sua densidade de sentido – *referindo-se ao princípio da proporcionalidade* - e a sua importância prática no controle de constitucionalidade das leis por órgão jurisdicional.” (*O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 67-70). Neste sentido, a observação de Celso Ribeiro Bastos: “compreende-se o denominado “princípio” da proporcionalidade, a *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, também chamado de mandamento da proibição do excesso (*Übermaßverbot*) como um guia à atividade interpretativa, que indiscutivelmente apresenta grande liberdade de atuação, tendo em vista os fins a serem atingidos, e a exigibilidade da escolha destes. Ressalta-se ainda que a proporcionalidade e a razoabilidade costumam ser empregadas indiferentemente” (*Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2.^a ed., São Paulo, Celso Bastos – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 185). Por exemplo, para José Batista Gonçalves, o conceito de proporcionalidade encontra-se inserido no princípio da razoabilidade, que, por ser mais amplo, atua como veículo do conceito de proporcionalidade. Na medida em que a razoabilidade é a base do devido processo legal, a proporcionalidade, como uma das vertentes que a integra, foi acolhida pela constituição como princípio constitucional e deve ser observada em todos os atos judiciais, administrativos e legislativos (*O devido processo legal e o Pacto de São José da Costa Rica*, Tese (doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p. 103). Neste ponto, no entanto, algumas observações devem ser feitas. Virgílio Afonso da Silva ressalta que, na linguagem laica, não se costumam fazer diferenciações entre proporcionalidade e razoabilidade. No entanto, é tarefa do discurso jurídico imprimir conotações mais técnicas e mais precisas aos termos utilizados. E, de fato, no campo jurídico, as expressões não são sinônimas, visto que cada uma expressa uma construção jurídica diversa. Reconhece-se que ambas apresentam objetivos semelhantes, isto é, controle das atividades legislativas e executivas, limitando-as para que não restrinjam mais do que necessária os direitos dos cidadãos, no entanto, cada uma efetua esse controle de forma diversa. O autor traz o histórico das origens diversas dos institutos e conclui que, não obstante a doutrina brasileira utilize os termos de forma indistinta (conforme os exemplos acima colacionados), é necessário diferenciar a razoabilidade e a proporcionalidade. Para tanto, o autor destaca que a regra da proporcionalidade desenvolvida para controlar leis restritivas de direitos fundamentais surgiu na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Não se trata de uma simples afirmação vaga de que os atos estatais devem ser razoáveis ou de mera análise da relação entre meio e finalidade. A regra da proporcionalidade “(...) apresenta uma *estrutura racionalmente definida*, com subelementos independentes - a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* -, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, de mera exigência de razoabilidade” (*O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, *op. cit.*, p. 27-30). Neste sentido, a conclusão de Wilson Antonio Steinmetz, segundo o qual não se nega normatividade ao princípio da razoabilidade no direito brasileiro. Ocorre que ele não apresenta uma definição operacional, diferentemente da proporcionalidade que apresenta em seus elementos “(...) indicadores de concreção”, como menciona o autor. “(...) conclui-se que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o da razoabilidade e que o princípio da proporcionalidade é o princípio apropriado para a solução da colisão de direitos fundamentais” (*Colisão de direitos ...*, *op. cit.*, p. 191-192).

¹⁸³ Como destaca Willis Santiago Guerra Filho: “Um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na *Magna Charta* Inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifestada na idéia acima referida – *refere-se o autor ao fato de que a origem histórica da idéia subjacente à “proporcionalidade” confunde-se com o nascimento do Estado de Direito e com a estruturação das modernas constituições* –, quando estabelece: “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”. Essa espécie de contrato entre a Coroa e os senhores feudais é a origem do *Bill of Rights*, de 1689, onde, então, adquirem força de lei os direitos frente à Coroa, estendidos, agora, aos súditos em seu conjunto”. (*Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal*, in V. A. da SILVA (org.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 255-256). Neste ponto, vale ressaltar o esclarecimento de Suzana de Toledo Barros, no que respeita às variantes terminológicas empregadas para a referência ao princípio da proporcionalidade: “Os americanos falam em razoabilidade. O termo qualifica tudo quanto seja conforme a razão, tem sentido bastante amplo”. Por sua vez, como destaca a autora: “Os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição do excesso (*Übermass*) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade”. No entanto, como prossegue a autora, importante assentar que: “As variações terminológicas estão longe, porém, de neutralizar a sua densidade de sentido – *referindo-se ao princípio da proporcionalidade* - e a sua importância prática no controle de constitucionalidade das leis por órgão jurisdicional.” (*O princípio da ...*, *op. cit.*, p.67-70).

1.8.1. ASPECTOS TERMINOLÓGICOS

Uma das primeiras indagações que se coloca ao se estudar a proporcionalidade diz respeito à sua estrutura jurídica. Neste ponto, é relevante destacar a divergência doutrinária em relação a este tema. Como destacado em momento anterior, no cenário brasileiro, a proporcionalidade tem sido comumente referida pela doutrina como princípio da proporcionalidade.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 310. Por sua vez, Mariângela Gama de Magalhães Gomes destaca que a proporcionalidade: “(...) integra uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, que impõe a proteção ao indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos” (*O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 35).

¹⁸⁵ Diversos autores referem-se à proporcionalidade como *princípio*. Entre estes, pode-se citar C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales – el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, CEPC, 2005, p. 37; J. R. NOVAIS, *Os princípios constitucionais ...*, op. cit., p. 161; W. A. STEINMETZ, *Colisão de direitos ...*, op. cit., p. 139; S. DE T. BARROS, *O princípio da ...*, op. cit., p. 71; N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit.. G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 355; J. B. GONÇALVES, *O devido processo legal e o Pacto de São José da Costa Rica*, Tese (doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p. 91; I. W. SARLET, *A eficácia dos...*, op. cit., p. 395; D. F. PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 75; D. R. STUMM, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 78. Celso Ribeiro Bastos refere-se a “princípio” da proporcionalidade, reconhecendo a sua natureza de mera regra hermenêutica e não de princípio propriamente dito, “(...) já que não traz em seu bojo um conteúdo axiológico expresso. Mas, de qualquer forma, igualmente se diferencia dos enunciados interpretativos elencados (que encampam os diversos métodos interpretativos da doutrina), já que serve de orientação e escolha desses enunciados, nessa medida não podendo ser confundido com estes. É uma espécie de meio termo, de ponte de conexão entre os enunciados expostos e os princípios que guiam sua aplicação.” (*Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2.^a ed., São Paulo, Celso Bastos – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 185, nt., 25). Com efeito, como anota Maurício Zanoide de Moraes: “(...) a maioria dos autores entendem-na como “princípio”, não obstante, quando assim a ela se referem, não têm em mente um conceito normativo oposto à “regra”, conforme leciona a “teoria dos princípios”. Normalmente, quando há essa referência, feita inclusive por nós em trabalho anterior (cfr., “Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira”, no prelo), empresta-se ao termo “princípio” uma conotação de relevância e de fundamentalidade sobre outras tantas indagações juspolíticas, algo a nortear exames e análises concretas (em decisões judiciais) e abstratas (em nível legislativo)” (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 310, nt. 153).

No entanto, em face das distinções estabelecidas entre regras e princípios nos termos da teoria formulada por Robert Alexy, a referência à proporcionalidade como princípio torna-se problemática. Isto porque, na esteira desses pressupostos, a proporcionalidade não opera como um princípio, visto que não admite eficácia diferenciada em função do caso concreto, sendo aplicado de modo constante e sem variações.¹⁸⁶ Por esta razão, Virgílio Afonso da Silva entende como mais apropriada a utilização da expressão regra de proporcionalidade, sem desconsiderar a inegável e a forte carga semântica do termo princípio, o que revela “(...) a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade”.¹⁸⁷ Desta forma, ainda que se admita o recurso a princípio da proporcionalidade, em atenção propagada difusão dessa expressão na doutrina e na jurisprudência brasileiras, deve-se ter em mente que a utilização deste termo não corresponde a mesma acepção de princípio adotada pela teoria de Robert Alexy.¹⁸⁸

1.8.2. FUNDAMENTO E FUNÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

¹⁸⁶ Cf. V. A. DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, op. cit., p. 25.

¹⁸⁷ *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, op. cit., p. 26.

¹⁸⁸ *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, op. cit., p. 26. A opção por regra da proporcionalidade deve-se, portanto, à observância das distinções entre regras e princípios propostas por Robert Alexy. Esta conclusão, no entanto, é alvo de crítica por parte de Humberto Bergmann Ávila, que defende à proporcionalidade uma estrutura de postulado normativo. Com efeito, o autor destaca que Robert Alexy, ao propor suas distinções entre regras e princípios, exclui a proporcionalidade da categoria dos princípios: “ALEXY, sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência”. (Ressalta-se que Virgílio Afonso da Silva não concorda com esta crítica, destacando que Robert Alexy reconhece à proporcionalidade a estrutura de regra, cf. *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, op. cit., p. 25-26). E, de fato, conforme Humberto Bergmann Ávila, a proporcionalidade não é um princípio, um critério material ou uma regra jurídica. Para o autor, o dever de proporcionalidade deve ser visto como um postulado normativo: “(...) o dever de proporcionalidade impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados. É dizer: ele traduz um postulado normativo aplicativo como aqui se estipula” (*A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, in *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, n.º 4, jul. 2001, p. 24-25. Disponível em: <HTTP://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07 de novembro de 2010).

Na verdade, os debates em torno da proporcionalidade ocupam-se, de forma primordial, de seu conceito e de sua finalidade. O reconhecimento da proporcionalidade como instrumento útil à efetividade dos direitos fundamentais e, portanto, de evidente importância para os ordenamentos jurídicos, fez com que a discussão em torno de sua fonte alcançasse relevância apenas doutrinária.¹⁸⁹

Neste sentido, nota-se que a admissão da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, país onde o seu estudo encontrou notável desenvolvimento, prescindiu de maiores considerações sobre como melhor fundamentar a sua inserção em nível constitucional, preocupando-se mais em estender a sua atuação para todos os setores do ordenamento jurídico, não mais se restringindo ao campo do Direito Administrativo, em que primeiro se verificou a sua incidência.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Cf. W. S. G. FILHO, *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*, in V. A. da SILVA (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 261. Destacando as divergências doutrinárias em torno do fundamento da proporcionalidade: G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Op Curso de direito ...*, op. cit., p. 356.

¹⁹⁰ Como destaca Willis Santiago Guerra Filho, o Tribunal Constitucional, “investido que está pela Lei Fundamental de velar pelo seu cumprimento e respeito, a partir de um determinado momento, passa a referir com frequência expressões, em sua argumentação, que se associam claramente ao “pensamento de proporcionalidade”, tais como “excessivo” (*übermässig*), “inadequado” (*unangemessen*), “necessariamente exigível” (*erfordelich, unerlässlich, unbedingt, notwendig*), até estabelecer de forma incisiva que o referido princípio e a correlata “proibição do excesso” (*Übermassverbot*), “enquanto regra condutora abrangente de toda a atividade estatal decorrente do princípio do Estado de Direito {*possui*} estrutura constitucional. Em decisão anterior o *Verhältnismässigkeitsprinzip* já fora apresentado como resultante, “no fundo da essência dos próprios direitos fundamentais”, acrescentando, de forma assimilável à referida formulação clássica de Svarez, que se teria, aí, uma “expressão do anseio geral de liberdade dos cidadãos frente ao Estado, em face do poder público, que só pode vir a ser limitada se isso for exigido para proteção de interesses públicos”. (*Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*, in V. A. da SILVA (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 260-261). Ainda, Wilson Antônio Steinmetz traz a primeira referência sobre a aplicação da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Tratava-se do caso *Lüth*, de 15 de janeiro de 1958, em que se encontravam em colisão o direito fundamental de livre manifestação de opinião e a proteção à atividade industrial, que se encontrava sob a ameaça de boicote. No caso, o Tribunal decidiu pela prevalência do direito fundamental à liberdade de expressão (*Colisão de direitos ...*, op. cit., p. 140). Ademais, A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 54; G. F. MENDES, I. M. COELHO, P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 357.

Em linhas gerais, como anota Celso Ribeiro Bastos, admite-se à proporcionalidade um *status* constitucional, revelando-se a sua presença no ordenamento constitucional sob duas orientações diversas. Em uma primeira abordagem, a proporcionalidade é encarada como regra implícita ao sistema, a exemplo dos estudos desenvolvidos pela doutrina alemã.¹⁹¹ Em um segundo momento, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas conduzem novas considerações sobre a proporcionalidade, passando a extrair seu fundamento constitucional da cláusula do devido processo legal, em sua vertente material ou substantiva.¹⁹²

Em suma, consoante destaca Antônio Scarance Fernandes, admite-se à proporcionalidade um *status* de constitucional, encontrando fundamento em princípios constitucionais, tais como os relacionados à “proteção dos direitos fundamentais da liberdade, da justiça, da personalidade, da integridade física”, havendo quem entenda ser essa derivada da opção por um Estado de Direito e da essência dos direitos fundamentais, ou, ainda, da cláusula ampla do devido processo legal.¹⁹³

¹⁹¹ Neste sentido, a proporcionalidade é encarada como derivação do Estado de Direito, servindo como instrumento para impedir restrições abusivas aos direitos fundamentais. (*Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2.^a ed., São Paulo, Celso Bastos – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 188, nt. 31).

¹⁹² Cf. C. R. BASTOS, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2.^a ed., São Paulo, Celso Bastos – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 188. Como destaca Rogério Schietti Machado Cruz, a cláusula do devido processo legal, a par de suas implicações decorrentes do *procedural due process*, tais como os princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da motivação das decisões judiciais e da publicidade, evoluiu para uma vertente material e substantiva, revelando-se como uma exigência de razoabilidade e de racionalidade da atuação normativa estatal. “Esta aspecto material do *due process of law*, corresponde em significado ao “princípio da razoabilidade”, trasladou-se do direito administrativo (onde primeiramente teve aplicação) para outros ramos do direito, v.g., o direito penal e o direito processual penal, sendo aqui aplicado principalmente em relação às medidas cautelares que restringem a liberdade ou a livre disposição dos bens do imputado.” (*Sessenta dias de prisão temporária é razoável?*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 17, jan.-mar. 1997, p. 156).

¹⁹³ *Processo penal constitucional*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 55; G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 356-357.

Em termos conceituais, a proporcionalidade consiste em proceder a um juízo de censura sobre a adequação e a necessidade de um ato legislativo.¹⁹⁴ Volta-se, portanto, ao controle de constitucionalidade de uma restrição a direitos fundamentais, a qual se opera em dois momentos distintos e, ao mesmo tempo, relacionados. Em primeiro lugar, a atuação da proporcionalidade volta-se ao estrato normativo e abstrato, examinando-se a lei em tese e a sua justificação constitucional. Em segundo lugar, a proporcionalidade incide na fase judicial ou executiva, de interpretação e de aplicação da lei pelo julgador e pelo administrador.¹⁹⁵

Este duplo controle da proporcionalidade, tal como denominado por Gilmar Ferreira Mendes, acena para a necessidade de se examinar a constitucionalidade de uma lei restritiva de direitos fundamentais não somente em abstrato, mas, igualmente, em sua incidência concreta. Isto é, a atuação judicial e a atuação administrativa também se submetem ao controle da proporcionalidade, de sorte que “qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade”.¹⁹⁶ O exame de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais é a forma mais corrente de atuação da proporcionalidade. Na verdade, este é o principal papel da proporcionalidade, e o que, de fato, impulsionou o seu desenvolvimento. Desta forma, para bem compreender o seu âmbito de incidência, mais do que desdobrá-la em requisitos e em pressupostos, deve-se recordar que é, justamente, esta possibilidade de controle de constitucionalidade de leis e de decisões judiciais a garantia da realização dos direitos fundamentais e o seu resguardo a intervenções arbitrárias ou excessivas.

¹⁹⁴ Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 355; G. F. MENDES, *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – novas leituras*, in *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, n.º 5, ago./2001, p. 1. Disponível em: <[HTTP://www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 07 de novembro de 2010; J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, op. cit., p.1123 ss.

¹⁹⁵ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 311; G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 370.

¹⁹⁶ Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO e P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 370.

Em suma, como ressalta Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o exercício da jurisdição constitucional, com o controle realizado às limitações aos direitos fundamentais, impede que estes se reduzam a “meras afirmações programáticas”, além de impor que cada restrição a uma liberdade assegurada por um direito fundamental demonstre adequação, necessidade e proporcionalidade, aqui, em sentido estrito, em face da proteção de bem jurídico de igual ou maior valor.¹⁹⁷

1.8.3. PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

A regra da proporcionalidade, em sua estrutura delineada pela doutrina alemã, desdobra-se em três elementos ou requisitos intrínsecos: a adequação ou a idoneidade (*Geeignetheit*); a necessidade ou a exigibilidade (*Erförderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).¹⁹⁸

Precursor na elaboração e na conceituação da proporcionalidade ou da proibição do excesso, o Tribunal Constitucional Federal alemão, em decisão proferida em 16 de março de 1971, apresentou o aludido preceito em termos sintéticos: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”.¹⁹⁹

¹⁹⁷ *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

¹⁹⁸ Cf. S. de T. BARROS, *O princípio da ...*, op. cit., p. 72-73. Nesse sentido, ressalta Willis Santiago Guerra Filho que, até a 2.ª Guerra Mundial, o princípio da proporcionalidade esteve restrito ao direito administrativo alemão, “referindo-se de forma indiscriminada ao princípio da proporcionalidade apenas no sentido de exigibilidade ou adequação. Em 1955, aparece a primeira monografia dedicada exclusivamente ao seu estudo, devida a Rupprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittles im Verwaltungsrecht)*, onde já se fez notar a preocupação terminológica, visando a distinguir aspectos diversos da proporcionalidade, sendo ele o primeiro a empregar a expressão “princípio da proporcionalidade” com a qualificação “em sentido estrito”. (...) Um terceiro momento importante representa a obra de Peter Lerche, de 1961, com o título “Excesso e Direito Constitucional – Sobre a Vinculação do legislador pelos Princípios da Proporcionalidade e da Exigibilidade” (*Übermass – und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit*), na qual fica definitivamente consagrada a distinção desses dois aspectos da proporcionalidade, bem como a denominação de “princípio da exigibilidade” para distinguir da proporcionalidade em sentido estrito. Já ao gênero a que pertenciam as duas espécies o autor sugere chamar “princípio da proibição do excesso”, tendo o termo excesso sido empregado nesse contexto já por Walter Jellinek, em obra publicada originalmente em 1913 (reed. 1964)”. (*Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*, in V. A. da SILVA (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 258-260).

¹⁹⁹ Cf. W. S. G. FILHO, *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*, in V. A. da SILVA (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 262. Ainda, destacando as decisões do Tribunal

No processo de consolidação da proporcionalidade, os aspectos da necessidade, da adequação e o imperativo da prevalência do valor protegido nos interesses em confronto - proporcionalidade em sentido estrito - despontaram como requisitos intrínsecos a justificar e a autorizar as restrições estatais impostas aos direitos individuais.²⁰⁰ Ademais, apresentam-se como requisitos extrínsecos a judicialidade e a motivação, visto que as medidas restritivas impostas aos direitos individuais devem ser submetidas a um prévio controle jurisdicional e adotadas mediante decisões devidamente fundamentadas.²⁰¹ A estes requisitos, somam-se como pressupostos a exigência de lei para imposição das restrições, em conformidade material e formal com a Constituição, em síntese: legalidade e justificação constitucional.

A sistematização da regra da proporcionalidade em requisitos intrínsecos, em requisitos extrínsecos e em pressupostos atribui maior racionalidade à sua aplicação, notadamente quando se tem em vista as críticas ao elevado subjetivismo associado à proporcionalidade.²⁰² Esta metodologia de apresentação da proporcionalidade também se mostra operacional, na medida em que lhe confere uma densidade mais concreta.²⁰³ A seguir, uma análise de cada um destes pressupostos e requisitos.²⁰⁴

Constitucional alemão, G. F. MENDES, *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – novas leituras*, in *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, n.º 5, ago./2001, p. 2. Disponível em: <[HTTP://www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 07 de novembro de 2010.

²⁰⁰ Como destacado, o desenvolvimento da proporcionalidade foi motivado pelo controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Por esta razão, os requisitos intrínsecos acima delineados são objeto de frequente destaque na doutrina. Cf. G. F. MENDES, I. M. COELHO, P. G. G. BRANCO, *Curso de direito ...*, op. cit., p. 364; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 312.

²⁰¹ Cf. N. G.-C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 109. Trata-se, como destaca Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, de exigência de cumprimento de requisitos relacionados ao sujeito atuante, por isso, subjetivo, e à forma através da qual se impõem as citadas ingerências, por isso, formal. Ainda, cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 60. A análise dos requisitos extrínsecos (judicialidade e motivação) e dos pressupostos (legalidade e justificação constitucional) é de relevância para compreender a atuação da proporcionalidade no campo processual penal. Tendo em vista o propósito de aplicação da proporcionalidade no âmbito da prisão cautelar e das demais medidas cautelares pessoais, torna-se importante a referência àqueles. Trata-se da exposição doutrinária formulada por Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, em sua obra já mencionada, e que será, aqui, observada. Ressalta-se que esta sistematização em requisitos e pressupostos não afasta a incidência da proporcionalidade no processo penal dos estudos já desenvolvidos em torno desta regra. Na verdade, o exame dos requisitos extrínsecos e dos pressupostos da proporcionalidade, nos termos apresentados por Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, não contraria a ideia de licitude do objetivo e do meio empregado já investigada pelos constitucionalistas (Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 314).

²⁰² Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 60. Destaca-se, no entanto, que há autores que não seguem esta sistematização, por não concordarem com alguns de seus fundamentos. Denílson Feitoza Pacheco, por exemplo, ao analisar a proposta de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, entende que não se pode indicar a legalidade e a justificação teleológica como pressupostos da proporcionalidade. De igual maneira, não há que se falar em judicialidade e em motivação como seus requisitos extrínsecos. Em

1.8.3.1. PRESSUPOSTO FORMAL DA PROPORCIONALIDADE: LEGALIDADE

Em matéria de direitos fundamentais, o legislador encontra-se cercado por uma imposição fundamental, no sentido de não violar tais direitos. Não obstante, esta determinação faz-se acompanhar por uma autorização de fixar limitações aos direitos fundamentais, desde que esta atuação estatal ocorra por meio de lei. Desta forma, a intervenção no âmbito dos direitos fundamentais tem como pressuposto formal a necessidade de uma lei, elaborada pelo legislador competente.²⁰⁵

A análise da legalidade, como pressuposto da regra da proporcionalidade, adquire relevância em face do propósito deste trabalho. Como já destacado, a incidência da proporcionalidade no campo processual penal recomenda que se volte ao exame dos pressupostos e dos requisitos extrínsecos previamente ao exame dos requisitos intrínsecos tradicionalmente apontados pela doutrina.

primeiro lugar, quanto à legalidade, defende o autor um tratamento autônomo a este princípio, sem que seja necessário recorrer à proporcionalidade para o seu estudo. Em segundo lugar, a justificação teleológica não é vista como um princípio autônomo, “mas como aspecto integrante da argumentação da proporcionalidade”. Por sua vez, a judicialidade resta afastada da proporcionalidade, em razão da existência de medidas interventivas que se aperfeiçoam sem qualquer intervenção jurisdicional. De fato, o controle jurisdicional pode não ser necessário em determinadas hipóteses. Por outro lado, se não observado, quando necessário, por exemplo, no caso de decretação de uma prisão cautelar sem decisão judicial, a questão deve ser tratada sob a óptica da legalidade, e não da proporcionalidade. Por último, a motivação judicial também não deve ser vista como requisito extrínseco em face da admissibilidade de restrições a direitos fundamentais administrativas ou legislativas. Assim, a motivação judicial somente se faz exigível, se houver uma medida interventiva que somente possa ser imposta mediante decisão judicial. (*O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 137-138).

²⁰³ Cf. W. A. STEINMETZ, *Colisão de direitos ...*, *op. cit.*, p. 148-149.

²⁰⁴ Como destaca Maurício Zanoide de Moraes, a análise dos pressupostos e dos requisitos intrínsecos da proporcionalidade adquire relevância, quando da sua aplicação ao campo processual penal. Isto porque, no campo processual penal, assim como no campo penal, qualquer restrição a direito fundamental pressupõe, necessariamente, *lei* (legalidade). Ademais, demanda-se que esta lei apresente justificação constitucional, isto é, resulte de um sopesamento constitucional (justificação constitucional). Acrescente-se a este cenário a exigência de que a verificação dos pressupostos *legalidade* e *justificação constitucional* esteja a cargo de uma autoridade jurisdicional competente, a qual corresponde o dever de motivação de toda e qualquer decisão. Neste sentido, o artigo 5.º, inciso XXXIX e inciso LIV, da Constituição, dispõe, respectivamente, que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, a indicar o caráter indispensável da lei para a imposição de qualquer restrição em direitos fundamentais na área penal e na área processual penal. Ademais, nos termos do artigo 5.º, inciso LXI, da Constituição, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, verifica-se a exigência de decisão judicial, devidamente fundamentada, para imposição de restrições a direitos fundamentais no campo processual penal (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 312-313).

²⁰⁵ Cf. M. G. DE M. GOMES, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

Em primeiro lugar, a doutrina processual penal tem dado destaque à legalidade como pressuposto formal para o exame da proporcionalidade, tendo as suas bases expressamente definidas no texto da Constituição de 1988. Com efeito, a ideia de que toda e qualquer medida restritiva a direitos fundamentais deva vir consignada em lei é ínsita ao Estado Democrático de Direito, de sorte que a Constituição traz a mencionada garantia em mais de um dispositivo.

Assim é que o artigo 5.º, inciso II, assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; por sua vez, o inciso XXXIX, do mesmo dispositivo, determina que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, sendo tais garantias complementadas pelo disposto no artigo 5.º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tem-se, portanto, o fundamento normativo do pressuposto da legalidade.

Entre as garantias mencionadas, interessa a legalidade processual penal, que está a indicar a necessidade de lei, em sentido formal e estrito, para a imposição de qualquer restrição a direitos fundamentais no campo processual penal. A garantia da legalidade processual penal, extraída da garantia da legalidade penal, não se satisfaz com a mera exigência de lei escrita, sendo necessário que seja esta estrita e prévia, orientando-se a um fim constitucionalmente legítimo.²⁰⁶

Ademais, a legalidade processual penal demanda a disciplina, através de lei, de todos os instantes do processo penal. Neste sentido, não somente os direitos e as posições jurídicas positivas hão de obedecer à regulamentação expressa em lei, mas também, e principalmente, as intervenções estatais na esfera jurídica dos indivíduos devem contar com autorização e disciplina legais. Com isto quer-se afirmar que as hipóteses de cabimento, bem como o conteúdo e a extensão das restrições à liberdade e a outros direitos fundamentais do acusado ou de terceiro, em razão do processo penal, devem encontrar correspondência em lei.

²⁰⁶ Cf. N. G.-C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 71; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 61; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 315.

A exigência de tipicidade e de taxatividade das medidas restritivas em matéria processual penal reflete, como se pode concluir, as considerações acerca da legalidade em âmbito penal material. A possibilidade de se recorrer a providências restritivas atípicas, valendo-se de uma discricionariedade do julgador para impor restrições à revelia de uma previsão legal expressa, não se coaduna com a ideia de legalidade processual penal, aqui, exposta. Registre-se, no entanto, a existência de ordenamentos jurídicos contemporâneos, admitindo aos juízes certa margem de escolha quanto a medidas de coação.²⁰⁷

Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes reconhece que o pressuposto da legalidade, no campo processual penal, está a exigir que a forma, a intensidade e a finalidade das restrições venham descritas em leis claras e estritas, vedando-se termos abertos e indeterminados, que colaborem com o abuso em sua aplicação. Isto porque a imprecisão da lei pode colaborar com o descumprimento de sua justificação constitucional, fazendo com que a restrição transforme-se em intervenção ilegítima, isto é, em violação de direitos fundamentais.²⁰⁸

1.8.3.2. PRESSUPOSTO MATERIAL DA PROPORCIONALIDADE: JUSTIFICAÇÃO TELEOLÓGICA

A ideia da justificação teleológica como pressuposto material da proporcionalidade remete à investigação do vínculo que se estabelece entre a restrição ao direito fundamental e o objetivo a ser alcançado através desta restrição.²⁰⁹

Neste sentido, a justificação teleológica procura esclarecer a legitimidade dos motivos que conduziram à determinada restrição, bem como do fim a ser perseguido com a medida restritiva. Trata-se, portanto, de uma questão de legitimidade: os meios invocados devem ser legítimos, assim como o fim que os justifica.

²⁰⁷ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 61, nt. 19.

²⁰⁸ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 316-317. Como prossegue o autor: “o excesso ou a lassidão no texto normativo das leis poderá ocorrer tanto por meio de uma redação para além do constitucionalmente devido, como também por uma redação extremamente vaga e imprecisa. Em ambos os casos (restrição legal extremamente ampla ou restrição legal por meio de uma redação vaga) não haverá justificação constitucional para a norma processual” (M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 317).

²⁰⁹ Desta forma, nota-se que o exame da proporcionalidade apenas tem início a partir da constatação da legitimidade constitucional do fim eleito pelo legislador. (Cf. W. A. STEINMETZ, *Colisão de direitos ...*, op. cit., p. 153-154).

Nesta esteira, o pressuposto material da justificação teleológica demanda que não só os meios sejam legítimos, mas também o fim deve ser legítimo. Para manter coerência, o intérprete deve averiguar, em primeiro lugar, a legitimidade dos fins a que se orientam as restrições aos direitos fundamentais, já que a busca de um fim ilegítimo, por si só, desqualifica a medida restritiva. Somente em face de objetivos legítimos é que o intérprete deve se ocupar da análise da legitimidade ou não dos meios escolhidos.

A análise do pressuposto material da proporcionalidade demanda um esclarecimento acerca de certos aspectos de ordem teórica. Em primeiro lugar, é necessário traçar um conceito de legitimidade do fim e, em seguida, de acordo com este conceito, determinar quais fins poderão ser considerados ou não legítimos.²¹⁰

Quanto à legitimidade do fim que fundamenta a intervenção estatal no direito fundamental, há duas posturas comumente adotadas pela doutrina na definição desta legitimidade. Para uma postura mais restrita, de caráter notadamente liberal, o fim que embasa a intervenção estatal em um direito fundamental somente poderá ser considerado legítimo, quando se revelar, de igual modo, um direito fundamental. Isto é, o Estado só estará autorizado a intervir em direitos fundamentais, na medida em que esta conduta limitativa contribua para a promoção de outro direito de índole fundamental.²¹¹

Como destaca Carlos Bernal Pulido, esta vertente baseia-se em uma concepção marcadamente liberal, já que somente confere legitimidade às posturas estatais que restringem a liberdade unicamente por conta da própria liberdade, sendo praticamente impossível admitir ao legislativo a busca por outros objetivos de utilidade social.²¹² Ora, esta postura restritiva desconhece a relevância de bens de caráter coletivo e de outros bens jurídicos assegurados por princípios igualmente constitucionais, que ostentam legitimidade para fundamentar a intervenção estatal em direitos fundamentais.

²¹⁰ Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 691-692.

²¹¹ Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 692.

²¹² *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 693.

Neste sentido, deve-se partir para uma postura alternativa, de caráter amplo, que reconhece a possibilidade de intervenções estatais em direitos fundamentais assentadas em outros princípios que pertençam à mesma hierarquia dos direitos fundamentais. Em linhas gerais, trata-se de atestar a legitimidade de outros princípios de índole constitucional, afastando a possibilidade de que os direitos fundamentais venham a sofrer intervenção estatal ancorada em princípios ou em bens de inferior hierarquia no ordenamento jurídico.²¹³

Esta linha argumentativa, não obstante mais abrangente que a anterior, peca por seu caráter extremamente formalista e por remeter, nos termos de Carlos Bernal Pulido, a uma “(...) interpretação demasiado estrita do princípio democrático”.²¹⁴ Assim, uma interpretação em consonância com o sistema de direitos e de garantias fundamentais, bem como com o Estado de Direito democrático, há de reconhecer a competência outorgada ao legislador ordinário para estabelecer todo e qualquer fim que este julgar legítimo para fundamentar uma intervenção em um direito fundamental, desde que este fim não encontre uma proibição na ordem constitucional.²¹⁵ O raciocínio a ser formulado, portanto, é de ordem negativa: não se deve buscar a previsão expressa do fim no texto constitucional, ao contrário: deve-se admitir o fim legislativo, desde que este não se encontre expressa ou implicitamente proibido pela Constituição.²¹⁶

²¹³ Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 693.

²¹⁴ Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 694 (tradução livre).

²¹⁵ Nos termos de Carlos Bernal Pulido, deve-se prevalecer uma interpretação conforme o princípio democrático, que traz implícito o chamado “princípio de liberdade de fins do legislador”. Neste sentido, o autor explica que a atribuição constitucional conferida ao Parlamento de configurar os direitos fundamentais e de adotar as decisões políticas da mais alta relevância em nome de toda a nação implica, necessariamente, que se atribua ao Parlamento a faculdade de perseguir legitimamente qualquer fim, desde que este fim não esteja proibido expressa ou implicitamente pela Constituição. Ora, não se pode negar ao Parlamento a possibilidade de determinar objetivos próprios, sob pena de transformá-lo em um instrumento dos fins eleitos pelo Constituinte, “(...) como una institución carente de la facultad de traerse nuevas miras”, resumindo-se a um órgão de caráter exclusivamente técnico. Desta forma, o conceito negativo de legitimidade dos fins legislativos admite que: “(...) toda la variedad de fines establecidos por el propio Parlamento y que no entren en disonancia con la Constitución, adquiere carta de legitimidad constitucional. De este manera, se logra un equilibrio entre los principios de supremacía de la Constitución y de máxima eficacia de los derechos fundamentales, por una parte, y el principio democrático, por outra” (Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 694-695).

²¹⁶ Proibições constitucionais expressas são aquelas se encontram previstas de modo explícito na Constituição, ao passo que as proibições constitucionais implícitas são alcançadas através da interpretação do texto constitucional, já que não constam de maneira expressa. Neste sentido, C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 697.

A partir desta conclusão parte-se para outra esfera de considerações, de igual modo, problemática. Trata-se do fato de a Constituição reunir, em seu corpo, proibições expressas ou implícitas direcionadas ao legislador, quanto aos fins legislativos aptos a fundamentar intervenções em direitos fundamentais, em caráter definitivo ou em caráter *prima facie*.

No primeiro caso, as proibições exprimem-se por meio de regras e não admitem ponderação com outros princípios que possam legitimar o fim legislativo. Já no segundo caso, o caráter *prima facie*, isto é, principiológico das proibições constitucionais permite a sua ponderação com princípios que atuem a favor da legitimidade do fim legislativo. São, na esteira de Carlos Bernal Pulido, proibições superáveis, de modo que um fim proibido pode deixar de sê-lo, devendo ser reconhecida a sua legitimidade.²¹⁷

É certo que a existência de proibições constitucionais *prima facie* remete a uma ponderação entre os objetos normativos acima indicados, transformando a investigação sobre a legitimidade dos fins legislativos em um caso de difícil solução. Entre optar por uma ponderação *ad hoc* realizada por um órgão jurisdicional, já nesta etapa do controle de proporcionalidade, e a ponderação genérica que tem lugar na sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, Carlos Bernal Pulido segue por esta última linha, invocando a presunção de legitimidade dos fins eleitos pelo legislador e remetendo os antagonismos destes casos mais complexos para a ponderação situada no exame da proporcionalidade em sentido estrito.²¹⁸

1.8.3.3. REQUISITO EXTRÍNSECO DA PROPORCIONALIDADE: JUDICIALIDADE

²¹⁷ Como destaca o autor: “Las prohibiciones *prima facie* pueden ser objeto de una ponderación con razones que jueguen a favor de la legitimidad del fin e incluso pueden ceder ante tales razones; son, por así decirlo, prohibiciones derrotables, pero que, en todo caso, si no son vencidas por los principios que se les opongan, determinarán la ilegitimidad del fin legislativo” (*El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 698).

²¹⁸ Como destaca o autor, ao enunciar a sua regra 20 sobre a proporcionalidade: “(...) el fin legislativo cuya legitimidad se duda, debe ser considerado como un fin *prima facie* legítimo y, correlativamente, la ponderación de los principios constitucionales que jueguen a favor y en contra de su legitimidad, debe desplegarse y diferirse hasta la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto”. Como efeito, consoante destaca o autor, a ponderação que se coloca no momento, isto é, entre uma proibição constitucional *prima facie* e os princípios que atuam a favor da legitimidade do fim escolhido pelo legislador, não pode ser realizada de modo abstrato, mas somente em cada caso concreto e levando em conta a intensidade com que a intervenção estatal contribui com o objetivo proibido *prima facie*. Ora, esta intensidade a que se refere o autor apenas se revela na análise da sub-regra da necessidade e da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Justamente por isto, o autor conclui que a ponderação *ad hoc*, nos termos descritos, terminaria por introduzir um “elemento ajeno al carácter del juicio de idoneidad” (*El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 699-702).

Como já destacado, a investigação acerca dos requisitos extrínsecos da proporcionalidade ganha especial relevância, tendo em vista tratar este trabalho de tema ligado ao processo penal e, além disso, voltado a restrições à liberdade e a outros direitos individuais. Quando se tem em mente requisitos extrínsecos, quer-se fazer referência a análise que se volta a aspectos externos à atuação da regra da proporcionalidade, mas de importância para a sua efetivação.

Trata-se, como destaca Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, da exigência de cumprimento de certos requisitos relacionados ao sujeito atuante, por isso subjetivo, e à forma através da qual se impõem as ingerências aos direitos fundamentais, por isso denominado formal.²¹⁹ Neste sentido, fala-se em requisito subjetivo e em requisito formal, já que se predem ao exame do sujeito responsável pela atuação da proporcionalidade (subjetivo), e à forma de sua realização (formal).

A judicialidade como requisito da proporcionalidade remete à determinação constitucional, que impõe a atuação dos órgãos jurisdicionais no processo de controle das restrições aos direitos fundamentais. Na verdade, a intervenção obrigatória dos órgãos jurisdicionais na incidência da proporcionalidade é coerente ao sistema constitucional, que atribui à atuação jurisdicional a garantia de eficácia dos direitos fundamentais.

Justamente por isso, a esses órgãos deve ser reconhecido o controle das limitações aos direitos fundamentais a se efetuar através da proporcionalidade.

1.8.3.4. REQUISITO EXTRÍNSECO DA PROPORCIONALIDADE: MOTIVAÇÃO

É de extrema relevância para a salvaguarda de nossos direitos fundamentais o reconhecimento constitucional da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, insculpida no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República. Desta forma, o dever de motivação das decisões que importam em restrições aos direitos fundamentais resulta não somente como uma exigência da proporcionalidade, visto que eleita como um requisito extrínseco de caráter formal no controle das restrições, mas como uma exigência de nosso Estado Democrático de Direito.

²¹⁹ *Proporcionalidad y derechos ..., op. cit.*, p. 109.

A motivação dos atos decisórios revela-se como um dever essencial à atuação jurisdicional e inafastável de cada órgão judiciário em suas inúmeras atividades decisórias, como aponta Rogério Lauria Tucci, encontrando-se adstrito a proclamar o resultado de sua apreciação dos fatos e de sua interpretação da norma de forma clara, lógica e precisa, possibilitando a todos a retomada do percurso que conduziu à sua decisão.²²⁰ A liberdade do magistrado, como anota o autor, na aferição das circunstâncias fáticas, na valoração dos elementos de prova, na compreensão e exegese das normas encontra concretos limites na necessária motivação e na justificação dos resultados de seu discernimento.²²¹

A garantia de motivação das decisões judiciais pode ser enfocada sob um duplo aspecto, que revela a evolução doutrinária no tratamento conferido a este postulado. Em um primeiro momento, a motivação das decisões judiciais era encarada como uma garantia meramente técnica do processo, destinada a atender a objetivos essencialmente formais, tais como o de franquear às partes o conhecimento dos motivos determinantes da decisão judicial e o de possibilitar eventual impugnação, bem como propiciar um controle de legalidade, de justiça e de correição do ato decisório por parte dos demais órgãos jurisdicionais. Em um segundo momento, a motivação das decisões adquiriu nova feição, revelando-se como garantia para o correto exercício da própria função jurisdicional.

Com efeito, a explicitação dos fundamentos de uma decisão judicial não serve somente a objetivos estritamente processuais; ao contrário, ela transborda os limites da relação jurídica processual e revela-se a todos os membros da comunidade submetida àquela ordem jurídica, expondo a estes os critérios e as opções daqueles encarregados de efetivar a função jurisdicional do Estado. Assim, a motivação das decisões judiciais reveste-se de um caráter político, apresentando-se como instrumento para se verificar a atuação imparcial e consciente dos magistrados.²²²

²²⁰ *Direitos e garantias individuais do processo penal brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 226.

²²¹ *Direitos e garantias individuais do processo penal brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 226. Ainda, como destacam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho: “A necessidade de motivação é imperiosa no sistema do livre convencimento. Abandonados os sistemas de prova legal e da íntima convicção do juiz, tem o magistrado liberdade na seleção e valoração dos elementos de prova para proferir a decisão, mas deve, obrigatoriamente, justificar o seu pronunciamento”. (*As nulidades no processo penal*, 8.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 254).

²²² Neste sentido, as observações de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, ao anotar as funções atribuídas à motivação das decisões judiciais: “(...) es particularmente relevante su función como instrumento necesario al

Neste sentido, as observações de Antônio Scarance Fernandes sobre a garantia ora enfocada, destacando ser por meio desta exposição de motivos de fato e de direito que se avalia o exercício da função jurisdicional, o que assegura também o interesse das partes em verificar se as suas razões foram objeto de exame pelo magistrado e, por fim, serve a este como referência para a verificação de sua atuação imparcial e justa.²²³

Portanto, diversos são os vetores emanados desta garantia, todos como expressão de seu caráter político e de seu aspecto técnico processual.²²⁴ Em primeiro lugar, a exigência de motivação dos atos decisórios serve à necessária justificação dos atos estatais.²²⁵ De fato, a motivação revela-se como instrumento adequado ao controle do exercício da função jurisdicional, uma vez que os agentes que a desempenham, diversamente do que ocorre com os demais poderes estatais, não recebem uma legitimação primária, direta e democrática.²²⁶ Destarte, esta legitimação é aferida constantemente, pela correição e justiça no desempenho de suas atribuições, o que colabora, como anota Rogério Lauria Tucci, no aprimoramento da aplicação do direito e no aperfeiçoamento das instituições jurídicas e da orientação jurisprudencial.²²⁷

servicio de la erradicación de la arbitrariedad en la actuación de los órganos judiciales y como garantía de la efectiva aplicación del Derecho” (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 142).

²²³ O mencionado autor destaca que: “É por meio da motivação que se avalia o exercício da função jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, mediante ela, evidencia a sua atuação imparcial e justa”. (*Processo penal constitucional*, op. cit., p. 135).

²²⁴ Neste sentido, destacam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho: “São três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só pela motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia do controle da *legalidade* das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e as provas que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como o direito a produzir prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz.” (*As nulidades no ...*, op. cit., p.255).

²²⁵ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 142; A. M. GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 76-79; R. L. TUCCI, *Direitos e garantias individuais do processo penal brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 226-228.

²²⁶ Com efeito, como destaca Antônio Magalhães Gomes Filho, os atos legislativos e as decisões administrativas, embora os primeiros nem necessitem de uma justificação, recebem, também, uma motivação, em face da estrutura de nosso Estado de Direito, que dentro de um escopo democrático, tem como objetivo possibilitar o controle dos atos estatais por parte da opinião pública, ator que tem crescido em importância nos tempos atuais. No entanto, não se pode esquecer da legitimação democrática, primária e direta, recebida por aqueles que desempenham tais funções, o que não sucede com os magistrados que exercem a função jurisdicional: “Diversamente do que sucede com os parlamentares, cujo poder decorre do sufrágio popular e, por isso mesmo, pode não ser renovado ao final do mandato, na grande maioria dos países os magistrados não são escolhidos pela via eleitoral ou não recebem aprovação do Parlamento para o exercício de suas funções judicantes, sendo portanto inexistente a sua vinculação com a maioria democrática. Ademais, também ao contrário do que ocorre em relação aos funcionários da Administração, os quais têm

Assim, para pronunciar-se como legítima ante a vigilância atenta da opinião pública, a atividade jurisdicional deve atender aos preceitos da ordem jurídica estabelecida, almejando, antes de tudo, a consecução de um sistema jurídico que proporcione certeza e igualdade. Nesta esteira, a justificação dos atos jurisdicionais emerge, conforme destaca Antônio Magalhães Gomes Filho, como “uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar”, adquirindo, nas palavras do autor, “uma conotação que transcende o âmbito do próprio processo para situar-se, portanto, no plano da política, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional”.²²⁸ Desta forma, os legítimos destinatários desta motivação não se restringem somente as partes e a seus advogados ou aos juízos superiores incumbidos da apreciação de eventuais impugnações, mas estende-se igualmente à opinião pública.²²⁹

O reflexo da motivação como uma garantia de ordem política, assegurando, em última instância, o próprio exercício da função jurisdicional, importou na consagração constitucional desta exigência, como se depreende do artigo 93, inciso IX, da Constituição de 1988.²³⁰ No ordenamento jurídico nacional, a referência ao dever de motivar as decisões judiciais encontrava-se disciplinada tão-somente em nível infraconstitucional, denotando, conforme destaca Antônio Scarance Fernandes, uma visão meramente formal e técnica da garantia, embora entendimento oposto seja apresentado pela doutrina.²³¹

seus atos submetidos ao controle hierárquico, que no final remete a revisão de seus atos ao Chefe do Poder Executivo, cuja legitimação decorre, direta ou indiretamente, do voto popular, os juízes não estão sujeitos a uma disciplina semelhante, pelo que não podem ter os seus atos corrigidos ou suprimidos por uma autoridade superior escolhida pelo processo democrático.” (*A motivação das ...*, *op. cit.*, p. 79).

²²⁷ *Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 228.

²²⁸ *A motivação das ...*, *op. cit.*, p. 80.

²²⁹ *A motivação das ...*, *op. cit.*, p. 80.

²³⁰ O artigo 93, inciso IX, da Constituição de 1988 assim dispõe: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

²³¹ Neste sentido, Antônio Scarance Fernandes: “A visão tecnicista havia influenciado os diplomas processuais, sendo exigida a motivação nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título LXVI, § 7º), nos Códigos do Império, no Regulamento 737, de 1850, nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, e no Código de Processo Penal comum de 1941 (art. 381, III) e no Código de Processo Penal Militar de 1969 (art. 438, c). vista a motivação como garantia da própria jurisdição, passa a ter *status* constitucional em vários países (Bélgica, 1831, art. 97; Grécia, 1968, art. 117). O mesmo sucedeu entre nós com a Constituição de 1988, que, em seu art. 93, IX, exige que todas as decisões sejam motivadas”. (*Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 135-136). Por sua vez, Antônio Magalhães Gomes Filho revela que a previsão da garantia tão-somente em nível infraconstitucional não demonstrava um desconhecimento do valor político da garantia: “Ao contrário, e a propósito de previsão do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, editada com base na Emenda

O certo é que, atualmente, não se desconhece o valor político da garantia de motivação das decisões judiciais; e mais, a própria evolução histórica deste postulado permite entrever que a consolidação desta exigência revela-se como uma verdadeira opção política de um Estado Democrático de Direito, que visa legitimar seu exercício perante seus cidadãos. Além disso, a própria inclusão desta garantia, ao lado de outra de enorme valor democrático, que é a da publicidade dos julgamentos, no capítulo dedicado aos postulados fundamentais da organização do Poder Judiciário, revela a sua apontada conotação política.²³²

O preceito inserido pelo constituinte originário congrega, expressamente, dois aspectos fundamentais relacionados ao dever de fundamentação. Primeiramente, esta exigência estende-se a todos os atos dos órgãos jurisdicionais no que concerne aos seus respectivos atos que ostentem conteúdo decisório, restando excluídos, portanto, somente os despachos de expediente.²³³

n. 1, de 1969, que conferia à Suprema Corte o poder de decidir a arguição de relevância de questão federal, em sessão secreta e sem apresentar a correspondente fundamentação, veementes manifestações doutrinárias já sublinhavam a importância dessa exigência, à luz dos princípios que informam o Estado de Direito.” (*A motivação das ...*, *op. cit.*, p. 70-71).

²³² Este dado é ressaltado por Antônio Magalhães Gomes Filho, ao se referir à feição política do dever de fundamentar, o autor menciona que ela pode ser deduzida da própria “colocação sistemática operada pelos textos constitucionais contemporâneos, que situam a motivação entre os princípios básicos da organização do Poder Judiciário e não entre os direitos e garantias individuais. No direito brasileiro, essa finalidade política da motivação é também claramente inferida pela sua associação, no próprio texto constitucional, a outra exigência característica do controle popular, que é a *publicidade* dos julgamentos (art. 93, IX, CF): somente a transparência possibilita o controle eficaz do poder e assegura, em última análise, a legitimidade democrática.” (*A motivação das ...*, *op. cit.*, p. 80-81).

²³³ De fato, os despachos de mero expediente, relativos unicamente ao expediente do feito, pela sua própria natureza, como destaca Rogério Lauria Tucci, prescindem de motivação, devendo-se, tão-somente, ater-se o pronunciamento jurisdicional encontra-se conforme a regularidade procedimental (*Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 226-228). Por sua vez, as decisões interlocutórias, por apresentarem nítida carga decisória, não escapam ao dever constitucional de motivação, ainda que a doutrina e a jurisprudência apresentem-se mais flexíveis quanto ao cumprimento desta exigência, ao ponto de admitir uma fundamentação mais concisa e sucinta do que a presente nas sentenças, como destacam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho: “Assim, invocando-se inclusive o art. 165 do CPC, entendeu-se que era suficiente motivação concisa em decisão de restituição de coisa apreendida (RT 600/359).” (*As nulidades no ...*, *op. cit.*, p. 256).

Em segundo lugar, o texto constitucional não deixou dúvidas acerca da consequência processual advinda de uma motivação insuficiente ou inexistente. Ademais, a nulidade da sentença que não apresentasse os requisitos básicos exigidos pelo diploma processual penal já era destacada pela doutrina antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988. A previsão da sanção de nulidade pelo preceito constitucional representou uma inovação não só no ordenamento jurídico pátrio, mas também em face de outras ordens constitucionais vigentes, como destaca Antônio Magalhães Gomes Filho, denotando a gravidade dos vícios de motivação, que comprometiam a integridade do ato judicial.²³⁴

Em face da proposta desse trabalho, que apresenta a motivação como requisito extrínseco da proporcionalidade, é interessante apresentar as exigências que conformam este dever. Neste sentido, a análise da proporcionalidade, neste momento, desenvolvida, requer um exame da forma de motivação adotada pelas decisões judiciais limitativas de direitos fundamentais.

Quanto às exigências, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano anota que a motivação das decisões judiciais, que tratam de direitos fundamentais, deve ostentar um caráter particularmente estrito.²³⁵ Ademais, quanto ao alcance deste dever de motivar, o autor aponta a obrigatoriedade de os órgãos jurisdicionais indicarem não somente a interpretação jurídica das normas aplicáveis, mas também os termos em que se pautou a subsunção dos fatos concretos.²³⁶

²³⁴ *A motivação das ...*, *op. cit.*, p. 72.

²³⁵ *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 147. Sobre os problemas em torno de motivações sucintas e ausência de motivação, v. Capítulo 6, que trata especificamente da motivação das decisões relativas às medidas cautelares de caráter pessoal adotadas no curso do processo penal.

²³⁶ *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 148.

A motivação das decisões judiciais é necessária para controlar a constitucionalidade as intervenções aos direitos fundamentais realizadas pelo juiz, já que sem a sua observância não se reúnem elementos para aferir a correta solução da colisão entre princípios no caso concreto. Não há como afirmar que o órgão jurisdicional realizou o sopesamento ou que este tenha sido conduzido nos termos corretos. Nesta esteira, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano ressalta que a falta de motivação deve ser, antes de mais nada, encarada como um “sintoma de excesso”, obrigando a considerar a restrição ao direito fundamental desproporcional.²³⁷

1.8.3.5 ADEQUAÇÃO OU IDONEIDADE

O primeiro requisito intrínseco ou sub-regra é o da adequação ou da idoneidade.²³⁸ Trata-se de um juízo de adequação da medida restritiva ou da limitação imposta por lei ou outro ato normativo estatal para favorecer a consecução do objetivo por ela pretendido.²³⁹ A idoneidade ou a adequação corresponde a uma definição negativa, já que a intervenção estatal no direito fundamental somente não será idônea, quando não puder contribuir, de algum modo, para a realização do fim constitucionalmente legitimado.²⁴⁰

²³⁷ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 146.

²³⁸ Conforme Carlos Bernal Pulido, a doutrina alemã tem atribuído a este requisito denominações diversas, entre as quais se destacam *adequação* e *idoneidade* (*El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 689). Ademais, Wilson Antônio Steinmetz ainda denomina-o de “princípio da conformidade” (*Colisão de direitos...*, op. cit., p. 149); Paulo Bonavides refere-se a princípio da pertinência ou da aptidão (*Curso de direito constitucional*, 25.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 396). Para as variações terminológicas acerca deste requisito intrínseco, v. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 153, nt. 4).

²³⁹ A base da sub-regra da idoneidade ou da adequação é a relação de causalidade positiva entre a medida interventiva do legislador e a consecução do fim a que ela se propõe. Assim, a norma legal, que intervém no direito fundamental, deve ser considerada idônea, quando o seu advento determina um aumento na realização de seu fim imediato. As medidas inidôneas mantêm uma relação neutra ou negativa com o fim a que se propõem (Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 726).

²⁴⁰ Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 723. Já Denilson Feitoza Pacheco apresenta a sub-regra da idoneidade ou da adequação, para este autor denominada de subprincípio, a partir de um enfoque positivo: “o subprincípio da adequação estabelece que deve haver uma relação positiva entre o meio e o fim da medida de intervenção em direito fundamental, ou seja, que o meio deve facilitar a obtenção do fim” (*O princípio da ...*, op. cit., p. 184). Trata-se, na verdade, da mesma conclusão que se alcança a partir da definição negativa apresentada.

Suzana de Toledo Barros aponta para este primeiro elemento a ser observado na verificação da obediência à proporcionalidade, colocando este controle intrínseco da atividade legiferante, no que respeita a essa congruência na relação meio-fim, nos seguintes termos: “o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?”, sem qualquer consideração, portanto, acerca do grau de eficácia desses meios apresentados como idôneos e aptos a alcançarem a finalidade programada.²⁴¹

Sob a perspectiva da adequação ou da idoneidade, a postura legislativa de limitações aos direitos fundamentais deve atender à primordial exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea e adequada a fomentar a realização do fim proposto, sendo a necessária observância deste parâmetro requisito indispensável à constitucionalidade da restrição.²⁴²

A sub-regra da adequação ou da idoneidade ocupa-se, portanto, de uma análise linear, examinando a intervenção legislativa com relação ao fim imediato a que esta se propõe. Como destaca Carlos Bernal Pulido, a definição de idoneidade desdobra-se em duas exigências fundamentais: um primeiro ponto a ser esclarecido consiste na necessidade de a medida perseguir um fim constitucionalmente legítimo; em segundo lugar, coloca-se a exigência de a medida ser idônea para favorecer a consecução desse objetivo.²⁴³

²⁴¹ *O princípio da ...*, op. cit., p. 74; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 170. Gilmar Ferreira Mendes amplia a indagação, a fim de perquirir a adequação da medida não somente para fomentar o objetivo colimado, mas também para propiciar a realização completa deste (*O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – novas leituras*, in *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, n.º 5, ago./2001, p. 4. Disponível em: <HTTP://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07 de novembro de 2010). Esta postura é criticada por Virgílio Afonso da Silva, tendo em vista que a proporcionalidade opera, muitas vezes, em um cenário de incerteza empírica. Desta forma, em muitas ocasiões, o legislador não tem elementos para aferir, se a medida escolhida realizará, de modo completo, o objetivo perseguido. Por isso, a opção por uma visão da adequação como o simples questionamento acerca da adequação da medida adotada para “fomentar a realização do objetivo a ser perseguido” (*Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 170). Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes destaca que a indagação sobre o requisito da adequação remete a uma consideração sobre uma “(...) relação comprovada ou comprovável de aptidão (idoneidade) segundo experiências da vida, pesquisas científicas, exames de probabilidade, enfim, qualquer modo pelo qual se possa demonstrar que por aquele meio específico é possível “fomentar” ou “facilitar” a realização do propósito almejado.” (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 323).

²⁴² Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 689; S. de T. BARROS, *O princípio da ...*, op. cit., p. 74; W. A. STEINMETZ, *Colisão de direitos ...*, op. cit., p. 149. Antônio Scaranace Fernandes apresenta exemplo de absoluta pertinência ao presente tema, considerando a sujeição da prisão provisória ao parâmetro da adequação ou da idoneidade: “Assim, nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir a futura aplicação da lei penal se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta não será a privativa de liberdade ou, se privativa, será suspensa”. (*Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57).

²⁴³ *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 689.

Desta forma, a análise da adequação ou da idoneidade impõe que, em primeiro lugar, o intérprete dedique-se a um exame do fim a que a medida interventiva se propõe a realizar, investigando-se a legitimidade constitucional desta finalidade. Esta legitimidade afere-se, como destaca Carlos Bernal Pulido, a partir de um confronto entre o fim que fundamenta a intervenção estatal no direito fundamental e os valores acolhidos pela Constituição. Nesta esteira, o fim a ser fomentado com a medida interventiva há de ser legítimo, quando “(...) não está proibido explícita ou implicitamente pela Constituição”.²⁴⁴

Na esteira deste entendimento, a ausência de finalidade ou a constatação de sua ilegitimidade em face da ordem constitucional revelam ao intérprete uma intervenção arbitrária no direito fundamental, a qual não se sustenta perante o exame de proporcionalidade. Desta forma, o meio não se mostra adequado a promover ou a contribuir com a realização de um fim constitucionalmente legítimo, revelando-se, portanto, desproporcional por falta de adequação.²⁴⁵

A análise da sub-regra da adequação ou da idoneidade pressupõe, nos termos de Carlos Bernal Pulido, que se estabeleça qual a finalidade que a intervenção visa a fomentar ou a promover, bem como a legitimidade constitucional desta finalidade.²⁴⁶ Este primeiro aspecto do juízo de adequação ou de idoneidade permite que se prossiga para a segunda etapa deste raciocínio, consistente na análise da aptidão ou da capacidade da medida interventiva selecionada pelo legislador ou por ente estatal para contribuir com a efetivação do fim constitucionalmente legítimo. Retoma-se, neste momento, o exame linear entre meio e fim, em que o meio, como aponta Carlos Bernal Pulido, tem por objetivo contribuir com a promoção do fim, ao passo que este serve de fundamentação para o meio.²⁴⁷

²⁴⁴ “Regla 19. El fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental debe ser considerado como un fin legítimo, cuando no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución” *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 692). (tradução livre).

²⁴⁵ Cf. D. F. PACHECO, *O princípio da ...*, op. cit., p. 154.

²⁴⁶ *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 691.

²⁴⁷ *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 690-691.

Sem dúvida, esta estrutura de análise da sub-regra da idoneidade, em dois estratos distintos, colabora para a sua compreensão. Na esteira deste pensamento, a legitimidade constitucional do fim que fundamenta a medida interventiva ao direito fundamental integra a sub-regra da idoneidade ou da adequação, como uma exigência desta, e não como elemento independente no exame da proporcionalidade. Não obstante, a legitimidade constitucional do fim que fundamenta a intervenção estatal no direito fundamental representa, na estrutura da proporcionalidade observada neste trabalho, um dado externo a este esquema, colocando-se, na verdade, como pressuposto de sua incidência. Justamente por isto, a sua análise será conduzida em momento oportuno.²⁴⁸

²⁴⁸ Carlos Bernal Pulido ressalta que a legitimidade do fim que justifica a intervenção legislativa no direito fundamental não é adotada por todos os autores como sub-princípio da proporcionalidade (para aqueles que a encaram como princípio), muito embora esta seja a tendência seguida pela maior parte da doutrina. De fato, alguns autores apresentam-na como elemento alheio e externo ao princípio da proporcionalidade (J. Barnés), enquanto outros autores colocam-na como sub-princípio independente (B. Pieroth e B. Schlink). No entanto, pode-se notar que a análise da legitimidade do fim que fundamenta a intervenção no direito fundamental também opera, no entendimento do autor, como um pressuposto para o exame da adequação entre meio e fim. Isto porque o autor ocupa-se, em primeiro lugar, da verificação do fim que o órgão estatal pretende fomentar ou favorecer com a intervenção no direito fundamental e se este fim pode ser considerado legítimo sob a óptica constitucional. Como destaca o autor: “Este primer elemento es un presupuesto del segundo. Únicamente si se há establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención legislativa, y si há constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde la perspectiva de la Constitución, podrá enjuiciarse si la medida adoptada por el Legislador resulta idónea para contribuir a su realización” (*El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 690).

Por sua vez, quando se afirma que a idoneidade ou a adequação de uma medida relaciona-se à sua contribuição para a consecução de seu fim imediato, deve-se atentar ao fato de que esta idoneidade pode ser encarada através de diversas perspectivas: do ponto de vista de sua eficácia, do ponto de vista temporal, do ponto de vista de realização de seu fim imediato e do ponto de vista da probabilidade para alcançá-lo.²⁴⁹ Estas perspectivas podem ser realizadas em diversos graus ou em variada intensidade, o que fornece duas formas de compreender a sub-regra da adequação ou da idoneidade, comumente indicadas pela doutrina como a versão mais forte ou idoneidade em sentido amplo; e a versão mais fraca ou mais débil desta sub-regra, também denominada de idoneidade em sentido estrito.²⁵⁰

Neste ponto, como anuncia Carlos Bernal Pulido, uma orientação jurisprudencial mais categórica desta sub-regra estará sempre à procura da medida idônea, como sendo aquela que contribui com maior grau de eficácia, maior rapidez e maior probabilidade para obtenção do fim, bem como a que o realiza em um maior número de aspectos.²⁵¹ Esta vertente corresponde à versão mais forte da sub-regra da adequação ou da idoneidade, ou, ainda, idoneidade em sentido amplo, em que a relação positiva entre meio e fim é examinada sob os aspectos qualitativo, quantitativo e em relação à probabilidade de promoção deste fim a partir do meio selecionado, descartando-se todas as medidas interventivas diversas daquela considerada como a mais idônea, por assegurar o maior grau de eficácia, a maior rapidez e a maior probabilidade de contribuir com a realização do objetivo visado.²⁵²

²⁴⁹ Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 720-722. Como destaca este autor, a relação de causalidade positiva entre a medida interventiva e o fim colimado pode apresentar maior ou menor intensidade, conforme os critérios destacados no texto. Assim: “(...) desde el punto de vista de la eficacia, un medio puede ser *mas o menos* eficaz para la obtención de su fin; desde la perspectiva temporal, un medio puede contribuir con *mayor o menor* rapidez a la obtención de su objetivo; desde la perspectiva de la realización del fin, un medio puede contribuir para que se realicen *mas o menos* aspectos relativos al fin y, desde el punto de vista de la probabilidad, un medio puede contribuir con *mayor o menor seguridad* para alcanzar la finalidad que se propone” (*El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 720).

²⁵⁰ Conforme Carlos Bernal Pulido, que retoma o pensamento de Laura Clérico e de Z. Yi, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 720-721.

²⁵¹ *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 718-719.

²⁵² Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 720-721.

Este entendimento, no entanto, não condiz com a visão de idoneidade que deve predominar no exame da proporcionalidade.²⁵³ A fim de que se possa caminhar para as demais sub-regras da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, a idoneidade há de estar satisfeita com uma visão menos incisiva, ou uma versão mais débil, nos termos de Carlos Bernal Pulido, concebendo-a como a medida que, em abstrato, colabore, de algum modo, para a realização do fim colimado. Neste momento, a medida deve apenas facilitar, em tese, a consecução de seu objetivo, sem considerar – de modo exclusivo – os graus de eficácia, de rapidez, de segurança e de plenitude com que desempenha este papel.²⁵⁴

Em outros termos, a idoneidade da medida não se preocupa em atestar que esta tenha contribuído, na prática, para a realização de seu objetivo constitucionalmente legítimo. Ademais, o exame da idoneidade que aqui se propõe também não demanda que a medida assegure, de modo pleno, a consecução daquele fim. Isto porque o Poder Judiciário, ao realizar o controle de proporcionalidade das intervenções aos direitos fundamentais, deve observar o âmbito discricionário de apreciação do Poder Legislativo, ressaltando-se que a Constituição não determina ao legislador que sempre escolha a medida mais idônea para consecução de seus fins. Ao contrário, a Constituição somente veda as medidas absolutamente inidôneas para a consecução de seus fins.²⁵⁵

²⁵³ Denilson Feitoza Pacheco destaca que, retomando o pensamento de Laura Clérico, que: “a versão forte faria com que todas as medidas legislativas diversas da “mais idônea” para a realização do fim fossem declaradas inconstitucionais quase inicialmente, sem levar em consideração razões que somente adquirem relevância nos exames da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*” (*O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 185). Este também o entendimento de Carlos Bernal Pulido, que adverte para a prematura declaração de inconstitucionalidade de todas as medidas legislativas diversas daquela medida indicada como a mais idônea, de acordo com uma versão forte da idoneidade ou da adequação. Este pensamento impede que se prossiga às demais sub-regras da proporcionalidade, obstando, por conseguinte, considerações de ordem normativa, empírica e analítica relativas à comparação entre a medida selecionada pelo legislador, por exemplo, e as demais medidas alternativas. Ademais, a versão mais forte da idoneidade ou da adequação também afasta uma avaliação de custo e benefício derivada da opção por determinada medida e os seus reflexos para o direito fundamental afetado, bem como para o objetivo colimado. De fato, estas considerações somente adquirem relevância, quando se ingressa no exame da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. À luz destes argumentos, Carlos Bernal Pulido entende aconselhável a adoção de uma versão mais débil da idoneidade ou da adequação (*El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 725).

²⁵⁴ Neste sentido, a regra 27 enunciada pelo autor em sua análise da proporcionalidade, que sintetiza com clareza os comentários deste item: “la idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, de que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad” (*El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 721-724).

²⁵⁵ Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 723-724.

Desta forma, esta versão mais débil da sub-regra da idoneidade ou da adequação observa, como anota Carlos Bernal Pulido, as exigências decorrentes do princípio formal de competência legislativa para tornar efetiva a Constituição. Como destaca o autor, a ordem constitucional impõe apenas uma limitação ao legislador: as restrições aos direitos fundamentais estão vedadas, quando tais restrições carecem – de modo absoluto – de idoneidade para contribuir com a realização de seus objetivos. Basta, portanto, como observa o mencionado autor, que a medida interventiva ao direito fundamental ostente “(...) um mínimo e não um máximo de idoneidade”.²⁵⁶

Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano propõe outros aspectos para a avaliação da sub-regra da idoneidade ou da adequação, em linha diversa ao exposto anteriormente. Neste momento, parte-se para a análise da relação causal entre a medida e o fim colimado, a partir de notas essenciais que o autor considera como sendo: a constitucionalidade; o caráter empírico do princípio, a flexibilidade e a aplicabilidade da medida em uma perspectiva objetiva e em uma perspectiva subjetiva.²⁵⁷ Segundo o entendimento do mencionado autor, o exame da adequação ou da idoneidade das intervenções aos direitos fundamentais já permite ao intérprete considerações de caráter qualitativo, quantitativo e de seu âmbito subjetivo de incidência.

²⁵⁶ “Dicho en una frase: el respeto a la competencia del Legislador impone considerar que un medio idóneo no es el más idóneo, sino el que no carezca absolutamente de idoneidad. La medida de enjuiciamiento exige entonces un mínimo y no de máximo de idoneidad” (*Op. cit.*, p. 724 (tradução livre)). Com base nestas considerações, o autor enuncia mais uma regra para a compreensão da idoneidade, sendo de relevante interesse para o presente trabalho a sua transcrição: “Regla 28. En primer lugar, el Tribunal Constitucional debe aceptar que una medida legislativa es idónea, si, considerada en abstracto o en teoría, puede contribuir de alguna manera a la obtención del objetivo que se propone. Dicho en sentido contrario, no es necesario constatar que la medida legislativa haya contribuido en la práctica para alcanzar su objetivo, como exigencia para declarar su idoneidad, sino que, para tal fin, es suficiente establecer que la medida tiene virtualidad de facilitar la obtención de su fin” (*Op. cit.*, p. 725).

²⁵⁷ Como destaca o mencionado autor acerca das notas essenciais do requisito intrínseco da idoneidade: “las notas esenciales que cabe extraer de la definición propuesta son las siguientes: a) constitucionalidad; b) carácter empírico del principio; c) flexibilidad y d) aplicabilidad tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva” (*Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 154, tradução livre).

Neste sentido, sob a perspectiva da constitucionalidade, as intervenções aos direitos fundamentais, a fim de se considerarem legítimas e, portanto, verdadeiras restrições e não violações, devem se mostrar adequadas para colaborar com a consecução do objetivo colimado. Neste passo, as medidas interventivas serão consideradas inconstitucionais, quando ausente a aptidão para promover o seu objetivo ou, ainda, não se inclinarem à obtenção dos fins que fundamentam e autorizam semelhantes intervenções. Este aspecto da constitucionalidade volta-se, notoriamente, à vinculação dos entes estatais em sua atividade de criação e de aplicação de disposições legais limitativas dos direitos fundamentais.²⁵⁸

Por sua vez, a nota essencial da flexibilidade coloca em evidência a relação causal entre meio e fim, e demonstra que não se exige que o meio escolhido pelo ente estatal ostente aptidão total e absoluta para a realização do objetivo colimado.²⁵⁹ Como já ressaltado, retomando o pensamento de Carlos Bernal Pulido, a idoneidade não corresponde à exigência de se obter, de modo pleno e completo, o objetivo perseguido, nem mesmo oferece garantia de que este será alcançado.²⁶⁰ A idoneidade ou a adequação traça, simplesmente, um prognóstico acerca da realização do fim e da aptidão da medida interventiva para esta tarefa, comportando uma versão negativa (a medida é inidônea, se completamente ausente a sua aptidão para o êxito da finalidade a que se orienta) e uma versão positiva (a medida é idônea, quando a realização do objetivo visado é alcançada ou, ao menos, facilitada).²⁶¹

Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano conclui as suas notas essenciais sobre a idoneidade ou a adequação com as considerações sobre o controle do desvio de poder, que pode incidir na aplicação das medidas limitativas de direitos fundamentais. Neste ponto, o autor preocupa-se em investigar os reais propósitos dos órgãos estatais ao adotar uma medida interventiva em um caso concreto, aferindo se a finalidade que se busca promover corresponde ao fim previsto e autorizado em lei.²⁶²

²⁵⁸ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 154-155.

²⁵⁹ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 156-157.

²⁶⁰ *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 725.

²⁶¹ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 156-157. Como resalta Denilson Feitoza Pacheco, a nota essencial da flexibilidade apresentada por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano corresponde à versão débil ou fraca da sub-regra da idoneidade ou da adequação (*O princípio da ...*, op. cit., p. 188).

²⁶² *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 157-158.

Ademais, a verificação da adequação ou da idoneidade da medida interventiva aos direitos fundamentais permite uma consideração sob um prisma objetivo (adequação qualitativa e adequação quantitativa) e subjetivo. Em sua face objetiva, a medida interventiva deve apresentar qualidade ínsita que a torne apta a alcançar o fim colimado. Trata-se da adequação qualitativa, que demanda medidas idôneas por sua própria natureza.²⁶³ Por outro lado, a face objetiva da adequação ou da idoneidade comporta também o aspecto quantitativo, atestando-se a idoneidade de medidas interventivas com duração e com intensidade condizentes com a sua finalidade.²⁶⁴ Neste sentido, as intervenções aos direitos fundamentais não se mostram idôneas e, portanto, proporcionais, quando a sua duração e a sua intensidade excedem o que seria exigível pela própria finalidade que se busca promover e cuja realização se pretende facilitar.²⁶⁵

²⁶³ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 160. Neste sentido, A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57.

²⁶⁴ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 160. Neste sentido, A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57. Maurício Zanoide Moraes traz como exemplo da característica *quantidade da medida* a decretação da prisão temporária. Conforme o artigo 2.º, *caput*, da Lei n.º 7.960/89, o prazo da prisão temporária é de até 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Nos termos do artigo 2.º, parágrafo 4.º, da Lei n.º 8.072/90, este prazo estende-se para até 30 (trinta) dias na hipótese de crimes hediondos ou equiparados. Nestes casos, a duração da prisão temporária é determinante para aferir a proporcionalidade da restrição, devendo a medida ser decretada por prazo adequado ao objetivo perseguido ou, ainda, ser determinada a liberação do indiciado antes do prazo fixado, caso não seja mais necessária a sua custódia. (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 324).

²⁶⁵ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 176.

No que tange ao exame da adequação quantitativa, é certo que a investigação sobre o fator da duração e da intensidade da intervenção aos direitos fundamentais deve se limitar ao estritamente necessário para possibilitar o exame linear entre meio e fim. Quaisquer considerações que escapem a esta relação causal, ingressam, na realidade, na análise dedicada às demais sub-regras da proporcionalidade, bem como aos seus pressupostos. Assim, considera-se pertinente a advertência de Denilson Feitoza Pacheco, no sentido de que o fator quantitativo da idoneidade ou da adequação não pode se afastar da relação linear entre meio e fim, de modo que conclusões que atestem a desproporcionalidade da medida sem qualquer consideração acerca do fim a ser fomentado ou acerca da relação com medidas alternativas devem ser reservadas ao exame da proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, caso a medida se mostre excessiva, em sua duração e em sua intensidade, quando confrontada com medidas alternativas, invade-se a sub-regra da necessidade. Por fim, se a incidência concreta da medida ultrapassa a duração e a intensidade definidas em lei, a questão remete à análise do pressuposto da legalidade, não sendo, portanto, este o momento correto para se proceder a semelhante avaliação.²⁶⁶

Em sua face subjetiva, a medida de intervenção aos direitos fundamentais deve ser direcionada a um indivíduo determinado sobre o qual parem as condições necessárias para a atuação desta intervenção (adequação subjetiva), predominando um exame casuístico da proporcionalidade. Como destaca Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, o exame da proporcionalidade de medidas limitativas de direitos fundamentais encontra peculiaridades no campo processual penal, razão pela qual o autor confere destaque a estes prismas objetivos e subjetivos. O aspecto subjetivo da análise da adequação da medida é um destes, pois demanda que se tenha em consideração a pessoa específica sobre a qual recai a providência. Desta forma, procede-se a um juízo individualizado e voltado a um sujeito passivo específico, o que faz com que a decisão adotada sirva apenas e tão-somente para aquele determinado caso concreto.²⁶⁷

Trata-se, na realidade, de uma exigência constitucional nos Estados Democráticos de Direito, que as intervenções estatais em direitos fundamentais tragam, de

²⁶⁶ Denilson Feitoza Pacheco conclui que: “em síntese, a medida é excessiva, quantitativamente, se extrapola o limite legal (princípio da legalidade), se é mais gravosa do que outra medida alternativa (princípio da necessidade) ou se a importância da realização do fim não é maior ou pelo menos igual do que a importância da afetação do direito (princípio da proporcionalidade *stricto sensu*)” (*O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 188-189).

²⁶⁷ *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 160. Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 325; Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 57.

modo preliminar, a exata individualização dos sujeitos aos quais se orientam estas limitações. No que concerne às medidas restritivas adotadas no curso da persecução penal, este critério subjetivo remete à constatação de que não se podem estender as limitações ao exercício de direitos fundamentais a um conjunto indeterminado de indivíduos.²⁶⁸

Estas considerações assentam-se, sempre, no pressuposto de que a análise da eficiência não é objeto de preocupação neste momento, razão pela qual não se admite a exclusão de uma medida como inidônea por este argumento. Esta indagação, como ressaltado, pertence à outra etapa de análise da proporcionalidade, a necessidade, em que, aí sim, deve ser feito o exame comparativo entre as medidas adequadas.²⁶⁹

Assim, a adequação importa em uma verificação da conformidade da medida com o objetivo pretendido e sua prestabilidade para atingir o fim colimado.²⁷⁰ Certamente, a determinação de objetivos genéricos, bem como dos meios e dos instrumentos aptos à sua consecução, insere-se no âmbito de discricionariedade política legislativa ou administrativa, reservando-se o controle judicial sobre esse aspecto da proporcionalidade aos casos de excepcional e de patente inadequação da restrição imposta aos administrados.²⁷¹

Neste momento, portanto, de exame da relação de causalidade positiva entre a medida restritiva e o objetivo colimado, a inidoneidade ou a inadequação de uma intervenção aos direitos fundamentais deve revelar-se evidente. De qualquer forma, as incertezas, neste estágio de análise da proporcionalidade, favorecem a escolha do Legislador, e a restrição ao direito fundamental deve ser admitida como idônea.²⁷²

²⁶⁸ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 180.

²⁶⁹ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 325-326.

²⁷⁰ Sempre com a ressalva de que, neste momento, não cabe ao legislador demonstrar que o meio escolhido conduzirá à realização completa do fim colimado. Basta comprovar a relação de causalidade entre o meio e o fim perseguido, de sorte que a medida deve ser considerada adequada ou idônea em face de um mínimo indicativo de sua aptidão para fomentar a realização do objetivo perseguido. Como bem observa Carlos Bernal Pulido, a definição da idoneidade impõe que a intervenção nos direitos fundamentais seja idônea para favorecer, de qualquer modo, a obtenção do fim constitucionalmente legítimo (*El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 722).

²⁷¹ Cf. W. S. G. FILHO, *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*, in V. A. da SILVA (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 262-263.

²⁷² Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 733. Desta forma, a menos que a avaliação de inidoneidade ou de inadequação da intervenção estatal se assente em dados empíricos seguros, a avaliação das incertezas acerca destes elementos deve ser adiada para a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito (Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 735).

O exame da sub-regra da idoneidade ou da adequação empreendido, neste momento, será retomado para a análise das medidas de intervenção ao direito de liberdade adotadas no curso da persecução penal.²⁷³

1.8.3.6. NECESSIDADE OU EXIGIBILIDADE²⁷⁴

O requisito intrínseco ou sub-regra da necessidade ou da exigibilidade impõe que a medida restritiva apresente-se como o meio menos gravoso, dentre os vários possíveis, para se atingir o resultado desejado.²⁷⁵ Bem por isso, as referências doutrinárias ao segundo elemento intrínseco da proporcionalidade apresentam-no como requisito da “intervenção mínima”, da “alternativa menos gravosa” ou da “subsidiariedade”.²⁷⁶

Como destaca Suzana de Toledo Barros, o pressuposto da necessidade reside no caráter de indispensabilidade da providência restritiva para a conservação do sistema de direitos fundamentais, revelando-se essa medida de comprovada eficiência e de reduzido prejuízo aos indivíduos. Com efeito, a necessária observância à regra da proporcionalidade não se reduz à adequação ou à idoneidade do meio apresentado ao objetivo colimado. A providência restritiva há de se revelar como o “meio mais adequado” e a “menor restrição possível”, justificando-se os dois núcleos apresentados por Peter Lerche como inerentes ao requisito da necessidade ou da exigibilidade.²⁷⁷

²⁷³ Sobre idoneidade, v. Capítulo 6.

²⁷⁴ Wilson Antônio Steinmetz refere-se, ainda, a “princípio da indispensabilidade”, para indicar este requisito da proporcionalidade (*Colisão de direitos ...*, op. cit., p. 149).

²⁷⁵ Como anota Virgílio Afonso da Silva, a referência à medida necessária não remete a uma situação de urgência, no sentido de que a medida deve, necessariamente, ser adotada. Isto porque, nos termos do autor, a medida adotada, ainda que seja necessária, pode ter sido eleita por uma questão de oportunidade e de conveniência política. Ademais, o requisito da necessidade, como já destacado, importa em um exame comparativo entre as medidas adequadas possíveis, de sorte que a medida é vista como necessária assim que cotejada com outras providências alternativas que serviriam para o mesmo resultado. (*Direitos fundamentais...*, op. cit., p. 170-171).

²⁷⁶ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57-58. Carlos Bernal Pulido ressalta que outras denominações, tais como: indispensabilidade, “sub-princípio do meio mais benigno” ou “sub-princípio da intervenção mais restrita possível” (*El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 736). Em suma, como sintetiza Virgílio Afonso da Silva: “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente considerado necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (*O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, op. cit., 2002, p. 38).

²⁷⁷ *O princípio da ...*, op. cit., p. 76-77. Ainda, C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 738. Trata-se, como anota Virgílio Afonso da Silva, das duas variáveis a serem consideradas no exame da necessidade: “(1) eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido”. Entre as duas variáveis, observa o autor que a doutrina tem dado prevalência à segunda (que busca o meio menos gravoso aos direitos fundamentais), desde que todas as medidas em comparação sejam igualmente eficientes na realização do objetivo. Neste sentido, quando se tem uma medida mais eficiente e mais gravosa aos direitos fundamentais, inclina-se a doutrina a optar pela medida que menos

Desta forma, importa para a consideração acerca da desnecessidade ou da inexigibilidade da medida a possibilidade concreta de se recorrer a outra providência restritiva menos lesiva e igualmente eficaz para contribuir com consecução do fim proposto.²⁷⁸ Com isto, percebe-se que o exame da necessidade é essencialmente comparativo, ao passo que o juízo de adequação ou de idoneidade parte de uma perspectiva linear, como observa Virgílio Afonso da Silva, prendendo-se a uma análise entre meio e fim, isto é, entre a medida e o objetivo a ser alcançado.²⁷⁹

A análise da sub-regra da necessidade reveste-se, assim como a idoneidade, de particularidades. A medida interventiva eleita pelo legislador somente será tida como desnecessária, quando, entre as medidas comparativas à disposição no ordenamento jurídico, encontrar-se uma que contribua – em intensidade equivalente ou maior àquela medida adotada – para a consecução do fim proposto. A este elemento, agrega-se a exigência de a medida alternativa intervir, em menor grau, no direito fundamental atingido.²⁸⁰

restringa o direito fundamental, ainda que seja menos eficiente. Aqui, no entanto, coloca-se a ressalva do autor. Segundo Virgílio Afonso da Silva, o exame da necessidade revela que a preferência deve residir na primeira variável, isto é, na eficiência da medida para a realização do fim pretendido. Isto porque, ao se elevar o critério *menor restrição ao direito fundamental* como decisivo no exame da necessidade, a doutrina estaria a defender a omissão permanente do Estado, pois a omissão, mesmo que ineficiente, é a que menos intervém nos direitos fundamentais. Por outro lado, este pensamento ignora o fato de que a opção pela medida mais eficiente nesta segunda etapa do exame da proporcionalidade (necessidade) não implica a decisão definitiva, pois ainda há a terceira etapa (proporcionalidade em sentido estrito). (*Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 172-173). Na esteira deste raciocínio, Maurício Zanoide de Moraes ainda considera a possibilidade de todas as medidas comparadas apresentarem igual eficiência na consecução do objetivo, mas a que menos restringe o direito a ser protegido fere outros direitos fundamentais. Esta situação, aliada às considerações expostas por Virgílio Afonso da Silva, indica que a decisão pela medida mais proporcional demanda recurso ao terceiro requisito intrínseco (proporcionalidade em sentido estrito). (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 326-327).

²⁷⁸ Assim, como destaca Antônio Scarance Fernandes: “Para uma impor ao individuo, colocam-se, a quem exerce o poder várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa. Assim, entre as diversas opções, todas aptas a alcançar o fim, não é correto escolher aquela que imponha maiores restrições à obtenção do resultado, desprezando outras que também o atingiram de forma menos danosa”. (*Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 58).

²⁷⁹ *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 171; C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 737-738. Neste sentido, ressalta-se que o exame comparativo envolve a medida interventiva adotada e as medidas alternativas existentes.

²⁸⁰ Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 744.

Nota-se, portanto, que a seleção das medidas alternativas assenta-se em um controle de idoneidade, em certa medida, qualificado: não basta atestar a idoneidade da medida para a obtenção do objetivo colimado; no estágio da necessidade, o controle de idoneidade das medidas alternativas exige que estas favoreçam, com intensidade maior ou equivalente à da medida adotada, a finalidade imediata eleita do Legislador.²⁸¹

O requisito da adequação se vê, novamente, confirmado na análise da necessidade, pois somente se passa ao exame deste requisito se a medida restritiva mostrou-se, primeiramente, idônea. Em suma, o juízo de necessidade “traz em si o requisito da adequação”.²⁸² Ademais, a análise da necessidade de uma medida restritiva opera-se mediante um juízo positivo, já que não basta somente apontar a maior lesividade da restrição adotada pelo legislador, sendo também imprescindível a indicação concreta de providência substitutiva mais idônea e objetivamente menos danosa, dentre os vários meios adequados e disponíveis ao poder estatal.²⁸³

1.8.3.7. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

O requisito da proporcionalidade em sentido estrito aponta para a necessária e a indispensável ponderação entre os valores em conflito: a justiça e a razoabilidade de uma medida restritiva demandam um concreto equilíbrio entre os valores por esta resguardados e os direitos individuais a serem violados, evitando-se “o beneficiamento demasiado de um, em detrimento do outro”.²⁸⁴

A observância do requisito da proporcionalidade em sentido estrito importa em fazer prevalecer o interesse de maior relevância, quando verificada uma

²⁸¹ Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 740.

²⁸² Cf. S. de T. BARROS, *O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 78; M. Z DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 326.

²⁸³ Cf. S. de T. BARROS, *O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 78. Como se pode notar, o exame comparativo da necessidade pressupõe a existência de meios alternativos à medida restritiva eleita pelo Legislador. Sem que se considere, ao menos, um meio alternativo, não há como se proceder ao exame da necessidade. Por outro lado, a investigação de meios alternativos não pode remontar ao infinito. Neste ponto, a limitação é fornecida pelo critério da idoneidade: a seleção dos meios alternativos leva em consideração a idoneidade destes para alcançar o fim constitucionalmente legitimado (Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 739).

²⁸⁴ Cf. W. S. G. FILHO, *Princípio da proporcionalidade*, in V. A. da SILVA (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 263. Como destacam Dimitir Dimoulis e Leonardo Martins: “a proporcionalidade em sentido estrito sugere o uso da metáfora da balança, na qual se realiza uma ponderação de valores ou bens jurídicos, avaliando o respectivo peso e devendo prevalecer aquela que, na situação concreta, apresenta a maior urgência ou importância”. (*Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 224).

situação concreta de colisão entre direitos fundamentais.²⁸⁵ É certo que os requisitos da adequação e da necessidade indicam, no entendimento de alguns autores, de modo satisfatório, a medida estatal restritiva a ser adotada no caso concreto.²⁸⁶ Ocorre que a aplicação da regra da proporcionalidade à luz, unicamente, destes dois requisitos pode conduzir a excessos e a abusos, que somente serão evitados com o recurso ao sopesamento.²⁸⁷

Explica-se: uma medida restritiva pode ser adequada e idônea, bem como necessária, já que atende ao objetivo perseguido com notória eficiência. No entanto, esta mesma providência limita, de modo intenso, inúmeros outros direitos fundamentais, indo além do necessário para promover o fim a ser alcançado. Caso se entenda a regra da proporcionalidade como simples juízo de adequação e de necessidade, uma providência semelhante à descrita deveria ser tomada como proporcional e, por conseguinte, constitucional. Impedir este raciocínio é, justamente, a tarefa do sopesamento.²⁸⁸

²⁸⁵ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 58.

²⁸⁶ Neste sentido, a observação de Virgílio Afonso da Silva, que nomeia autores que seguem esta posição. Entre eles: Bernhard Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, euGRZ 11, 1984, p. 461; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte*, p. 83; Leonardo Martins, *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade*, in *Cadernos de Direito Unimep*, n. 3, 2003, p. 36 e ss. (Para estas referências, V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 177 e V. A. DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, op. cit., p. 35, nt. 46). Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins destacam que: “a proporcionalidade *stricto sensu* é uma construção irracional, dada a impossibilidade jurídica de quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior “peso” no caso concreto. (...) Persistir em tal crença (...) prejudica a credibilidade da dogmática jurídica e a estrutura do Estado constitucional.” (*Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 229-230). Portanto, o principal argumento desta corrente doutrinária consiste na elevada subjetividade que é concedida ao juiz, quando se pretende uma análise do requisito proporcionalidade em sentido estrito. Justamente por isto, há que se limitar a aplicação da proporcionalidade aos dois primeiros requisitos – adequação e necessidade –, que oferecem maior dose de objetividade. Ocorre que, como anota Virgílio Afonso da Silva, esta afirmação não se mostra correta, na medida em que o exame comparativo demandado pelo requisito da necessidade pode apresentar-se, em determinadas ocasiões, “(...) muito mais complexo e exigir mais valorações do juiz que o exame da proporcionalidade em sentido estrito”. Assim, a questão da subjetividade não se resolve com o afastamento do requisito do sopesamento do exame da regra da proporcionalidade, mas, sim, instituindo-se mecanismos eficientes de controle social da atividade jurisdicional. (*Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 177-178).

²⁸⁷ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 175.

²⁸⁸ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 175.

Estas considerações permitem reconhecer que os requisitos intrínsecos da proporcionalidade, ou sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, não operam de modo isolado. Na verdade, estas sub-regras atendem a uma importante relação de subsidiariedade entre si, o que justifica, inclusive, a tradicional ordem de sua apresentação pela doutrina. Assim, a análise da adequação tem precedência sobre a análise da necessidade, ao passo que esta precede o exame da proporcionalidade em sentido estrito, indicando que a aplicação da regra da proporcionalidade pode, em alguns casos, esgotar-se logo na análise da adequação, ou, em outros casos, na da necessidade.²⁸⁹

A sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, como já destacado, remete a uma ponderação, por isso também denominada de *ponderação* ou, simplesmente, de *proporcionalidade*.²⁹⁰ Como destaca Carlos Bernal Pulido, ao contrário do que se poderia pensar, a norma legal que determina a intervenção em um direito fundamental não se encontra submetida a este juízo de ponderação. Os objetos normativos que se encontram envolvidos nesta ponderação são outros, apresentando-se, de um lado, o direito fundamental afetado pela intervenção legislativa e, de outro lado, o direito ou o princípio constitucional de índole fundamental que serve de fundamento a esta intervenção e constitui o seu objetivo mediato.²⁹¹

²⁸⁹ Cf. V. A. DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, *op. cit.*, p. 34. Ademais, Carlos Bernal Pulido também destaca que as sub-regras da proporcionalidade, ou, como denomina o autor, sub-princípios da proporcionalidade, aplicam-se de forma sucessiva e escalonada. Neste sentido, o Tribunal que empreende a análise da intervenção ao direito fundamental deve, em primeiro lugar, verificar a sua idoneidade. Caso a norma legal não se mostre adequada, idônea, já deve ser declarada inconstitucional de pronto. Por outro lado, se a norma jurídica superar as exigências desta primeira sub-regra (sub-princípio, segundo a terminologia do autor que encara a proporcionalidade como um princípio), deve-se prosseguir com a análise da necessidade e, em seguida, da proporcionalidade em sentido estrito. Não havendo concordância com estas últimas sub-regras, a norma deverá ser declarada inconstitucional (*El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 689).

²⁹⁰ Cf. D. F. PACHECO, *O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 211.

²⁹¹ *El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 759-761.

Em outros termos, a ponderação promovida no exame da proporcionalidade em sentido estrito avalia a importância da intervenção em um direito fundamental e os sacrifícios acarretados por esta medida a seu titular e aos demais integrantes da sociedade, comparando-a com a importância que se atribui à realização do objetivo colimado por esta intervenção, em outras palavras, as vantagens que decorrem desta limitação. Para realizar o exercício de ponderação, cabe ao intérprete comparar a intensidade de cada lado desta balança e estabelecer entre estes objetos normativos uma relação de precedência condicionada, o que fornece a resposta sobre a constitucionalidade ou não da intervenção estatal em determinado direito fundamental.²⁹²

Ademais, resta assinalar que a magnitude ou a importância que se reconhece a cada um destes objetos normativos submetidos à ponderação nada mais é do que o que a doutrina, comumente, refere como o *peso* de que se reveste o direito fundamental e o princípio que embasa a intervenção legislativa. A aferição deste peso encontra-se condicionada a uma série de fatores, entre os quais a relevância material do princípio para a ordem constitucional, a intensidade da intervenção em um direito fundamental – o que tende a conferir maior peso, na ponderação, para o direito afetado –, e a intensidade de realização do objetivo que fundamenta a intervenção estatal – que tende a conferir maior peso, na ponderação, ao princípio que justifica a intervenção.²⁹³

Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano assinala como notas essenciais a esta sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito o seu caráter valorativo, o seu caráter ponderativo e o seu conteúdo de ordem material, e não meramente formal. Neste sentido, a incidência da proporcionalidade em sentido estrito encontra-se em na esfera dos valores, situando-se em meio à tensão que se coloca entre os interesses estatais e os interesses individuais.²⁹⁴

²⁹² *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales – el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, CEPC, 2005, p. 761.

²⁹³ *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales – el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, CEPC, 2005, p. 762.

²⁹⁴ *Proporcionalidad y derechos ..., op. cit.*, p. 225-227.

O caráter ponderativo desta sub-regra deve-se à ponderação entre meios e fins, isto é, à avaliação da razoável proporção entre o meio empregado e o fim colimado, como forma de solucionar a relação de tensão anteriormente indicada pelo autor.²⁹⁵ Por último, a atribuição de um conteúdo material à proporcionalidade, isto é, fazer incorporar a este requisito os interesses que ele protege, revela-se, antes de tudo, uma exigência de direito, pois ao contrário atribuir-lhe um caráter meramente formal e neutro conduziria a situações inadmissíveis.²⁹⁶

Justamente por estas considerações, a proporcionalidade em sentido estrito é encarada como a “medula” da proporcionalidade em sentido amplo, tendo por preocupação fundamental afastar limitações excessivas aos direitos fundamentais. Neste momento de análise, a intervenção estatal no âmbito de proteção de um direito fundamental, já caracterizada como idônea e necessária, ingressa em outra esfera de considerações: este é o momento de se questionar se o resultado obtido com a intervenção no direito fundamental “(...) é proporcional à carga coativa” derivada da medida, ou se sobressai como uma carga excessiva a este direito.²⁹⁷

1.9. O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES

Embora se reconheça que os direitos fundamentais não podem ser entendidos em caráter absoluto, é comum a afirmação na doutrina e na jurisprudência da existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais o qual deveria ser mantido incólume em relação às intervenções estatais e particulares.²⁹⁸

²⁹⁵ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 225-227.

²⁹⁶ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 225-227. Estas notas essenciais da proporcionalidade em sentido estrito serão, novamente, retomadas na análise do Capítulo 6.

²⁹⁷ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 269.

²⁹⁸ Revela-se como inadequada a concepção de qualquer princípio em termos absolutos, uma vez que essa atitude conduziria a uma rigorosa oposição entre eles a qual redundaria na sobreposição de um sobre os demais, pois qualquer princípio que adquirisse contornos absolutos converter-se-ia em tirano.

Ocorre, todavia, que esse posicionamento nem sempre vem acompanhado de uma adequada argumentação que explique em que consistiria o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Haveria, pois, um mero recurso tópico²⁹⁹ sem o esclarecimento acerca do objeto de proteção desse conteúdo essencial.³⁰⁰ Neste sentido, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é invocado como um limite às intervenções impostas tanto pelo Estado quanto pelo particular sem que haja, contudo, a indicação precisa desse conteúdo essencial.

Na ordem jurídica brasileira, a proteção fixada aos direitos fundamentais pela Constituição de 1988 envolve, entre outras garantias, a ideia de que deve ser respeitado o seu conteúdo essencial. Neste sentido, a despeito das controvérsias teóricas acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, importa ressaltar que a sua razão de ser relaciona-se com o fato de que todo direito fundamental apresenta em seu bojo um teor que não pode sofrer uma restrição sem a preocupação com a justificativa constitucional que a autorize.³⁰¹

Conforme ressalta Virgílio Afonso da Silva, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser visto como um fenômeno complexo para cuja investigação exige-se a análise de uma série de problemas relacionados com o que é protegido pela norma de direito fundamental, a relação entre o que é tutelado e as eventuais limitações impostas a esse objeto, bem como a fundamentação de ambos os termos dessa relação.³⁰²

Tem-se, no entanto, que, embora se reconheça a importância do exame do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, conforme afirmado inicialmente, o objeto do presente trabalho limita-se ao estudo e à análise da proporcionalidade como limitador das violações aos direitos fundamentais.

²⁹⁹ Como esclarece Tercio Sampaio Ferraz Junior, *topos* é um lugar comum, uma fórmula, variável no tempo e no espaço, com reconhecida força persuasiva no confronto de opiniões. A tópica consiste em uma técnica de pensamento, um estilo de pensar e não um método. Por esse motivo, não se trata de um procedimento rigorosamente verificável (*Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão e dominação*, 3.^a ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 322).

³⁰⁰ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p.263.

³⁰¹ “A idéia básica que está a nortear essa concepção de ‘conteúdo essencial’, pouco importando as variantes teóricas que pretendem explicá-la, é a de que o direito fundamental deve ter em seu interior algo cuja limitação, mais ou menos intensa, não possa ser feita sem a devida justificativa constitucional. É, portanto, uma natural resistência que os direitos fundamentais oferecem para sua autoproteção em face de intervenções indevidas ou inércias violadoras. Uma garantia a mais que possuem contra uma tendência (estatal e privada) em violá-los ou não efetivá-los”. (Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 330.)

³⁰² *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 183-185.

CAPÍTULO 2 – O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A RELAÇÃO ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO À LIBERDADE E OS REFLEXOS SOBRE AS HIPÓTESES DE TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência é o elemento que determina a civilidade de um sistema processual penal, sendo por isso denominada por Luigi Ferrajoli como “princípio fundamental de civilidade”.³⁰³ Em seu longo percurso de reconhecimento e de afirmação histórica, a presunção de inocência revelou-se o vetor de um modelo de ordenamento processual penal constitucional e democrático, em que o clamor social e a busca por imediata – e, muitas vezes, desmedida – justiça são substituídos por um olhar protetor sobre o indivíduo.³⁰⁴ Sem dúvida, a presunção de inocência representa um custo social de impunidade em alguns casos, mas assegura elevada qualidade aos institutos processuais em matéria de respeito aos direitos individuais.³⁰⁵

Além de direito fundamental e “de garantia da liberdade e da verdade”, a presunção de inocência revela-se igualmente uma garantia “de segurança e de defesa social”.³⁰⁶ A presunção de inocência ostenta, portanto, uma dimensão social e comunitária, posto que voltada à tutela de valores não somente individuais, mas de interesses nitidamente sociais relacionados à própria confiança depositada por todos os cidadãos na administração da justiça, assim como à legitimidade e à racionalidade da persecução penal dos delitos.³⁰⁷

A presunção de inocência incorpora uma escolha valorativa, um compromisso de caráter ideológico assumido nos textos fundamentais de inúmeros

³⁰³ Como destaca o mencionado autor: “este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la intimidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable” (*Derecho y razón* ..., *op. cit.*, p. 549).

³⁰⁴ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 53. Consoante destaca o autor, a eficácia da observância da presunção de inocência é um valioso indicativo da civilidade de um sistema processual penal. Neste sentido, constata-se uma relação direta entre o nível de realização deste princípio fundamental e os elementos democráticos do processo penal em uma nação. Neste sentido, R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio* ..., *op. cit.*, p. 50.

³⁰⁵ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal* ..., *op. cit.*, p. 53; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*, 4.^a ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 549.

³⁰⁶ Cf. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón* ..., *op. cit.*, p. 549.

³⁰⁷ Cf. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón* ..., *op. cit.*, p. 549.

Estados, além de ressaltado em documentos internacionais.³⁰⁸ Este compromisso é renovado a cada instituto que se cria, ou a cada medida que se aplica nos estritos termos desse direito fundamental. Esta percepção é essencial no estudo das medidas cautelares de caráter pessoal adotadas no curso de um devido processo penal. Isto porque, como ressalta Aury Lopes Júnior, “(...) o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro”.³⁰⁹

Desta forma, um estudo que se dedique à análise da prisão cautelar e das demais medidas cautelares de caráter pessoal encontra-se, na verdade, orientado à análise da presunção de inocência em uma de suas relevantes atuações. Isto porque as medidas adotadas no curso da persecução penal em face dos direitos individuais correspondem, na verdade, a intervenções ao direito fundamental de liberdade e, igualmente, em intervenções à presunção de inocência.³¹⁰ Justamente por isso, neste momento, coloca-se o estudo da presunção de inocência como uma etapa essencial para o desenvolvimento deste trabalho.³¹¹

³⁰⁸ Cf. M. A. M. PARDO, *La presunción de inocencia – análisis doctrinal y jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 30-31; A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 53.

³⁰⁹ *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 53.

³¹⁰ Nos termos de Maurício Zanoide de Moraes, há uma interação entre a presunção de inocência e o direito à liberdade. Assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, a presunção de inocência e o direito à liberdade encontram-se em uma relação de complementaridade e de interdependência. A presunção de inocência, em um dos seus corolários como será explorado, tem por objetivo evitar intervenções ao direito de liberdade no curso do processo penal que se afastem do caráter cautelar, que se voltem a objetivos diversos daqueles meramente instrumentais e processuais. A presunção de inocência assegura, portanto, à prisão de natureza cautelar um caráter excepcional, realçando a regra da liberdade no curso do processo penal (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 351-352).

³¹¹ A ordem constitucional assegura o direito individual à liberdade, somente admitindo intervenções em seu âmbito de proteção a dois títulos distintos: em razão da imposição de uma pena privativa de liberdade, como forma de reação jurídica à infração penal cometida; em razão da imposição de medidas cautelares de caráter pessoal no curso do devido processo legal. Em ambos os casos, verifica-se uma intervenção ao direito fundamental de liberdade, cabendo ao intérprete aferir a legitimidade desta intervenção. No primeiro caso, admite-se a imposição de uma pena privativa de liberdade, desde que observado o devido processo legal, em que restam devidamente asseguradas todas as garantias processuais. No segundo caso, admite-se a adoção de medidas cautelares de caráter pessoal que alcancem o direito à liberdade, desde que tenham por objetivo assegurar a efetividade e o resultado útil do processo penal, com a devida observância da presunção de inocência. Não se admite, portanto, em nosso sistema constitucional de direitos e de garantias individuais uma terceira hipótese de encarceramento, que se volte a objetivos distintos dos mencionados, posto que desprovida de legitimidade. No sentido deste raciocínio, encontra-se a análise das finalidades da prisão preventiva elaborada por G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 380. O objetivo deste trabalho é analisar a segunda espécie de intervenção ao direito fundamental de liberdade. Por esta razão, torna-se necessária a análise da presunção de inocência. Neste sentido, o destaque de Alexandra Vilela: “A prisão preventiva, medida de coação que encerra uma privação de liberdade do acusado ainda não declarado culpado, logo um presumível inocente, constitui, sem alguma dúvida, um atentado à presunção de inocência, e necessariamente à liberdade individual do acusado”

Ao longo desta apresentação da presunção de inocência, restará demonstrada a disparidade entre a nossa ordem constitucional, que reconhece e consagra a presunção de inocência, indicando para uma realização ampla de seu âmbito de proteção, e o nosso sistema processual penal, que ainda apresenta institutos motivados por razões que se distanciam por completo da presunção de inocência.³¹²

Esta premissa deve estar presente ao se analisar a prisão e as demais medidas restritivas de liberdade de caráter processual penal, uma vez que estas representam formas de intervenção no âmbito de proteção da presunção de inocência. O que se pretende é demonstrar os casos em que estas intervenções revelam-se restrições, isto é, medidas interventivas com justificação constitucional, e os casos em que estas se identificam como violações ao direito fundamental em exame.

2.2. A ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, bem como a própria expressão em que este se exprime, encerra o conteúdo emotivo de toda uma evolução histórica acerca de seu reconhecimento e de sua afirmação nos ordenamentos jurídicos. De fato, a reconstrução de suas origens históricas perpassa as diversas ideologias determinantes dos sistemas punitivos nacionais, e acompanha o modo de exercício do *ius puniendi* estatal.³¹³ Ademais, o enunciado revela, sob outra face, o tratamento destinado ao próprio imputado no desenrolar da persecução penal.³¹⁴

(*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra, Coimbra, 2000, p. 96).

³¹² Como anota Maurício Zanoide de Moraes, em nosso ordenamento jurídico, podem ser encontrados institutos jurídicos totalmente incompatíveis com a presunção de inocência, de forma que, atualmente, percebe-se que: “(...) ao menos em nível infraconstitucional, temos uma legislação fundada na presunção de culpa e na utilização seletiva e marginalizante do direito e do processo penal” (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 02).

³¹³ Conforme Maurício Zanoide de Moraes, o estudo da evolução histórica de um instituto jurídico somente se apresenta justificável, quando se permite concluir os motivos de sua importância para o atual cenário jurídico e solucionar controvérsias sobre sua corrente aplicação. No caso da presunção de inocência, o autor destaca que: “(...) todos os frutos da reconstrução histórica podem ser hauridos. Aliás, além deles, somente com essa reconstrução é que se pode eliminar equívocos que, de tão repetidos, tomaram ares de verdade e, outrossim, minuciar debates doutrinários e juspóliticos que vêm sendo deixados para trás ou omitidos sob pseudotecnismos.” (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 01).

³¹⁴ Neste tópico, não se pretende uma análise de toda a evolução histórica da presunção de inocência, por se colocar além dos propósitos deste trabalho. O objetivo será destacar o momento de afirmação da presunção de inocência, a fim de compreender a concepção atualmente corrente sobre este princípio. Desta forma, apenas ressalta-se que o Direito Romano, o Direito na Alta Idade Média e o período da Inquisição não conheceram a presunção de inocência. Os institutos processuais deste período indicavam, ao contrário, a vigência da presunção de culpa do acusado, sendo acompanhada por argumentos que anunciavam o direito

Como destaca Antônio Magalhães Gomes Filho, o princípio da presunção de inocência insere-se como um dos postulados fundamentais a orientar a reforma do sistema repressivo, conduzida pela Revolução Liberal no século XVIII.³¹⁵ Com efeito, a presunção de inocência é anunciada como a base de um sistema processual penal consciente dos limites do exercício do poder estatal e do respeito ao indivíduo, cujo bem-estar deve ser o objetivo maior a ser perseguido pelo Estado.³¹⁶

Neste sentido, proclamada de forma ampla e irrestrita pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, através da solene fórmula segundo a qual: “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”,³¹⁷ a previsão deste princípio tornou-se recorrente em diversos sistemas jurídicos, inspirando a referência em nossa Constituição, no artigo 5º, inciso LVII, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

penal do inimigo. Neste sentido, as observações de Maurício Zanoide de Moraes, que traz a evolução histórica completa da presunção de inocência: *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 38-39, 47,68-69.

³¹⁵ *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 09.

³¹⁶ Neste sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho ressalta que: “A declaração do direito à presunção de inocência surgiu para banir o sistema da prova legal e da tortura, oriundo das antigas ordálias ou juízos de Deus, tão freqüentes na Inquisição. Com ela, buscou-se a implementação, outrossim, do sistema da livre apreciação da prova, eliminando-se o pensamento de que o suspeito é que deveria provar a sua inocência perante a sociedade”, bem como de outras práticas de que dá notícia o autor, tais como a imposição de pena extraordinária, que ocorria quando o sistema rígido de provas não autorizava uma condenação, ou a pena do suspeito, segundo a qual o processo ficava suspenso até que o acusado apresentasse provas cabais de sua inocência, sendo este submetido, durante a suspensão, a uma prisão preventiva ou vigilância. (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 10, nt. 4). Ademais, como destaca Maurício Zanoide de Moraes, a presunção de inocência despontou “como forma de limitar a atuação estatal do Antigo Regime (autoritário, autocrático e despótico)” e acabou concebida “como a base sobre a qual se deve assentar os principais institutos do sistema processual penal, logo um princípio juspolítico de formação e informação para a criação e a interpretação do novo sistema processual penal que se desenhava após a queda do Estado Absoluto. Substituía-se, no processo penal (desde seu início até o julgamento final), a presunção de culpa, decorrente de toda uma cultura aperfeiçoada na Inquisição, pela presunção de inocência”. (*Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. I, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 696).

³¹⁷ Tradução livre. *In verbis*: “tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreteer, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de as personne doit être sévèrement reprimée par la loi”. Como anota Maurício Zanoide de Moraes, o preceito inserido na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi a primeira manifestação expressa da presunção de inocência, já que a Carta de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, embora de importância política para a afirmação de direitos fundamentais, não trouxe uma referência explícita à presunção de inocência. Ademais, o autor critica doutrina que defende a inclusão da presunção de inocência já na Ordenança Criminal Francesa de 1670 (artigo 28, inciso V: “*omnis praesumitur binus nisi probetur malus*”). Segundo o autor, figura-se incoerente e paradoxal reconhecer a presunção de inocência no seio de um dos ordenamentos processuais penais mais despóticos e autoritários da história; além disso, a presunção de inocência necessita de um sistema processual de raízes igualitárias e democráticas, para que possa alcançar a sua plena desenvoltura, o que, igualmente, não se verificava à época da Inquisição (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 77 e nt. 241-242).

De fato, a reforma do sistema repressivo acompanhou as mudanças nas orientações políticas, filosóficas e ideológicas da sociedade do século XVIII. A crise social que se instalava naquela época demandava uma alteração profunda na forma de tratamento do indivíduo em face do Estado, bem como no modo de administração do poder estatal. A substituição do procedimento criminal da Inquisição colocou-se como um dos pontos desta reforma, notadamente em virtude da constatação de que o processo penal inquisitório era um dos principais instrumentos de controle utilizados pelo Estado.³¹⁸

Neste ponto, é relevante recordar alguns traços característicos do sistema processual inquisitório, já que isto auxilia na compreensão do princípio da presunção de inocência.³¹⁹ Em linhas gerais, o sistema inquisitório romano-canônico contrapõe-se, diretamente, ao sistema acusatório em diversos aspectos: impulso jurisdicional, tratamento do acusado, disciplina probatória, presunção de culpa e finalidades do processo penal.³²⁰ Como importante instrumento de atuação estatal, o processo penal revela indiscutível orientação política e ideológica, sendo importante indicador do reconhecimento dos direitos individuais em uma nação.³²¹ À época da Inquisição, o processo penal servia a propósitos políticos e religiosos evidentes, atuando como uma forma de combate aos inimigos do Estado e à heresia condenada pela Igreja Católica.³²²

Nos termos desta lógica repressiva e discriminatória, o acusado, rotulado como herege desde o início da perseguição penal, tinha a sua culpa presumida como regra, e confirmada através de um sistema de provas legais e de recurso a medidas abusivas, como

³¹⁸ Com isto, quer-se afirmar que, como anota Maurício Zanoide de Moraes, “os reformadores perceberam que o sistema criminal da Inquisição (direito e processo penais) era a maior fonte de exemplos dos abusos e desmandos da política estatal até então reinante. Portanto, após dele haurirem os fundamentos fáticos para suas críticas ao desprezo para com o ser humano, foi para ele que dirigiram as suas maiores preocupações e desejos reformistas”. (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 70).

³¹⁹ Para as características do modelo inquisitório, v. M. O. DE CAMARGO, *Princípio da presunção de inocência no Brasil – conflito entre punir e libertar*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 63-68.

³²⁰ A ideia de contraste entre o sistema inquisitivo e o sistema acusatório é ressaltada em J. GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso – problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, vol. II, 2.^a ed., Buenos Aires, EJE, 1961, p. 110-113.

³²¹ Cf. A. S. FERNANDES, *Proceso penal constitucional*, *op. cit.*, p. 15-16. Neste sentido, James Goldschmidt já anotava que “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso” (*Principios generales del proceso – problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, vol. II, 2.^a ed., Buenos Aires, EJE, 1961, p. 109-110).

³²² Cf. R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 19; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 54-55.

a utilização indiscriminada e exemplar da tortura.³²³ O tratamento do acusado, encarado como objeto da perseguição penal, deixava evidente a presunção de culpa que contaminava o sistema. Não havia qualquer preocupação em alcançar a verdade dos fatos, mas apenas em confirmar o resultado condenatório já fixado ao início do processo.³²⁴

Ao que interessa ao tema do presente trabalho, a prisão decretada no curso do procedimento criminal encontrava conotação de verdadeira antecipação de pena no período da Inquisição. Ainda que se registrassem medidas legais voltadas a restringir a sua utilização a casos excepcionais e mediante elementos probatórios suficientes a indicar a necessidade da custódia pessoal, a prisão provisória era a realidade corrente e de imposição obrigatória.³²⁵ A visão da prisão provisória como providência cautelar e de vertente processual era completamente afastada no sistema inquisitório, sendo a restrição da liberdade determinada, em regra, logo no início da perseguição, e acompanhada da transferência dos bens do acusado ao poder estatal.³²⁶

Como se pode notar, as premissas do sistema inquisitório formavam uma identidade entre liberdade e inocência que não se coadunava com a lógica de presunção de culpa então dominante. Justamente por isso, a imposição da prisão provisória, que se estendia da fase de pré-investigação ao término do processo, e acarretava a lotação dos

³²³ Como destaca Renato Barão Varalda, acerca da utilização da tortura: “(...) era, inclusive, aplicada em praça pública como forma de provocar medo à sociedade, servindo-se, deste modo, à prevenção geral negativa do delito. Na lógica do ordenamento pré-revolucionário, herdada do sistema das ordálias, o acusado não era tratado como suspeito, mas praticamente como culpado, o qual deveria muitas vezes demonstrar sua própria inocência” (*Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 19). Maurício Zanoide de Moraes, comentando o procedimento adotado pela Inquisição, destaca o papel desempenhado pela tortura neste regime: “(...) o juiz decidia pelo encaminhamento do réu à tortura, a fim de que confessasse o crime do qual, insistia-se, já havia a certeza de seu cometimento e de sua culpa. Buscava-se, por meio da tortura, apenas a legitimação daquela “certeza prévia”. (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 65). Neste sentido, M. A. M. PARDO, *La presunción de ...*, *op. cit.*, p. 30.

³²⁴ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 56. O sistema inquisitório era dominado pela ideia de que ao acusado cabia demonstrar a sua inocência, tendo em vista a presunção de culpa. Entre prova, condenação e pena, havia uma gradação contínua. O acusado, presumidamente culpado, sempre merecia uma punição. A dúvida do julgador quanto aos acontecimentos conduzia, no muito, à condenação a uma pena menor. A ausência de prova plena jamais acarretava a proclamação de inocência, admitindo-se, no muito, a absolvição de instância. Isto porque a absolvição não afastava a possibilidade um novo processo sobre o mesmo fato.

³²⁵ Com efeito, a prisão provisória acompanhava a lógica do sistema repressivo e autoritário da Inquisição, inteiramente fundamentado na “presunção de culpa”. Como destaca Maurício Zanoide de Moraes, “enquanto havia uma preocupação de se fixar regras escritas, a fim de se garantir a liberdade como regra, a prática cotidiana se mostrava diversa. A estrutura da lógica canônica implementada no procedimento penal não permitiria aceitar a liberdade (ou inocência) como regra. As medidas cautelares (pessoais e patrimoniais) eram obrigatórias executadas antes mesmo da formalização de uma fase pré-processual de investigação”. (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 62).

³²⁶ Destacando os dois papéis fundamentais desempenhados pela prisão provisória no processo penal inquisitório, quais sejam: antecipação da punição e transferência da riqueza do acusado ao poder imperial ou eclesiástico, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 62.

locais de custódia com pessoas ainda nem sequer formalmente acusadas, era ocorrência frequente na época da Inquisição. Assim como os demais institutos, a prisão provisória vinha a confirmar a inexistência da presunção de inocência no processo penal inquisitório.³²⁷

O estabelecimento de um novo sistema processual penal, fundamentado na igualdade de tratamento entre os acusados e na investigação através de meios de prova confiáveis e contraditórios, rompeu com o modelo de persecução penal até então vigente.³²⁸ O processo penal abandona o seu caráter de instrumento político de um Estado autoritário e repressivo, para assumir a sua função de proteção ao indivíduo em face das violações e dos abusos estatais.³²⁹ Neste cenário, a presunção de inocência do acusado é alçada a conceito basilar e central do processo penal revolucionário, mas não absoluto ou irrestringível, já que, assim como os demais direitos fundamentais, a presunção de inocência admite intervenções, como a imposição de prisão cautelar no curso do processo penal.³³⁰

Maurício Zanoide de Moraes ressalta que o enunciado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 exprime “(...) a clara intenção dos revolucionários iluministas em estabelecer outro eixo para o processo penal, qual seja, a abolição da presunção de culpa e a fixação da presunção de inocência para (todos) os imputados”³³¹, inserindo neste ramo jurídico as razões político-filosóficas que animavam a revolução. Justamente por isso, a opção por referir-se à *presunção de inocência* guarda uma conotação ideológica marcante e que não pode ser desconsiderada ao se analisar este direito fundamental.³³²

³²⁷ Neste sentido, as observações de Miguel Angel Montañes Pardo relativas à referência histórica da presunção de inocência. Como sintetiza o autor, o sistema processual penal do Antigo Regime não cedia espaço para o reconhecimento da presunção de inocência ou para o princípio do *in dubio pro reo* (*La presunción de ...*, *op. cit.*, p. 30).

³²⁸ Maurício Zanoide de Moraes afirma que a concepção iluminista de adotar a inocência do investigado ou do acusado como o ponto de partida para a persecução penal foi “(...), de fato, revolucionária, na acepção que o termo recebeu na Revolução Francesa. Os franceses, quebrando o significado semântico do termo latino “*revolutio*”, não revolveram ao passado, mas, em verdade, romperam com ele. Procurando, assim, estabelecer uma nova ordem”. (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 77-78).

³²⁹ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 77-79.

³³⁰ Neste ponto, ressalta-se que a inscrição da presunção de inocência como direito fundamental não ocorreu de forma ilimitada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. O dispositivo 9.º da citada Declaração, em segunda parte, já admitia a imposição de detenção ao acusado, se indispensável. Ademais, todo o rigor que não se mostrasse necessário à sua prisão deveria ser severamente reprimido por lei.

³³¹ *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 77.

³³² Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 91.

Neste sentido, a presunção de inocência reconhecida pelo pensamento iluminista do século XVIII indicava um estado político dos indivíduos em face do poder estatal, segundo o qual todos, sem qualquer discriminação, ostentam a posição de inocente e encontram-se sob a proteção jurídica deste manto, que é a presunção. Assim sendo, ao Estado, através de um sistema processual penal contraditório e racional, cabe a demonstração da atuação criminosa do homem acima de qualquer dúvida, assumindo a acusação, portanto, o ônus da prova da autoria e da ocorrência do crime. Ademais, a presunção de inocência funcionava como um marco de igualdade entre os acusados, assegurando a todos um tratamento uniforme e sem influências de privilégios de qualquer ordem, seja política, econômica ou religiosa.³³³

A nova concepção jus-política representada pela presunção de inocência encontrou, no contexto histórico e social da Revolução Francesa, o cenário ideal para a sua afirmação, o que culminou com a sua inserção em um diploma político e legal de elevado significado, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Não obstante a sua reconhecida hierarquia normativa, a inscrição legal da presunção de inocência não superou o plano normativo, já que o avanço trazido por sua inserção em nível constitucional ³³⁴ não foi devidamente acompanhado por mudanças em institutos jurídicos e em estruturas governamentais, indispensáveis para se assegurar a efetividade e a concretude a este direito fundamental.³³⁵

Este cenário propicia o surgimento de uma nova onda de recrudescimento do sistema processual penal, o qual se volta, neste momento pós-iluminista, para o fortalecimento do Estado centralizador que ascendia.³³⁶ Em face da incipiente inserção da presunção de inocência no cotidiano forense, que não criou raízes na cultura jurídica deste Estado que se estabelecia, o processo penal é novamente reformulado para servir de instrumento político voltado ao combate eficiente e severo da criminalidade interna ou dos inimigos externos.³³⁷ Em termos de disciplina jurídica e de orientação

³³³ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 91-93.

³³⁴ A presunção de inocência foi inserida nas constituições francesas de 1791 e de 1793. No entanto, a Constituição francesa de 1795, que substituiu o ordenamento constitucional de 1793, antes mesmo de este entrar em vigor, foi responsável pela supressão e pela restrição a vários direitos fundamentais decorrentes da Revolução, entre os quais a presunção de inocência (*Op. cit.*, p. 96, nt. 2).

³³⁵ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 95-97.

³³⁶ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 101-102.

³³⁷ Como destaca Maurício Zanoide de Moraes: “o processo penal, portanto, e mais uma vez na história, foi utilizado como instrumento do exercício do poder estatal para que, aquele governo em implantação, por meio da “força legalizada”, imprimisse seus novos desígnios frente a todos que fossem tidos como seus opositores

normativa, estas observações significam que o período napoleônico, que se seguiu à Revolução Francesa, retornou, uma vez mais, aos procedimentos criminais infensos à presunção de inocência, em detrimento das conquistas humanitárias do período iluminista.
338

Neste sentido, nota-se que este primeiro marco histórico da presunção de inocência, representado por sua inserção na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, não conseguiu avançar para além deste reconhecimento formal, acompanhado por garantias processuais até então desconhecidas. A leitura das ocorrências deste período demonstra que não houve uma mudança, em âmbito legislativo ou em termos de estrutura jurídica e organizacional, capaz de afirmar a presunção de inocência como o “(...) novo eixo processual penal no período histórico pós-revolucionário (final do século XVIII e século XIX). Permaneceu apenas a força lógica e filosófica do racionalismo humanitário do Iluminismo”.³³⁹

O processo de afirmação e de consolidação da presunção de inocência encontra outro importante marco histórico no debate das escolas penais italianas.³⁴⁰ A oposição entre a Escola Clássica e a Escola Positiva, que surgiu ao final do século XIX,

(criminosos ou não)”. O sistema processual penal obedeceu, portanto, a uma solução de compromisso, visando conciliar os ideais revolucionários, ainda presentes, e as novas exigências de centralização de poderes (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 101).

³³⁸ O ordenamento processual penal do período napoleônico institui o denominado procedimento penal misto. O objetivo era conciliar as premissas filosóficas e ideológicas da Revolução Francesa com as exigências de um Estado centralizador e imerso em um contexto de criminalidade interna e de guerras externas. Nesta esteira, o processo penal teve que se desfazer das conquistas humanitárias do Iluminismo e, novamente, revestir-se de uma vertente mais severa e eficiente, apta a controlar os problemas políticos e sociais que emergiam. Assim, o sistema misto napoleônico apresentava uma primeira fase, de caráter inquisitório, voltada ao vetor totalitário do poder estatal, ao lado de uma segunda fase, de matriz acusatória, voltada ao vetor revolucionário e às garantias individuais. Como ressalta Maurício Zanoide de Moraes: “a presunção de inocência não integrou esse “novo” procedimento penal, uma vez que as razões e justificativas para criação desse novo modelo procedimental, assim como sua estrutura persecutório-cognitiva, nada trouxeram de novo aos procedimentos penais pré-revolucionários, todos, como se viu, infensos à presunção de inocência” (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 102-105). Ainda, F. CARRARA, *Programa del curso de derecho criminal*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 219-226.

³³⁹ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 106.

³⁴⁰ Cf. R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 21. Como destaca Maurício Zanoide de Moraes, “Todo debate havido entre as correntes positivistas e iluministas está no fundo e explica a opção legislativo-constitucional do início do século XX em se preferir, nas Cartas Constitucionais dos Estados Autoritários da Europa Continental, por exemplo, a Itália fascista, o princípio da não-culpabilidade ao princípio da presunção de inocência, que já possuía assento internacional aceito por todos os povos desde a redação do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789” De fato, como destaca o autor, o embate entre a Escola Clássica e a Escola Positivista exprime-se pelo confronto entre as bases liberais e iluministas daquela e a vertente técnico jurídica desta, justificadora dos Estados Autoritários e promotores da ‘defesa social’ sobre os direitos humanos fundamentais. (*Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. I, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 696).

teve como reflexo a inserção, na Constituição italiana de 1946, da fórmula, segundo a qual: “o imputado não é considerado culpado até a sentença definitiva”.³⁴¹

As vertentes liberais e os ideais iluministas da Escola Clássica italiana, responsável pela consagração da presunção de inocência como fundamento do sistema processual penal e como principal instrumento de tutela do cidadão em face das atrocidades perpetradas pelo Antigo Regime, não se coadunavam com a ascensão dos Estados autoritários no início do século XX.³⁴² Desta forma, coube à Escola Positiva a oferta de novos lineamentos aos sistemas processuais penais que se desenhavam neste início de século na Europa.

Com amparo no contexto histórico de crescente violência e de criminalidade³⁴³, e estruturada sob a ordem estatal de defesa social³⁴⁴, a Escola Positiva faz nascer a ideia da não-culpabilidade, que se distingue, de forma sutil, da afirmação de presumida inocência, sendo justificada por um de seus expoentes nos seguintes termos: “outra é dizer que o acusado não deve ser considerado culpado, e outra coisa é dizer que

³⁴¹ Cf. artigo 27.2 da Constituição italiana de 1946, *in verbis*: “*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”.

³⁴² Consoante ressalta Renato Barão Varalda: “a Escola Clássica Italiana, herdeira do Iluminismo, realçou o contraste de tratamento do acusado no processo inquisitivo e no processo acusatório, elevando a presunção de inocência em princípio fundamental da ciência processual e em pressuposto de todas as garantias do processo. Segundo os pensadores Carmignani e Carrara, da Escola Clássica Italiana, a concepção processual visa conciliar dois objetivos distintos: castigar os delinquentes e evitar que sejam condenados os inocentes. (...)” (*Restrição ao princípio ..., op. cit.*, p. 21).

³⁴³ O movimento revolucionário iluminista forneceu condições para o desenvolvimento econômico, representado pela Revolução Industrial (século XIX e início do século XX). O cenário social, no entanto, era de intensa desigualdade social. Isto porque a ascensão social da burguesia foi acompanhada pelo crescimento do proletariado, que vivia em condições desumanas nos centros urbanos que se formavam. Como destaca Maurício Zanoide de Moraes: “todos conhecem o fim dessa convivência de cada vez maiores desigualdades socioeconômicas com espaço territorial tão exíguo e de alta densidade demográfica: cresce a violência nas urbes. Diga-se, violência e não apenas crimes, pois nem toda violência é criminalizada, nem todo crime deve ser considerado violência” (*Presunção de inocência ..., op. cit.*, p. 107).

³⁴⁴ A Escola Positiva tem por fundamento o anseio de defesa social que emergia no século XIX e no início do século XX. Com efeito, a premissa do Iluminismo de igualdade entre todas as pessoas já não mais interessava à classe dominante (burguesia), notadamente em face dos crescentes índices de violência. Para combater esta realidade, novamente o sistema penal e o sistema processual penal são invocados. Agora, “o processo penal deixa de ser instrumento de proteção do indivíduo em face do arbítrio ou da natural sanha punitivo-estatal e volta a ser meio de implementação de política estatal. Nessa perspectiva de busca do “bem para a comunidade” ou de “defesa social frente ao crime”, é lógico e esperado que os interesses punitivos, prolatados erroneamente como públicos, sempre se sobreponham às garantias processuais equivocadamente tidas como privadas e particulares e, portanto, de interesse secundário” (Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ..., op. cit.*, p. 109-110).

ele deve ser presumido inocente. Há um exagero evidente da segunda fórmula, na qual se perverte o conceito da primeira”.³⁴⁵

Como demonstrado, a distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade tem suas origens no debate das escolas penais italianas.³⁴⁶ No entanto, nota-se, na jurisprudência e na doutrina nacionais, que a redação inserida na Constituição brasileira de 1988 não ocasionou diferenciações técnicas e políticas no tratamento deste direito fundamental.³⁴⁷ É certo que os primeiros estudos doutrinários sobre o tema contestaram a aceitação irrestrita da presunção de inocência.³⁴⁸ No entanto, atualmente, o reconhecimento da presunção de inocência no sistema jurídico brasileiro é inegável, sendo que os motivos de sua ausência de efetividade em alguns casos são atribuídos a outros fatores que serão, mais a frente, analisados.

2.3. A CONFIGURAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

A tradição e a importância da presunção de inocência, que se encontra presente em diversos ordenamentos jurídicos, determinaram a inclusão desta cláusula em nossa ordem constitucional. A Constituição da República de 1988, em virtude de seu proclamado compromisso democrático, inaugurou em nossa tradição normativa o reconhecimento da presunção de inocência, a mais lúdima garantia dos indivíduos em face do poder coercitivo estatal, inserindo-a no rol dos direitos e das garantias fundamentais, ao

³⁴⁵ Tradução livre. *In verbis*: “altro è dire che l'accusato non si deve ritenere un colpevole, altro è dire che lo si deve presumere innocente. È evidente l'esagerazione della seconda formula, nella quale si perverte il concetto della prima” (Cf. MORTARA, *Discorso al senato*, p. 153, cit. por G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bolonha, Nicola Zanichelli, 1979, p. 18-19). Como se percebe, a orientação da Escola Positiva acabou por afastar a presunção de inocência de seu caráter político de proteção individual, reduzindo sua força e amplitude. Sob o argumento falacioso de promoção da defesa social, os positivistas disfarçavam sua verdadeira intenção, como destaca Maurício Zanoide de Moraes, de “esvaziar o conteúdo político abstrato, amplo e não normatizado que havia inspirado o surgimento e concepção da presunção de inocência, qual seja, a limitação do poder estatal em defesa do cidadão a fim de conter os arbítrios estatais típicos de regimes despóticos e inquisitivos”. (*Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. I, 2ª ed., p. 697).

³⁴⁶ Sobre os debates das escolas penais italianas, v. M. O. DE CAMARGO, *Princípio da presunção de inocência no Brasil – o conflito entre punir e libertar*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 30-54.

³⁴⁷ Cf. M. Z. DE MORAES, *Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. I, 2ª ed., p. 696.

³⁴⁸ Cf. R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 45.

afirmar que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.³⁴⁹

O reconhecimento da presunção de inocência em sede constitucional vem confirmá-la como um dos valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, além de princípio basilar de nosso sistema processual penal.³⁵⁰ É certo que a ausência da expressão *presunção de inocência* em nosso texto constitucional, aliada à menção à condição subjetiva de *culpado*, não restou despercebida pela doutrina e pela jurisprudência nacionais. Os termos eleitos pelo legislador constituinte serviram de móvel para a divergência que se instalou na doutrina, além de levarem muitos autores a afirmarem encontrar-se presente, em nossa ordem jurídica, a presunção de não-culpabilidade ou desconsideração prévia de culpabilidade.³⁵¹

Com efeito, a redação trazida pelo constituinte, na esteira do ordenamento constitucional italiano, proporcionou a difusão entre estudiosos do entendimento de que a Constituição da República de 1988 permitiria apenas e tão-somente que o indivíduo não fosse considerado *culpado* antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas não que este fosse considerado sempre *inocente*. Desta forma, nota-se que o imputado encontra-se em uma posição equidistante da consideração primária de inocência e do reconhecimento definitivo de sua culpabilidade.³⁵²

³⁴⁹ Cf. artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988. Como destaca Renato Barão Varalda: “(...) com o processo de democratização e o avanço da Constituição brasileira de 1988 em matéria de direitos e de liberdades individuais, em comparação às Constituições anteriores, como a de 1946 e de 1967, prosperou a opção doutrinária e jurisprudencial ao modelo que privilegia o *jus libertatis* frente ao *jus puniendi*, garantindo ao indivíduo um significado amplo da presunção de inocência” (*Restrição ao princípio...*, *op. cit.*, p. 46).

³⁵⁰ Cf. R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 44.

³⁵¹ Cf. L. F. GOMES, *Direito de apelar em liberdade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 39-40. Consoante ressalta Maurício Zanoide de Moraes: “procurando em nossa Constituição, o investigador mais apressado dirá que a presunção de inocência não é um direito fundamental, uma vez que não encontrará aquela exata expressão (“presunção de inocência”) prevista em sua literalidade naquele Título constitucional, nem no capítulo dos direitos e deveres fundamentais e nem tampouco em qualquer outro ponto da Carta. Nisso não errará. Mas, por mais paradoxal que seja, não poderá afirmar que ela não esteja inscrita como direito e garantia fundamental do cidadão no sistema constitucional brasileiro” (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 212).

³⁵² Nesta esteira, em face da referência expressa à *culpabilidade*, a conclusão alcançada por alguns estudiosos consiste em que teria o constituinte originário acolhido a presunção de não-culpabilidade, como aponta Roberto Delmanto Júnior. (*As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 62). Ademais, consoante destaca Weber Martins Batista: “Considerar alguém *não-culpado* implica em presumi-lo inocente, mas o só dizer que “não se considera” alguém culpado, não tem outro significado senão o de negar qualquer presunção de culpabilidade em seu desfavor. A exclusão do juízo de culpabilidade não impõe, necessariamente, a inclusão do de inocência” (*Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 30). Como lembra Maurício Zanoide de Moraes, a não consideração prévia de culpabilidade traz em si a ideia de que “(...) se não se pode dizer que o imputado seja

Em face das reticências com que o termo *presunção* é empregado, especialmente no campo processual penal, a referência ao estado de não culpabilidade do imputado aparenta ser mais precisa.³⁵³ Ademais, como destaca Weber Martins Batista, as críticas à *presunção de inocência* são numerosas e irresponsáveis. De fato, como aponta o autor, uma das garantias mais expressivas de um processo penal organizado no seio de um Estado Democrático consiste na vedação ao desenvolvimento de um processo sem que se tenha um princípio de prova, sem a referência a um *fumus boni iuris*. Desta forma, revelando-se inadmissível a oferta de uma acusação ou a decretação de uma prisão provisória sem que se mostrem, ao menos, evidentes a ocorrência de um fato típico e um princípio razoável de prova de autoria, revela-se descabida a afirmação de que o acusado, durante o processo, goza de uma *presunção de inocência*.³⁵⁴

Com efeito, não se pode negar a evidente contrariedade em reputar-se inocente o indivíduo, justamente quando este se encontra sujeito à persecução penal, respondendo a processo judicial, em face da reunião de elementos idôneos a demonstrar o cometimento da infração penal e a imputação a si da autoria delitiva. Assim, o argumento por muitos autores aventado é no sentido de que a consagração do direito a mais ampla defesa e o reconhecimento de seu estado de não culpabilidade até o pronunciamento condenatório definitivo não implicam o dever de considerá-lo inocente enquanto se procede contra ele, imputando-lhe a prática de um delito.

Renato Barão Varalda destaca que a *presunção*, em sentido técnico, revela um raciocínio indutivo, que indica os acontecimentos prováveis com base em regras de experiência. Ora, o autor demonstra que as pesquisas realizadas a partir de registros criminais no Estado de São Paulo, por exemplo, indicam, com ampla maioria, que as ocorrências de absolvição são isoladas e em menor número.³⁵⁵

culpado no início da persecução penal, também não se pode afirmar seja ele inocente. Portanto, concluía-se melhor afirmá-lo “não culpado”; jamais inocente”. (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 215).

³⁵³ Renato Barão Varalda ressalta relevante característica em torno das *presunções*: “(...) são normas de comportamento, em que o legislador formula regras de “dever ser” e estão fundamentadas em valores ideológicos e técnicos” (*Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 50). Além destas especificidades comuns a todas as *presunções*, deve-se reconhecer que a carga ideológica e emotiva relacionada à *presunção de inocência* é ainda mais intensa, o que justifica os constantes debates em torno de sua efetividade e de seu desenvolvimento.

³⁵⁴ *Liberdade provisória*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 27-28.

³⁵⁵ Neste sentido, Renato Barão Varalda aponta as pesquisas desenvolvidas pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Seade), com a cooperação técnica do Núcleo de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nos anos de 1991 a 1998, bem como pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, nos

Isto indica que a probabilidade de condenação encontra considerável vantagem sobre a probabilidade de o acusado vir a ser absolvido. Esta realidade alia-se, ademais, ao fato de que “(...) a própria legislação processual exige certa probabilidade razoável de condenação para a admissão da peça acusatória. A condição de suspeição de culpa do acusado ou arguido vai se tornando regra à medida que o processo se aproxima da condenação”.³⁵⁶

Este entendimento encontra respaldo nas expressões literais empregadas em diplomas jurídicos nacionais e internacionais. Com efeito, em tratados internacionais modernos, a presunção de inocência é reconhecida de forma expressa e literal, conforme anota Roberto Delmanto Júnior. Neste sentido, as disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica de 1969.³⁵⁷

Da simples leitura destes estatutos, vislumbra-se a opção realizada pelo legislador constituinte brasileiro. De fato, a Constituição da República de 1988, ao dispor acerca dos direitos e das garantias individuais, expressamente consignou a desconsideração prévia de culpabilidade ou o direito a não consideração prévia de culpabilidade, não conferindo à nossa ordem jurídica preceito amplo como os já destacados.

Este o posicionamento de Roberto Delmanto Júnior. Conforme leciona este autor, muito embora a Constituição de 1988 não tenha consagrado, originariamente,

anos de 1999 a 2000. Os dados coletados a partir destas duas análises demonstram que as sentenças e os acórdãos condenatórios representavam o resultado da maioria dos processos criminais em curso no Estado de São Paulo (*Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 50).

³⁵⁶ *Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 52.

³⁵⁷ *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 60. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, embora não seja, tecnicamente, um tratado internacional, é reconhecida internacionalmente, sendo apontada como fonte do direito costumeiro internacional. Aprovada pela Resolução n.º 217, na III Sessão Ordinária da Assembleia Geral da ONU, em Paris, em 10.12.1948, em seu artigo 11, dispõe que: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966, aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto n.º 592, de 06.07.1992, prescreve, em seu artigo 14, 2, que: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, adotada na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22.11.1969. Aprovada pelo Brasil através do Decreto n.º 678, de 06.11.1992, reconhece, em seu artigo 8º, 2., que: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

a presunção de inocência, mas tão-somente a desconsideração prévia de culpabilidade, a aludida presunção restou incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em virtude do reconhecimento expresso da força vinculante dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.³⁵⁸

Ademais, o autor afasta, prontamente, a possibilidade de eventual conflito entre as disposições da Constituição da República de 1988 e as dos aludidos tratados internacionais, invocando a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade, no sentido de que se deve dar primazia, sempre, “a norma que melhor projeta, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno”.³⁵⁹ Desta forma, os primeiros estudos doutrinários sobre o tema, que contestaram a aceitação irrestrita da presunção de inocência, não subsistem mais em face da adesão do Brasil aos citados documentos internacionais e do *status* constitucional reconhecido a esses dispositivos.³⁶⁰

Nesta esteira, os ensinamentos de Rogério Lauria Tucci também se revelam atentos aos termos empregados pelo legislador constituinte. Conforme retrata o autor, o direito fundamental insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, um dos mais relevantes corolários do devido processo legal, em sua vertente específica do devido processo penal, assegura ao imputado o *direito de ser considerado inocente* até

³⁵⁸ Este o entendimento de Roberto Delmanto Júnior: “Em nosso ordenamento constitucional, apesar da *Magna Carta* não reconhecer, originariamente, o direito à presunção de inocência, garantindo, em seu art. 5º, LVII, tão-somente o direito à desconsideração prévia de culpabilidade – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” –, que seria mais restritivo, a referida presunção acabou sendo acolhida por nosso mais alto ordenamento em razão do § 2º desse mesmo art. 5º, que estipula: “Os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Desta forma, o direito à presunção de inocência restou incorporado à nossa Constituição da República, ampliando-a, ou seja, estendendo o elenco dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, traduzindo-se, de fato, em um verdadeiro direito fundamental internacional acolhido por nosso mais alto ordenamento, cuja aplicação, outrossim, é imediata, em decorrência da conjugação do referido § 2º do art. 5º, com o seu § 1º, o qual preceitua que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, inclusive sobrepondo-se, hierarquicamente, a toda legislação ordinária” (*As modalidades de ..., op. cit.*, p. 60). Como aponta Luiz Flávio Gomes, lembrando o entendimento de Antônio Magalhães Gomes Filho: “O art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, em virtude de uma redação não muito feliz, permitiu no começo da sua vigência certa tergiversação interpretativa. Agora, no entanto, como bem destacou MAGALHÃES GOMES FILHO, com amparo no art. 5º, § 2º, da CF, tornou-se indiscutível em nosso ordenamento jurídico a extensão da presunção de inocência “desde que o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Governo Brasileiro, em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a essa Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992 (...)” (*Direito de apelar em liberdade*, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 39-40).

³⁵⁹ *As modalidades de ..., op. cit.*, p. 60-61.

³⁶⁰ Cf. R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio ..., op. cit.*, p. 46-47.

sentença penal condenatória transitada em julgado, correspondendo, tecnicamente, a não consideração prévia de culpabilidade.³⁶¹

Conquanto as expressões presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade tenham experimentado origens distintas, a mobilização internacional em promover os direitos fundamentais, notadamente após as experiências de conflagração mundial, culminou na inserção em diversos textos internacionais do princípio da presunção de inocência em seus moldes primordiais.

De fato, o período que se seguiu à sucumbência dos estados totalitários caracterizou-se por uma preocupação constante em reafirmar a defesa dos direitos humanos, despontando como escopo primordial da comunidade internacional a consolidação de um sistema supranacional de proteção destes direitos, a prescindir de seu reconhecimento pelos Estados soberanos.

Em consequência, verifica-se uma reafirmação do princípio da presunção de inocência em seu caráter abstrato e profundo, de verdadeiro escudo protetor do indivíduo face aos arbítrios estatais. Neste contexto, aquela diferenciação inicial e destinada a reduzir o conteúdo político da presunção de inocência cede lugar a uma renovada proposta internacional, elevando-se essa a um direito fundamental do indivíduo, condicionante da efetivação de um devido processo legal.

Na realidade, este esforço de integrar os dispositivos internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, como veículo para o reconhecimento da presunção de inocência em âmbito nacional, revela-se um recurso subsidiário. Isto porque, como destaca Maurício Zanoide de Moraes, a correta interpretação do enunciado constitucional já se mostra suficiente para alcançar “(...) toda a extensão humanitária e doutrinária que a

³⁶¹ Ainda, o autor destaca o pensamento de Guglielmo Sabatini: “O imputado é sempre, e só, imputado, para o fim de desenvolvimento do processo. Então, não é considerado nem inocente, nem culpado. E se, todavia, no Direito moderno, se precisa o que significa, e o que deva significar a expressão ‘ser imputado’, deve concluir-se que as normas processuais não são destinadas a tutelar uma apriorística presunção de inocência, mas a contemplar a complexidade de escopos a que tende a instauração e o desenvolvimento do processo, especialmente nas relações decorrentes da pessoal e concreta situação do imputado no curso do procedimento.” (*Principii di diritto processuale penale*, vol. I, 3ª ed., Catania, Casa del Libro, 1948, p. 38-39 cit. por R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ...*, op. cit., p. 378-379).

comunidade internacional do pós-guerra emprestou (e vem emprestando) à presunção de inocência”.³⁶²

Neste sentido, a exata compreensão desta norma de direito fundamental, sem se encontrar restrito ao enunciado normativo eleito pelo legislador constituinte de 1988, é o bastante para concluir que a opção por uma fórmula de vertente positivista e autoritária não se mostrava compatível com o compromisso constitucional de observância e de respeito à dignidade da pessoa humana.³⁶³ Como um sistema normativo, a Constituição preza por uma coerência entre os seus preceitos, sendo descabido, de tão contraditório, admitir a inclusão da presunção de não culpabilidade, nos termos da Escola Técnico-Jurídica, ao lado de direitos e de garantias fundamentais, tais como a igualdade, a inviolabilidade da liberdade e o devido processo legal.³⁶⁴

Com efeito, nos termos do autor citado, não se encontram justificativas para a inserção da presunção de não culpabilidade em um sistema constitucional orientado à afirmação e à tutela de direitos fundamentais, na esteira dos documentos internacionais de direitos humanos do pós-guerra, a não ser razões de cunho técnico e linguístico.³⁶⁵ O propósito do constituinte de 1988 era assegurar a presunção de inocência em sua extensão e em seu conteúdo, mas através de um enunciado técnico, em seu entendimento, mais preciso.³⁶⁶

³⁶² *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 215.

³⁶³ Neste ponto, a distinção entre norma e enunciado normativo é relevante para compreender o reconhecimento da presunção de inocência como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o conceito de norma e as distinções entre enunciado normativo e norma, R. ALEXY, *Teoria dos direitos ...*, op. cit., p. 53-58; H. ÁVILA, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 30; V. A. DA SILVA, *Princípios e regras ...*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, op. cit., p. 607, 616-617).

³⁶⁴ Neste sentido, a conclusão do autor: “essa impossível coexistência de conteúdos (constitucional brasileiro e ideológico fascista), aliada à análise genético-sistêmica agora empreendida, permitem concluir que, se na escolha formal o constituinte vacilou até tender à aceitação da técnica redacional da “não consideração prévia de culpabilidade”, em essência jamais se afastou da força juspolítica e ideológica da presunção de inocência, nos moldes aceitos e informados pela comunidade internacional no pós-guerra” (Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 221).

³⁶⁵ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 215.

³⁶⁶ Maurício Zanoide de Moraes faz completa análise dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, demonstrando as razões que levaram ao enunciado atual do artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição de 1988. Conforme explica o autor, o anteprojeto constitucional, em sua primeira versão, expressamente consagrava a presunção de inocência, ao dispor que: “(...) § 7.º - *Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa*”. Após discussões e propostas de emendas, o texto normativo aprovado optou pela forma da “presunção de não culpabilidade”, mas consciente de que a mudança nos termos legais não implicava uma alteração da norma. Como se encontra nos anais constituintes reproduzidos pelo citado autor: “a proposta visa apenas a caracterizar mais tecnicamente a ‘presunção de inocência’, expressão doutrinariamente criticável, mantida integralmente a garantia do atual dispositivo”. Nota-se, portanto, que as

Assim, em que pesem as divergências doutrinárias verificadas em face do princípio em tela, é importante ressaltar que a Constituição de 1988 expressamente consagrou a presunção de inocência, historicamente garantida nos ordenamentos jurídicos,³⁶⁷ destacando que o reconhecimento expresso de que não se pode considerar um indivíduo previamente culpado, isto é, antes que sua responsabilidade pelo delito que lhe é imputado reste reconhecida em um título estatal legítimo, equivale ao dever de tratá-lo como inocente. Esta, sem dúvida, a ilação que resume a orientação majoritária no pensamento jurídico nacional.³⁶⁸

Em suma, ainda que a formulação eleita em alguns estatutos não se apresente a mais adequada, esta não deve e nem pode ocultar – conforme anota Weber Martins Batista – “o significado substancial e a riqueza extraordinária do princípio”, incorporado ao direito positivo dos povos civilizados como uma forma de proscrever toda coerção desnecessária contra a pessoa submetida a processo.³⁶⁹

2.4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL: OS REFLEXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

A admissão ampla e irrestrita da presunção de inocência no pensamento jurídico brasileiro encontra como obstáculo o nosso diploma processual penal de 1941. Em que pese o reconhecimento da presunção de inocência em nível constitucional, o sistema

referências à presunção de inocência e à presunção de não culpabilidade encaravam as expressões como sinônimas. (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 219-220).

³⁶⁷ Como destaca Rogério Lauria Tucci, a presunção de inocência, após o reconhecimento expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem, passou a ser referida, sem muitas alterações, nas Constituições de diversos estados, como a do Canadá (art. 11, *d*); a da Espanha (art. 17); a da Itália (art. 13); a do Japão (arts. 31, 33 e 34) e a de Portugal (art. 32º, 2) (*Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 380).

³⁶⁸ As diversas conseqüências jurídicas extraídas do princípio da presunção de inocência serão desenvolvidas no tópico subsequente. No momento, somente a título ilustrativo, destacam-se as conclusões de Roberto Delmanto Júnior e Weber Martins Batista. Conforme o primeiro: “Verifica-se, portanto, que o direito à presunção de inocência afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, também, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu *status*, mesmo que presumido, de inocente” (*As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 66). Consoante defende o último autor: “Ou seja, que vale tão somente como uma *idéia-força*, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já tivesse sido condenado, que sofre restrições de direitos não imprescindíveis à apuração dos fatos, que seja tratado como mero objeto de investigação e não como sujeito de direitos. Em suma, para impedir que lhe sejam negadas as garantias inerentes ao devido processo legal” (*Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 31).

³⁶⁹ *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 31.

processual penal brasileiro foi concebido com base em premissas doutrinárias positivistas e técnico-jurídicas, que rejeitam esse direito fundamental.³⁷⁰

Em linhas gerais, exploram-se as influências da Escola Positiva italiana e do tecnicismo jurídico dos sistemas políticos autoritários sobre o ordenamento jurídico brasileiro da década de 40. Destaca-se que, não obstante este diploma processual penal ainda se encontre em vigor, a doutrina e a jurisprudência encarregam-se de alinhar os seus dispositivos autoritários e retrógrados aos novos preceitos constitucionais e aos diplomas internacionais de direitos humanos. Isto quer dizer que as disposições normativas do Código de Processo Penal de 1941 são interpretadas e alteradas em seu sentido, sem que modificadas em sua redação.

2.5. NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A natureza jurídica da presunção de inocência é outro ponto que merece ser abordado. O estudo que, aqui, se desenvolve adota por premissa o reconhecimento da presunção de inocência como direito fundamental e o caráter de princípio da norma constitucional que a consagra. Logo se nota que a ausência de referências históricas em um estudo acerca da presunção de inocência, assim como de esclarecimentos quanto aos termos eleitos nos ordenamentos jurídicos, pode comprometer a interpretação e a atuação do preceito.³⁷¹

De fato, ao enunciarem a presunção de inocência como direito fundamental, como vetor ideológico de um modelo processual penal acusatório e democrático, os ordenamentos jurídicos nacionais não a empregaram como verdadeira presunção, em seu sentido técnico.³⁷² Ora, a presunção, como categoria dogmática, corresponde a uma operação lógica que permite alcançar um fato desconhecido, isto é, o fato presumido, a partir de um raciocínio indutivo. Este raciocínio é baseado em consequências, as quais devem, naturalmente e em regra, derivar de um fato conhecido e demonstrado na instrução processual, a partir de meios de prova lícitos e moralmente admitidos. A relação de causalidade entre o fato provado e o fato presumido tem por base

³⁷⁰ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 173.

³⁷¹ Neste sentido, as observações de Renato Barão Varalda, *Restrição ao princípio ...*, op. cit., p. 49.

³⁷² Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 357.

regras de experiência reconhecidas em normas legais ou aplicadas pelo julgador, que indica a ocorrência usual.³⁷³

Ora, a presunção de inocência não corresponde a um juízo racional de probabilidade de se conceber a inocência do acusado com base nos fatos demonstrados, já que a admissão de uma acusação demanda materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, além de a ocorrência de condenações demonstrar-se o mais provável conforme as estatísticas.³⁷⁴ Ao contrário, trata-se de um verdadeiro estado de inocência aos indivíduos, e como situação reconhecida em sede constitucional impõe a sua observância no curso da persecução penal, mas não somente.³⁷⁵

Destaca-se, portanto, que a incidência da presunção de inocência é anterior ao envolvimento do indivíduo em procedimentos penais ou em investigações criminais; a sua observância se estende a todos, colocando-se como uma forma de tratamento do cidadão e não somente do cidadão sob custódia, ou do cidadão envolto à persecução penal.

Na verdade, a presunção de inocência coloca-se, em primeiro lugar, como um direito fundamental. Como tal, a sua interpretação e os significados extraídos desse princípio devem ter por eixo o indivíduo e o estado em que este se coloca em face do processo penal. Assim, percebe-se que cada instituto processual, cada etapa do procedimento tem sua tônica determinada por este vetor, que é a presunção de inocência, muito embora desvios ainda sejam notados em sistemas processuais penais contemporâneos.³⁷⁶

³⁷³ Cf. R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 50-51.

³⁷⁴ Cf. R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 51-52.

³⁷⁵ Neste sentido, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró ensina que a presunção de inocência, em seu significado probatório, não se apresenta como uma presunção em sentido técnico. Isto porque, como observa, “(...) não há um fato provado do qual se infere um outro fato. Na verdade, a presunção de inocência é uma regra de julgamento, que estabelece o critério a ser seguido pelo julgador quando houver dúvida sobre fato relevante para a decisão da causa” (*Op. cit.*, p. 295). Ademais, como destaca Maurício Zanoide de Moraes, a Constituição, ao instituir a presunção de inocência como um direito fundamental, garante ao cidadão um “estado de inocência”, não somente uma garantia no curso da persecução penal. Desta forma, este estado de inocência acompanha o cidadão “(...) desde seu nascimento e até que, por decisão definitiva, venha a ser reconhecida sua culpa penal”. Portanto, conclui o autor que “não é presunção em sentido técnico-jurídico, mas situação jurídica afirmada por força constitucional e que não depende de um fato-base provado para dever ser obedecida por todos. Basta sua afirmação constitucional para que se a tenha como pressuposto no exame judicial da culpa, e forma de tratamento do cidadão” (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 357).

³⁷⁶ Como exemplos de desvios, notam-se as hipóteses de prisão decretas no curso do processo penal, que não guardam o caráter cautelar exigido destas medidas. A análise das prisões e demais medidas limitativas do

Neste sentido, as ilações decorrentes da presunção de inocência, tradicionalmente, reunidas sob os três aspectos, como regra de juízo, como regra de tratamento e como limite à prisão cautelar, revelam o verdadeiro dever de tratamento do indivíduo como inocente, em suas dimensões interna e externa ao processo penal.³⁷⁷ Isto porque a vinculação a estes ditames é estendida a todos, o que leva à conclusão de que a presunção de inocência resta observada não somente quando ao juiz são prescritas normas sobre atribuição do ônus da prova ou sobre a excepcionalidade na adoção de medidas cautelares, mas também quando, externamente, a sociedade reconhece o significado de um devido processo legal, abstendo-se de pré-julgamentos e de uma exploração impiedosa destes.

A presunção de inocência coloca-se, assim, sob uma perspectiva interna e externa ao processo penal, nos termos de Aury Lopes Júnior. Em seu primeiro aspecto, a presunção de inocência corresponde ao dever de tratamento orientado aos sujeitos processuais, mais intimamente relacionados ao imputado e, por isso, mais suscetíveis a incidir em violações a seu conteúdo essencial. A disciplina normativa do ônus da prova e as restrições às medidas cautelares permitem identificar, facilmente, os contornos dessa dimensão interna da presunção de inocência. Em seu segundo aspecto, os contornos não são tão expressos, já que a presunção de inocência espraia-se para a realidade externa, demandando uma proteção contra a exploração abusiva da mídia e a estigmatização do réu.³⁷⁸

2.6. ASPECTOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A força normativa da presunção de inocência tem regido e determinado o sistema processual penal brasileiro em diversos aspectos, sendo vários os corolários extraídos deste princípio. Estes aspectos da presunção de inocência auxiliam na construção do raciocínio que a afirma como um direito fundamental, elucidando o seu âmbito de proteção e as intervenções, estatais ou não, neste direito.

A presunção de inocência apresenta-se como um princípio que determina o perfil ideológico dos institutos processuais e a sua conformidade constitucional. Em face

direito de liberdade como intervenções a este direito e à presunção de inocência serão analisadas no capítulo VII.

³⁷⁷ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 54; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón ...*, op. cit., p. 551.

³⁷⁸ *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 54.

de seu caráter principiológico, a presunção de inocência revela-se um mandamento de otimização e, nesta condição, “(...) representa uma orientação cogente (porquanto constitucional) ao legislador e ao julgador em suas atividades a fim de efetivá-la da forma mais abrangente possível”.³⁷⁹

A estrutura dos direitos fundamentais apresentada anteriormente, indicando-se o mecanismo das intervenções e o controle que deve ser feito à luz da proporcionalidade, é de utilidade para se compreender e se alcançar a realização mais extensa possível da presunção de inocência.³⁸⁰ De fato, quando se empreende uma luta constante e duradoura destinada ao reconhecimento e à afirmação de um direito e, ademais, quando se atribui a este direito a característica de fundamental, isto revela a sua importância e a sua essencial atuação na construção do Estado Democrático de Direito tal qual, hoje, se apresenta.

Desta forma, o que se espera do intérprete e do aplicador do direito é, justamente, a realização mais extensa possível deste direito fundamental. Neste sentido, a cada intervenção estatal desmedida e a cada nova autorização da lei para impor limitações sem a necessária aferição de sua proporcionalidade, está-se a colaborar com o desfazimento do sistema de direitos e de garantias constitucionais, bem como a afastá-lo de sua coerência interna.

Estas considerações assumem proporções relevantes em âmbito processual penal. A presunção de inocência reflete a opção político-ideológica de um Estado, uma escolha de caráter constitucional e que se projeta por todo o ordenamento jurídico estatal. Neste sentido, o princípio da presunção de inocência coloca-se como o “(...) eixo estrutural de um processo penal a ser feito conforme ao determinado pela Constituição”.³⁸¹

Em âmbito processual penal, a presunção de inocência encontra-se em constante diálogo com os demais direitos fundamentais, em uma inter-relação entre estes direitos, que revela a interdependência e a complementaridade característica dos direitos fundamentais. Assim ocorre com a dignidade da pessoa humana e a liberdade, que se encontram na gênese juspolítica da presunção de inocência, de sorte que as restrições ao

³⁷⁹ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 354.

³⁸⁰ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 263.

³⁸¹ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 358.

âmbito de proteção da presunção de inocência representam, de igual modo, restrições a estes direitos fundamentais, como destaca Maurício Zanoide de Moraes.³⁸²

A estrutura, a compreensão, a interpretação e a incidência dos institutos processuais penais são orientadas pela presunção de inocência e pelos corolários que dela derivam. A determinação aos intérpretes de lhe conferir a mais extensa realização possível colocá-la em contato estrito com cada instrumento do sistema processual penal. Como observa Maurício Zanoide de Moraes, não há um ponto do ordenamento processual penal que não se relacione a este princípio, sendo o ideário que, não somente informa, mas também conforma e condiciona a incidência de institutos penais e processuais penais no curso da persecução penal.

Em todos os instantes desta atividade estatal, os aspectos da presunção de inocência encontram-se presentes e impõe o resguardo de um “estado de inocência” do indivíduo, um estado jurídico de força constitucional e que não se estende somente aos atos persecutórios do Estado. Trata-se de uma situação jurídica que lhe é reconhecida desde o instante do nascimento, em face de sua existência como pessoa humana, e que limita intervenções estatais e particulares.³⁸³

Como destaca Antônio Magalhães Gomes Filho, a fórmula então adotada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já permitia entrever um duplo significado ao preceito, que passava a ser encarado quer como uma regra processual, segundo a qual o imputado não estava obrigado a fornecer provas de sua inocência, a qual era previamente presumida, quer como uma garantia à sua liberdade pessoal, impedindo a adoção de medidas restritivas à sua liberdade anteriormente à sua condenação definitiva, salvo demonstração de absoluta necessidade.³⁸⁴

Compulsando os estudos dirigidos ao tema, percebe-se uma evolução doutrinária na concepção destas vertentes, a qual se acrescenta um terceiro prisma de interpretação, podendo-se destacar três orientações fundamentais:³⁸⁵ a) a presunção de

³⁸² *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 345-347.

³⁸³ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 356-357.

³⁸⁴ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 09.

³⁸⁵ Antônio Scarance Fernandes, ao destacar a importância do princípio da presunção de inocência para a disciplina da prisão cautelar, aponta para duas orientações principais sobre a extensão do princípio. Uma mais restritiva, que vincula o preceito apenas ao ônus de provar, atribuindo exclusivamente ao Ministério Público, ou ao querelante, o ônus de demonstrar a imputação. Por sua vez, há uma vertente mais ampla, por

inocência e a disciplina da prova no processo penal;³⁸⁶ b) a presunção de inocência e a disciplina da prisão e liberdade no processo penal; c) por fim, a presunção de inocência como regra de tratamento do acusado.³⁸⁷

Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes observa que o âmbito de proteção amplo da presunção de inocência, como norma de direito fundamental e sob a perspectiva constitucional, tem sido articulado em torno de três significados, sendo o primeiro “espaço jurídico da presunção de inocência” o sentido de “norma de tratamento”, mais intimamente orientado à observância do estado de inocência do imputado, o que impede tratamento incompatível com a sua dignidade, e os outros dois sentidos jurídicos da presunção de inocência a “norma de juízo” e a “norma probatória”, estes mais associados à matéria probatória.³⁸⁸

2.6.1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A DISCIPLINA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Em primeiro lugar, destaca-se a relação do princípio da presunção de inocência com a problemática da distribuição do ônus da prova e da matéria probatória no processo penal. Em face dos direitos fundamentais associados à gênese juspolítica da presunção de inocência, resta evidente não se poder restringir a amplitude normativa exarada por este princípio a somente esta atuação. Não obstante revelar-se impróprio compreender o princípio da presunção de inocência como autêntica *presunção*, considerando o sentido técnico atribuído ao termo, a tendência doutrinária de relacioná-lo à

estender o princípio ao ônus da prova e, mais além, à prisão, extraindo ensinamentos importantes acerca da prisão durante o processo. (*Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 314-315).

³⁸⁶ Esta indicação consiste no título adotado por Antônio Magalhães Gomes Filho ao item n. 2, de seu capítulo que trata dos significados da presunção de inocência, na obra *Op. cit.*. Este título foi escolhido por exprimir, em uma fórmula sintética, uma das principais vertentes acerca do princípio ora estudado.

³⁸⁷ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró destaca que a evolução da presunção de inocência conduziu a três vertentes para compreensão deste princípio: “a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo” (*Ônus da prova no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 280).

³⁸⁸ Como observa Maurício Zanoide de Moraes, os significados da presunção de inocência, “norma de tratamento”, “norma de juízo” e “norma probatória” são bens da vida diretamente protegidos pela presunção de inocência. Como norma de direito fundamental, a presunção de inocência compreende estes três sentidos em seu âmbito de proteção: “Sob a perspectiva ora implementada, no âmbito de proteção da norma fundamental da presunção de inocência articulam-se esses três significados que ela orienta e inspira como norma constitucional maior. São formas de manifestações autônomas que interagem e não esgotam a presunção de inocência” (*Presunção de inocência ..., op. cit.*, p. 359, nt. 70 e p. 424).

disciplina da prova no processo penal demonstrou-se constante nos primeiros incursos sobre o tema, como anota Antônio Magalhães Gomes Filho.³⁸⁹

Consequência imediata deste princípio tutelar da liberdade individual consiste em atribuir ao órgão acusador o ônus substancial da prova. Assim, por revelarem-se inadmissíveis presunções contrárias ao acusado, não cabe a este o encargo de demonstrar sua não culpabilidade, isto é, sua inocência, uma vez que seria imposto tão-somente à acusação o ônus de comprovar a materialidade delitiva e sua respectiva autoria.³⁹⁰

Em face dos princípios informadores do sistema processual penal vigente, o tradicional preceito acerca da distribuição do ônus probatório, resumido na máxima *onus probandi incumbit ei qui asserit*, segundo a qual, impõe-se ao autor da alegação o dever de incumbir-se da prova do alegado, assume nova feição, distinta e caracterizada por peculiaridades.³⁹¹

³⁸⁹ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 37. Como destaca Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, ao analisar o significado probatório da presunção de inocência: “não se trata, porém, de presunção em sentido técnico. A presunção de inocência é a regra de julgamento no processo penal condenatório: *in dubio pro reo*. Trata-se, pois, de fixação do ônus da prova no processo penal. Já as presunções não são regras de julgamento, mas uma alteração da regra de julgamento normalmente aplicável. Tecnicamente, as presunções implicam a alteração do ônus da prova, juntamente com a modificação do objeto da prova” (*Op. cit.*, p. 294-295). Neste sentido, R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio ...*, op. cit., p. 51-53; M. A. M. PARDO, *La presunción de...*, op. cit., p. 37.

³⁹⁰ Neste sentido as assertivas de Antônio Scarance Fernandes relativamente às orientações principais sobre a extensão do princípio da presunção de inocência: “Uma, mais restritiva, vincula-o exclusivamente ao ônus de provar, entendendo-se que, por ostentar o réu em virtude do princípio ora enfocado o *status* de inocente até decisão final, impõe-se ao Ministério Público, ou ao querelante, o ônus de demonstrar os fatos imputados na denúncia ou queixa. Em outras palavras, não é o acusado que deve demonstrar a sua inocência, mas é o Ministério Público quem deve provar a sua culpa” (*Processo penal constitucional*, op. cit., p. 314). Ainda, conforme Aury Lopes Júnior, a dimensão interna da presunção de inocência assegura um dever de tratamento ao imputado. Este dever de tratamento, segundo o autor, direciona-se ao juiz “(...) determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador, (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição”. Ainda, a presunção inocência como dever de tratamento exerce papel essencial na disciplina das prisões cautelares, conforme entendimento do autor. (*Direito processual penal ...*, op. cit., p. 53-54).

³⁹¹ Com relação ao tema, destaca-se o artigo 156 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei n.º 11.690/2008: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Anota-se que a interpretação deste dispositivo deve ocorrer à luz dos princípios informadores do processo penal, entre os quais a presunção de inocência. Ademais, como anota Antônio Magalhães Gomes Filho, a natureza publicística do processo penal e a indisponibilidade dos direitos envolvidos impedem uma transposição simplista dos conceitos já fixados para o processo civil. Diante disto, a doutrina posiciona-se em orientações ora extremadas, ora moderadas. Assim, as assertivas de alguns autores acerca da inexistência de um ônus probatório a ser atribuído ao acusado, delegando ao órgão acusatório a tarefa de demonstrar a imputação, bem como o entendimento também aventado de se delegar ao

Como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a disciplina probatória no campo processual penal não encontra uma repartição, distanciando do sistema processual civil. Na realidade, prossegue o autor, o ônus da prova não tem como obrigatória a sua repartição. Não obstante a ausência da repartição do ônus da prova, torna-se imprescindível a existência de uma regra de julgamento a orientar, em qualquer caso, a decisão em face de uma dúvida sobre fato relevante. Ora, no processo penal, “o *in dubio pro reo* é uma regra de julgamento unidirecional”.³⁹²

Desta forma, nos termos de Antônio Magalhães Gomes Filho, vislumbram-se como emanções do princípio constitucional da inocência, compreendido enquanto regra de julgamento, as incumbências do órgão acusatório em demonstrar a culpabilidade do acusado, pertencendo-lhe, com exclusividade, o ônus desta prova.³⁹³ A prova é atribuída inteiramente ao Ministério Público, que deverá reunir elementos probatórios aptos a conduzir ao reconhecimento da pretensão punitiva.³⁹⁴

Por sua vez, esta atividade probatória congrega a necessidade de comprovar-se, especificamente, os fatos imputados ao acusado, não cabendo desenvolver qualquer atividade instrutória acerca das teses levantadas pela defesa.³⁹⁵ Ademais, a demonstração da materialidade e da autoria delitivas deve obedecer aos ditames legais, realizando-se dentro da mais estrita legalidade, restando assegurados os direitos e as garantias inerentes ao devido processo legal.³⁹⁶

Por fim, revela-se a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na instrução probatória, o que suscita, de início, a controvertida questão de se conceber o

magistrado o dever de cumprir todas as diligências necessárias à elucidação dos fatos, cabendo proclamar a absolvição do acusado se lhe faltarem provas a embasar uma condenação, em face do princípio *in dubio pro reo*. No entanto, há que se reconhecer, atualmente, que não se revela de todo impróprio admitir a existência de encargos para ambas as partes no processo penal, desde que esclarecido que cabe ao acusado, simplesmente, produzir uma dúvida razoável no espírito do juiz. (*Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 37).

³⁹² *Op. cit.*, p. 295-296.

³⁹³ *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 39-40.

³⁹⁴ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Op. cit.*, p. 296-297.

³⁹⁵ Como destaca do autor: “Nessa perspectiva, no processo penal dominado pelo princípio da presunção de inocência, a atividade probatória deve tender à verificação da existência dos fatos imputados, e não à investigação sobre as desculpas apresentadas pelo acusado; muito menos deve servir à mera ratificação de elementos colhidos na fase preliminar do inquérito policial, como freqüentemente sucede na prática judiciária; a imputação – e não idoneidade dos dados que lhe serviram de base – é que deve ser demonstrada. (*Op. cit.*, p. 37). Ainda, G. H. R. I. BADARÓ, *Op. cit.*, p. 301.

³⁹⁶ *Op. cit.*, p. 39-40.

interrogatório como meio de prova ou meio de defesa, assim como a problemática do direito ao silêncio.³⁹⁷

Portanto, sob esse prisma, o princípio da presunção de inocência revela-se como nítida regra de julgamento, a auxiliar o magistrado no momento da decisão jurisdicional. Disto resulta a máxima *in dubio pro reo*, postulado inerente a todos os sistemas processuais, da qual decorre que, no processo penal, a menos que se apresentem fundadas e suficientes razões a propiciar ao juiz um convencimento positivo quanto à necessária restrição à liberdade individual, na dúvida, deve-se sempre favorecer o acusado.³⁹⁸

Em face do efetivo reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro do princípio da presunção de inocência, atribui-se em favor de todos os imputados, envolvidos em uma persecução penal, um estado de inocência, somente desconstituído em face do pronunciamento condenatório definitivo, devidamente fundamentado em provas lícitas e incontestas.³⁹⁹

2.6.2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO DO ACUSADO

A consagração do princípio da presunção de inocência pela ordem jurídica brasileira sintetizou, de forma precisa, a condição jurídica daquele que se encontra envolto com a atividade estatal de persecução penal.⁴⁰⁰ Trata-se, como visto, do eixo em

³⁹⁷ *Op. cit.*, p. 39-40.

³⁹⁸ Cf. A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 39. Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes destaca que o *in dubio pro reo*, ao contrário do *favor rei*, tem incidência limitada ao âmbito judiciário e não se destina à conformação das leis processuais penais. A dúvida, que é inerente a este significado da presunção de inocência, sempre decorre dos fatos. Nos termos do autor: “a ‘dúvida’, inerente ao ‘in dubio pro reo’, sempre advém dos fatos, os quais podem, ou não, estar provados nos autos criminais. Daí se dizer que o ‘in dubio pro reo’ está ligado a fatos (não provados ou provados de forma insatisfatória) e pode incidir em qualquer momento decisório judicial, não apenas no instante da decisão sobre o *meritum causae*. Dessa forma, o ‘in dubio pro reo’ limita-se ao âmbito judiciário, destinado e determinado pelo caso concreto, e não projeta seus efeitos no âmbito legislativo, voltado à elaboração da lei em nível abstrato” (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 365-366).

³⁹⁹ Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 64. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró assinala que “a identificação da regra de julgamento com o *in dubio pro reo* revela o conteúdo garantista do ônus da prova” (*Op. cit.*, p. 300-301).

⁴⁰⁰ Como anota Roberto Delmanto Júnior: “(...) o acolhimento, pelo Brasil, dos referidos tratados internacionais, efetivamente impôs, em favor de todos, sobretudo quando envolvidos em uma persecução penal (suspeito, indiciado, preso em flagrante ou não, acusado e até condenado em primeira instância que esteja recorrendo), por mais contraditório que isto eventualmente possa parecer para determinadas pessoas, uma presunção legal de inocência. Não há espaço, aqui, para qualquer “relativização” desse preceito, ou seja, de que ele não poderia se estender a todos os acusados indistintamente, dependendo do crime imputado ou, então, de outras condições processuais como a prisão em flagrante, conforme buscam alguns, inclusive nos dias de hoje.” (*As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 64).

torno do qual se desenvolvem os institutos e atuam-se as normas em Direito Processual Penal, colocando-se como o conceito central para se construir o modelo processual penal de feição democrático.⁴⁰¹

O princípio ora enfocado impõe ao Estado o dever de conferir ao indivíduo envolto à persecução penal um tratamento digno e condizente ao seu *status* de inocente, impedindo que este seja reduzido, em sua esfera subjetiva, à condição de culpado. A presunção de inocência, a um só tempo, também se revela como direito fundamental do imputado, no sentido de somente encontrar-se cerceado em seu estado de liberdade plena mediante sentença condenatória definitiva, constituído em sede de um devido processo legal e respeitadas as inúmeras garantias ínsitas a este preceito. Justamente por isto, à presunção de inocência associa-se o direito a um processo penal justo, caracterizado pela observância das garantias individuais.⁴⁰²

Em face desta perspectiva, que a interpretação que eleva o princípio à autêntica regra de tratamento do acusado revela-se como a mais consentânea aos anseios nacionais e internacionais de promoção dos direitos humanos e de realização de valores mais democráticos. Neste sentido, o princípio da presunção de inocência coloca-se como uma orientação política consubstanciada em verdadeiro direito fundamental, o que condiciona a realização do processo penal, para que este desponha não apenas como o legítimo instrumento a viabilizar o exercício do *ius puniendi* estatal, mas que se empreenda em resguardar a dignidade do imputado e, em consequência, a própria credibilidade e legitimidade das instituições oficiais.⁴⁰³

Desta forma, o desenvolvimento do processo penal deve apresentar-se como a afirmação constante da dignidade moral daqueles que se encontram envoltos à persecução penal, denunciando-se qualquer desvio que condene o instrumento processual a um cerimonial de degradação do *status* social do indivíduo a ele submetido. Assim, revela-se condenável a postura recorrente em diversos sistemas jurídicos que se valem da

⁴⁰¹ Cf. M. A. M. PARDO, *La presunción de ...*, op. cit., p. 38.

⁴⁰² Cf. M. A. M. PARDO, *La presunción de ...*, op. cit., p. 38.

⁴⁰³ Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 65.

humilhação do acusado como uma sanção pouco custosa e, ao mesmo tempo, de grande força nos mecanismos simbólicos de repressão.⁴⁰⁴

O princípio da presunção de inocência afigura-se como pilastra fundamental na constituição de uma ordem política democrática, sendo a observância de sua força normativa essencial à dignidade da atuação estatal. Com efeito, a sua expressão vincula, de modo absoluto, a atuação legislativa de elaboração das normas penais e processuais penais, determinando a prevalência constante do valor da dignidade da pessoa humana e de seus direitos invioláveis, destinando-se, também e sobremaneira, ao intérprete responsável pela efetivação destas prescrições normativas.⁴⁰⁵

Neste ponto encontra-se o principal desafio à realização plena do princípio da presunção de inocência. De fato, a sua consagração formal em inúmeros documentos constitucionais e em Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos demanda que se alcance sua efetiva concretude normativa em sede infraconstitucional, aliada a uma interpretação condizente dos inúmeros institutos que resvalam estes princípios em nosso cotidiano forense.

Em face da perspectiva, portanto, da presunção de inocência como autêntica opção político-ideológica do Estado, constata-se a sua incidência como um limite a conformar a atividade normativa na elaboração de normas penais e de normas processuais penais. O conteúdo deste direito fundamental impõe, de igual modo, parâmetros para a interpretação da legislação infraconstitucional. Ademais, a partir do instante em que o ordenamento jurídico de um Estado se mostrar distante deste princípio

⁴⁰⁴ Neste sentido, destaca Roberto Delmanto Júnior, “o direito à presunção de inocência afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, também, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu *status*, mesmo que presumido, de inocente” (*As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 11; 66). Ainda, este o entendimento de Weber Martins Batista, após destacar a dualidade de referências ao postulado – presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade: “De qualquer modo, qualquer que seja a redação, a regra vale tão-somente – e todos concordam nisso – como idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofre restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo “as garantias da plena defesa” (BETTIOL, *Scritti Giuridiche in onore di Francesco Carnelutti*, Napoli, 4.º, p. 132) (*O Princípio constitucional da presunção de inocência – recurso em liberdade, antecedentes do réu*, in *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, n. 6, abr.-mai./1990, p. 15).

⁴⁰⁵ Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 343; M. A. M. PARDO, *La presunción ...*, *op. cit.*, p. 38.

em virtude do teor de suas leis, a primeira violação à presunção de inocência residirá, justamente, na inércia legislativa na elaboração de normas respeitadoras deste princípio.⁴⁰⁶

Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes destaca que a omissão do legislador é “(...) a primeira e a mais relevante causa de violação da presunção de inocência”. A estrutura normativa da presunção de inocência de norma-princípio faz com que a tendência expansiva de seu conteúdo se projete sobre a atuação do Legislador: é sobre este que recai a obrigação de conformá-la em nível infraconstitucional, não se podendo atribuir esta violação ao Judiciário ou ao cidadão.⁴⁰⁷

Não obstante, a estrutura e o conteúdo da presunção de inocência determinam, de igual modo, a decisão judicial. Sem dúvida, a atuação jurisdicional representa um estrato de desdobramento da presunção de inocência imprescindível para a análise da efetividade deste princípio. Desta forma, não se trata tão-somente de servir de limite à concepção normativa dos institutos, já que a incidência prática das normas pode se mostrar contrária aos corolários do direito fundamental à presunção de inocência.

Por isso, deve-se conferir especial destaque a incidência da presunção de inocência sobre a atividade rotineira dos juízes e tribunais, visto que estes se encontram envoltos às prescrições emanadas deste princípio, não somente ao proceder à valoração dos elementos de prova, mas também ao determinar o tratamento dispensado ao indivíduo no curso da persecução penal e, o que se revela de notável importância ao presente estudo, no momento de decretação ou manutenção das modalidades de prisão provisória e demais medidas restritivas a direitos individuais.⁴⁰⁸

De fato, a realização segura e constante da presunção de inocência na realidade processual penal vigente encontra-se distante do que se proclama em termos teóricos. Neste sentido a crítica de Maurício Zanoide de Moraes. Conforme destaca este autor, atualmente, “assiste-se a um esvaziamento prático-forense daqueles princípios”, como resultado de um recrudescimento penal adotado pelas autoridades estatais em face do

⁴⁰⁶ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 343.

⁴⁰⁷ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 344.

⁴⁰⁸ *As modalidades de ...*, op. cit., p. 66.

incremento da criminalidade experimentado nos últimos anos, mas em nada inédito no processo histórico.⁴⁰⁹

Em face de um desvirtuamento das reais causas da violência, a resposta estatal resume-se ao elogio ao poder punitivo em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. As razões da pouca efetividade da presunção de inocência são identificadas por Maurício Zanoide de Moraes, em grande medida, com o subjetivismo judicial embasado em “linhas criminológicas ou de política criminal inconstitucionais. Esta atuação associa-se a uma generalizada opinião, conforme se veicula pelos meios de comunicação, da presunção de inocência “como um óbice à realização da repressão punitiva estatal”.⁴¹⁰

Desta forma, apresenta-se necessário o resgate da primazia deste princípio na efetivação prática do ordenamento jurídico, a qual repousa, ante a ausência de normatização infraconstitucional para lhe assegurar critérios objetivos e seguros, na realização efetiva de outras garantias fundamentais, entre as quais desponta a motivação dos atos judiciais.⁴¹¹

2.6.3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO CAUTELAR

Outra ilação decorrente da presunção de inocência, dotada de maior amplitude, estende o princípio constitucional à disciplina da prisão e da liberdade no processo penal, sendo extraído deste as regras fundamentais relativamente à prisão advinda durante o processo.⁴¹²

Neste ponto, a presunção de inocência reúne orientações doutrinárias divergentes, que vão desde a admissão de prisão por motivos de ordem material, o que redundaria em antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado da decisão,

⁴⁰⁹ *Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. I, 2.^a ed., p. 698.

⁴¹⁰ *Op. cit.*, p. 336-337.

⁴¹¹ Cf. M. Z. de MORAES, *Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. I, 2.^a ed., p. 698.

⁴¹² Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 314-315.

até a que condena, de modo absoluto, qualquer efeito condenatório antes da condenação definitiva.⁴¹³

Por certo, a Constituição de 1988 consagrou a liberdade física do cidadão como seu estado natural e inviolável, somente passível de restrição mediante título estatal legítimo construído na estrita observância das garantias inerentes ao devido processo legal. Assim, a liberdade do indivíduo desponta como a regra geral de nosso sistema processual penal, relegando às intervenções em seu *status libertatis* a natureza de odiosas exceções.

De fato, a primeira e principal consequência que advém do pronunciamento condenatório definitivo consiste na imposição de uma pena, como a reação estatal específica decorrente da prática de um delito. Desta forma, qualquer restrição à liberdade individual que denote este caráter propriamente penal, somente poderá advir após a declaração de culpabilidade, reconhecida por meio de uma decisão condenatória transitada em julgado.

Desta forma, em face do princípio da presunção de inocência, quaisquer limitações ao *status libertatis* do cidadão, anteriores à declaração definitiva de culpabilidade, somente poderão ser admitidas, desde que revelada sua natureza de providência cautelar, sob pena de configurar injusta e ilegítima antecipação de pena.⁴¹⁴

Nesse ponto, como destaca Maurício Zanoide de Moraes, revela-se inegável o conflito lógico-sistêmico na coexistência, em um mesmo ordenamento processual penal, do princípio de inocência ou de não culpabilidade - do qual decorre o impedimento de se considerar o indivíduo culpado, ainda que preso a título provisório, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória - e das restrições em seus direitos individuais.⁴¹⁵

⁴¹³ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 338. Como anotam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho: “No caso da prisão cautelar, essas exigências se tornam ainda mais rigorosas, diante do preceito constitucional segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII, CF); em face do estado de inocência do acusado, a antecipação do resultado do processo representa providência excepcional, que não pode ser confundida com punição, somente justificada em situações de extrema necessidade” (*As nulidades no ...*, *op. cit.*, p. 342-343).

⁴¹⁴ V. Capítulo 6.

⁴¹⁵ *Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. I, 2.ª ed., p. 698.

Evidente que o reconhecimento do princípio constitucional da presunção de inocência, ainda que não tenha importado na supressão das diversas espécies de prisão provisória vislumbradas no ordenamento positivo brasileiro, determinou uma necessária revisão do sistema normativo atinente às providências cautelares de caráter pessoal. Como destaca Alberto Silva Franco, revela-se imprescindível que se proceda a uma exata conformação do conflito que se estabelece neste delicado momento da persecução penal, em que o sistema de direitos e de garantias fundamentais do indivíduo é desafiado pelo exercício do poder cautelar do Estado.⁴¹⁶

Ademais, em nossa ordem constitucional restou consagrado, de modo bastante expressivo, o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte com a necessária preservação do *status libertatis* das pessoas, imposta por indeclináveis exigências de ordem político-jurídica. Em inúmeros dispositivos, a Constituição inscreveu princípios e diretrizes a orientar a intervenção estatal na esfera individual, realçando seu caráter gravoso e excepcional.

Destarte, não mais subsiste a postura de extremo conservadorismo daqueles que relutam em admitir a premente releitura do sistema ordinário precedente ao advento da nova ordem constitucional, sendo indispensável reconhecer os evidentes reflexos derivados do princípio da presunção de inocência sobre a sistemática as providências cautelares de caráter pessoal. A exata conformação deste embate revela a modernidade e o viés democrático das instituições processuais penais de determinado ordenamento jurídico.

Nesta esteira, é inquestionável que a aceitação deste postulado não excluiu o exercício de restrições cautelares à liberdade individual. No entanto, a interpretação da presunção de inocência conduz à inafastável conclusão de que a regra vigente em nosso ordenamento jurídico consiste no estado de liberdade incondicionado, bem como na manutenção desta liberdade até eventual pronunciamento jurisdicional definitivo que lhe imponha uma prisão propriamente penal. A proclamação desta afirmativa apenas subordina as referidas intervenções a um caráter excepcional.⁴¹⁷ Estas considerações serão desenvolvidas no Capítulo 6, no momento da análise das restrições aos direitos individuais no curso da persecução penal à luz da proporcionalidade.

⁴¹⁶ *Crimes hediondos*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 416-417.

⁴¹⁷ Sobre este tema, v. Capítulo 6.

CAPÍTULO 3 – A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

3.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

“O fundamento do processo penal é a tutela da liberdade jurídica do ser humano”, como enfatiza Roberto Delmanto Júnior, “consubstanciando-se, antes de mais nada, em um instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar a jurisdição”.⁴¹⁸ A instituição do devido processo legal constitui uma das principais características do Estado Democrático de Direito, revelando-se o expoente de um sistema de garantias estruturado para a consecução de um ordenamento jurídico justo, coerente e equitativo.⁴¹⁹⁻⁴²⁰

Em âmbito penal, esta garantia emerge como verdadeiro instrumento da liberdade, a impor intransponíveis limites ao contraste entre o poder estatal intervencionista do Estado e o valor supremo da liberdade. A estrutura processual penal revela-se, desta forma, o único instrumento legítimo para a concretização da pretensão punitiva estatal, já que oferece um sistema harmônico para a efetiva distribuição da justiça, sem desconsiderar o devido resguardo aos direitos individuais.⁴²¹

⁴¹⁸ *Op. cit.*, p. 03-04.

⁴¹⁹ Como se pode observar, a garantia do devido processo legal, em sua vertente processual penal, não se apresenta somente como um instrumento para efetivação do direito material. Além disso: a consagração do devido processo legal - em nossa ordem constitucional e em tratados internacionais de direitos humanos - possui, como anota Fábio Machado de Almeida Delmanto, “(...) inegável caráter de garantia, surgindo, acima de tudo, como meio para evitar abusos e arbitrariedades por parte de órgãos encarregados da *persecutio criminis*.” (*Medidas substitutivas e ...*, p. cit., p. 22). Ademais, O. SANGUINÉ, *Devido processo legal e constituição*, in *Fascículos de Ciências Penais*, ano 2, vol. 2, n. 1, jan. 1989, p. 131-139.

⁴²⁰ O caráter complexo da cláusula do devido processo legal e as inúmeras garantias dela decorrentes indicam a grandiosidade da tarefa de interpretação e de efetivação desse princípio. Como destaca Odone Sanguiné, “a efetividade dessa garantia supõe a superação de diversos estádios”, sendo essencial jamais descurar que: “na interpretação da cláusula o que realmente importa não é ter uma solução pronta, já que isto é impossível pelo caráter axiomático daquela. Não há uma solução definitiva. O que importa é dar-lhe vigência, prestar-lhe obediência, buscando o almejado equilíbrio entre as exigências da sociedade e os direitos do indivíduo. (...)” (*Devido processo legal ...*, in *Fascículos de Ciências Penais*, op. cit., p. 139).

⁴²¹ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias destaca que a disciplina jurídica do processo penal e o tratamento dispensado pelo legislador aos questionamentos fundamentais neste âmbito revelam, com relação a determinada comunidade, o “grau de maturidade logrado pela sua consciência jurídica, das concepções políticas de base e das concretas formas de atuação estatal que aí vigoram, enfim, da tradição histórica nela vigente.” (*Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974, p. 60). Ademais, como ressalta Rogério Schietti Machado Cruz: “Já se afirmou com propriedade, que se alguém desembarca em país desconhecido e deseja saber se as liberdades públicas são protegidas, deve pedir para ver seu ordenamento processual penal”. Como destaca este autor, o ordenamento processual penal desponta em importância, tendo em vista a ponderação dos interesses que estão em contraste: em um extremo, o direito individual de liberdade e o reconhecimento do estado de inocência do indivíduo; em outro extremo, o interesse da sociedade em assegurar a ordem e garantir a segurança para uma convivência pacífica. Ora, prossegue o aludido autor: “É

Justamente por estes motivos é que se colocam em evidência as estruturas normativas processuais penais, bem como se dedica um esforço diferenciado para a consagração de princípios e de garantias que permeiam a atuação processual penal,⁴²² terminando por concentrarem-se as preocupações de seus intérpretes na concretização destes ditames jurídicos.

De fato, não há dúvida de que as construções doutrinárias e os debates acadêmicos em torno de liberdades públicas e de direitos fundamentais culminam, de modo inevitável, no campo processual penal.⁴²³⁻⁴²⁴ É neste momento que se colocam à prova as conquistas e as teses desenvolvidas no plano do direito material, demonstrando, uma vez mais, que “o direito material e o processo caminham juntos, de modo que este é

possível avaliar a ideologia presente em cada período histórico de um povo, de acordo com a primazia de um ou de outro desses interesses, o que se faz, principalmente, pelo estudo das relações entre a potestade punitiva (*ius puniendi*) e a potestade coercitiva (*potestas coercendi*), de um lado, e as liberdades públicas, de outro.” (*Prisão cautelar – dramas ...*, op. cit., p. XXI).

⁴²²A interação entre as garantias penais e as garantias processuais, bem como o aspecto específico da instrumentalidade entre o direito penal e o direito processual penal, torna especialmente problemática a distinção entre as normas de caráter material e as normas de caráter processual relativamente a esses ramos do direito. Desta forma, deve-se optar por não se referir apenas e tão somente a garantias e a princípios **processuais**, isto porque, não obstante muitas vezes rotulados pela doutrina como processuais, garantias e princípios apresentam-se, na verdade, com uma inegável carga material e não apenas processual. Neste sentido, ressalta Jorge de Figueiredo Dias: “O direito processual penal constitui, em certo sentido que precisaremos já, *uma parte do direito penal*. O direito processual e o direito substantivo penal formam uma *unidade*, derivada da função específica que a esta extensa região do Direito compete: só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para que originariamente tende”. (*Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974, p. 23-24). Assim, não se pode afirmar, de forma categórica, que inúmeros ditames constitucionais concernentes à prisão cautelar, por exemplo, consubstanciam normas jurídicas puramente processuais. Esta afirmação, que encontra conseqüências diversas, como a questão do direito intertemporal, termina por restringir o inegável âmbito dessas disposições, além de conferir precedência a uma interpretação que não propicia o verdadeiro alcance e não confere a maior efetividade a normas relativas a direitos fundamentais.

⁴²³ Como destaca Rogério Schietti Machado Cruz: “Já se afirmou com propriedade, que se alguém desembarca em país desconhecido e deseja saber se as liberdades públicas são protegidas, deve pedir para ver o seu ordenamento processual penal”. Assim, prossegue o autor, o ordenamento processual penal desponta em importância, tendo em vista a ponderação dos interesses que estão em contraste: em um extremo, o direito individual de liberdade e o reconhecimento do estado de inocência do indivíduo, em outro extremo, o interesse da sociedade em assegurar a ordem e garantir a segurança para uma convivência pacífica. Ora, prossegue o aludido autor: “É possível avaliar a ideologia presente em cada período histórico de um povo, de acordo com a primazia de um ou de outro desses interesses, o que se faz principalmente, pelo estudo das relações entre a potestade punitiva (*ius puniendi*) e a potestade coercitiva (*ius coercendi*), de um lado, e as liberdades públicas, de outro”. (*Prisão cautelar – dramas ...*, op. cit., p. XXI).

⁴²⁴ Aliás, como anota Roberto Delmanto Júnior, o processo penal consiste na “maior prova de civilidade de um país, quando as instituições democráticas são postas em xeque. Com efeito, são justamente nos momentos de *maior tensão social*, isto é, quando há notícia do cometimento de um ilícito penal, restando ainda mais abalada a nossa já tão fragilizada paz pública, que a sociedade cobra, com indisfarçável e compreensível carga emocional, a *imediata* descoberta do autor do ilícito penal, bem como sua *pronta e exemplar punição*”. (*As modalidades de ...*, op. cit., p. 04).

instrumento daquele e, aliás, dignifica-se na razão direta em que aquele se manifesta como buscando a estabilidade e a Justiça”.⁴²⁵⁻⁴²⁶

A maior prova destas considerações observa-se em uma postura recorrente dos sistemas normativos no tratamento de normas penais materiais e de institutos processuais. Com efeito, em face das crescentes ondas de violência e de criminalidade, o Direito Penal e o Direito Processual revelam-se verdadeiros instrumentos de manipulação política, aos quais se socorrem os legisladores nacionais e demais gestores do poder com o intuito de solucionar os graves problemas sociais.⁴²⁷

A instituição do devido processo legal para a imposição de penas e de medidas de segurança constitui uma das principais características do Estado Democrático de Direito. Em que pese a grandiosidade da ofensa ou da ameaça a bens ou a valores resguardados pela ordem normativa, o cometimento de um fato definido em lei como

⁴²⁵ Cf. V. GRECO FILHO e A. O. P. GRECO, *A prova penal no contexto da dignidade da pessoa humana*, in *Revista do Advogado*, ano 28, n.º 99, set. 2008, p. 140. Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque ressalta o caráter instrumental do direito processual em face do direito material, bem como a interdependência que se verifica entre estes dois ramos do direito: “O caráter instrumental do processo constitui premissa inafastável de qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do direito. (...) Na medida em que se afirma a natureza instrumental do direito processual, sua autonomia como ciência não pode significar isolamento em relação ao direito material. Sem este último, aquele não teria sentido, pois ficaria vazio de objeto. Mas o direito material também depende intimamente do direito processual, na medida em que sua atenção coercitiva não pode dispensar o processo, sob pena de apagarmos séculos de evolução da sociedade, retornando aos primórdios da civilização. (...) Existe, portanto, completa interação entre os dois grandes ramos do universo jurídico. Por essa razão, não se pode entender autonomia do direito processual como indiferença em relação ao direito material. Embora distintos, a elaboração dos princípios e regras processuais deve ser feita à luz das necessidades verificadas no plano das relações substanciais, pois é em função destas que o processo existe.” (*Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 11-12).

⁴²⁶ Neste sentido, cita Roberto Delmanto Júnior, o processo penal consiste na “maior prova de civilidade de um país, quando as instituições democráticas são postas em xeque. Com efeito, são justamente nos momentos de *maior tensão social*, isto é, quando há notícia do cometimento de um ilícito penal, restando ainda mais abalada a nossa já tão fragilizada paz pública, que a sociedade cobra, com indisfarçável e compreensível carga emocional, a *imediata* descoberta do autor do ilícito penal, bem como sua *pronta e exemplar punição*”. (*As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 04).

⁴²⁷ Como exemplo desta conduta, cite-se o advento da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90) e as demais alterações legislativas que se seguiram. Nos termos de Alberto Silva Franco, a origem deste diploma normativo encontra-se relacionada a certos acontecimentos e a fatores de especial relevância, como o crescimento da criminalidade violenta nos grandes centros urbanos, direcionada a segmentos privilegiados da sociedade e antes imunes a ataques mais agressivos; atos de terrorismo por motivos de cunho político ou sem qualquer motivação, relacionados a facções de extrema direita e de esquerda; o incremento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins; o desenvolvimento do crime organizado, revelando a corrupção e a impunidade e o acréscimo da criminalidade de massa direcionada ao cidadão comum. (*Crimes Hediondos*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 78-79). Ora, tudo isto faz despontar “a percepção do fenômeno da violência como um dado integrante do cotidiano, onipresente na sociedade” (João Marcello de Araújo Júnior, *Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo – aspectos*, in J. M. de ARAÚJO JÚNIOR (org.), *Sistema penal para o terceiro milênio*, Rio de Janeiro, Revan, 1991, p.70).

infração penal não poderá jamais conduzir à punição imediata de seu autor.⁴²⁸ Com efeito, o Direito Penal não pode ser atuado direta e prontamente, sendo inadmissível concretizá-lo sem o respectivo processo judicial. Neste sentido, o processo penal revela-se como o instrumento adequado e necessário para a efetivação do direito penal substantivo, bem como para a proteção dos direitos e das garantias individuais. Como destaca Rogério Lauria Tucci, a efetivação da norma penal material demanda a existência de *processo*, que se revela o instrumento estatal adequado para a imposição da sanção penal.^{429 - 430}

A imprescindibilidade do devido processo legal para a aplicação de penas e de medidas de segurança submete o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito de liberdade do indivíduo ao prévio controle jurisdicional, bem como sublinha o caráter instrumental do processo penal em face do Direito Penal. A imposição de penas e de medidas de segurança não pode jamais prescindir da intervenção jurisdicional, de modo que a relação entre delito - sanção penal - processo explica-se em termos de complementaridade.⁴³¹

Desta forma, a reserva de jurisdição em matéria penal, assim como a exclusividade estatal do processo e da imposição da sanção penal, emerge como a nota

⁴²⁸ Cf. W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, op. cit., p.01. Neste sentido, a observação de Rogério Lauria Tucci: “Conseqüentemente, desponta a regra da *inevitabilidade do processo penal*, segundo a qual a toda prática criminosa “deve seguir a ação” judiciária penal correspondente; e, com ela, o corolário da *necessidade do processo penal*, dada a inadmissibilidade de irrogação da pena, ou de medida de segurança, sem que o seja no bojo deste - *nulla poena sine iudicio*. Nesse particular, aliás, e veramente, não constituiria demasia a reafirmação de que a imposição de qualquer dessas espécies de sanção só pode efetivar-se processualmente, ou seja, por meio de processo no qual tenha lugar a ação judiciária - atuação de órgão do Poder Judiciário, regularmente investido no exercício da jurisdição penal (...).” (*Teoria do direito processual penal - jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 42).

⁴²⁹ *Direitos e garantias ...*, op. cit., p. 27-28.

⁴³⁰ Como observa Jorge de Figueiredo Dias, “(...) Daquela função de protecção da ordem social (de protecção da vida comunitária do homem) advém por conseguinte ao Estado o *dever de administração e realização da justiça penal*. este dever é correlato da necessidade, pelo Estado sentida, de tomar sobre os seus ombros, de forma exclusiva, a tarefa de investigar, esclarecer, perseguir e sentenciar os crimes cometidos dentro de sua jurisdição; é só, por diferentes palavras, a outra face do *princípio da exclusão da autodefesa* ou *princípio do monopólio estadual da função jurisdicional*, que constitui uma exigência irrenunciável das sociedades modernas, fundado como é por valores tão essenciais como os da realização da justiça, da unidade do Estado e da paz jurídica e social.” (*Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974, p. 24-25). Ademais, como destaca Aury Lopes Júnior, “Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não é só efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. Por isso, a pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que se o processo termina antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena” (*A instrumentalidade garantista ...*, in *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, op. cit., p. 12).

⁴³¹ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *A instrumentalidade garantista ...*, in *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, op. cit., p. 12.

característica da presunção de inocência do acusado, colocando-se como verdadeiro limite à atuação estatal. Em face da consagração deste princípio em nossa ordem constitucional e em diversos documentos internacionais, a admissão de qualquer pena ou medida de segurança somente se mostrará possível após o regular pronunciamento jurisdicional no curso de um devido processo legal.⁴³²⁻⁴³³

O processo penal revela-se, assim, como o instrumento adequado e necessário para a efetivação do direito penal substantivo, bem como para a proteção dos direitos e das garantias individuais.⁴³⁴ Justamente por isso, a instrumentalidade do processo encontra uma conotação verdadeiramente especial e diferenciada em âmbito processual penal, o que se apresenta como a sua nota distintiva e orienta a atuação dos intérpretes e dos aplicadores do direito.⁴³⁵⁻⁴³⁶

⁴³² Cf. A. M. GOMES FILHO, *Presunção de inocência: princípios e garantias*, in *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 131. Ressalva-se, no entanto, o instituto da transação penal, disciplinado no artigo 76 da Lei n.º 9.099/1995. Nos termos deste dispositivo: “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”. Como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “(...) Trata-se inegavelmente de um espaço de consenso. A transação penal é um instituto que envolve dois interessados: o acusado e o Ministério Público”, destacando o autor que o conteúdo da proposta é a aplicação de uma pena restritiva de direitos ou de multa (*Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 44-46).

⁴³³ A presunção de inocência encontra-se presente em diversos ordenamentos jurídicos e em documentos internacionais. Não obstante, a fórmula eleita pelos legisladores para a consagração deste princípio não se tem mostrado uniforme. A própria redação escolhida pelo legislador constituinte brasileiro tem suscitado certa divergência, levando muitos autores a estar presente em nossa ordem jurídica a chamada presunção de não culpabilidade ou desconsideração prévia de culpabilidade (Cf. *Princípios da Presunção de Não-Culpabilidade e da Presunção de Inocência*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. I, 2.ª ed., p. 696). A análise das origens históricas destes conceitos e os entendimentos doutrinários acerca desta terminologia serão abordados em momento oportuno, no tratamento destinado à presunção de inocência. Por ora, registre-se que diferenças nas terminologias empregadas não podem jamais criar obstáculos à sua incidência ou à sua força normativa. Neste sentido, W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 31.

⁴³⁴ Conforme Rogério Lauria Tucci, “o processo penal apresenta-se, na realidade, como instrumento técnico, público, político e ético, do exercício da jurisdição”. Mais adiante, prossegue o autor: “Apresenta-se, dessa maneira, a jurisdicionalização da pena como uma verdadeira garantia da pessoa tida como infratora da norma penal, pois, inadmitida sua imposição imediata, substitui-se o ‘império da violência privada pelo regime do Direito’”. (*Teoria do direito ...*, *op. cit.*, p. 41-42).

⁴³⁵ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *A instrumentalidade garantista do processo penal*, in *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, *op. cit.*, p. 17-19.

⁴³⁶ Como destaca Américo A. Taipa de Carvalho: “Diferentemente do que se passa com outros ramos do direito, há entre o direito penal e o processo penal uma verdadeira relação de mútua complementaridade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou de implicação biunívoca: o processo penal - tal como qualquer processo - pressupõe o direito penal, e o direito penal - diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório - só se concretiza através do processo penal. O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito penal”. (*Sucessão de leis penais*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra, 1997, p. 262). Neste sentido, M. P. LIMA, *A tutela cautelar no processo penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 36-37, 44-46.

Em suma, entre direito penal e direito processual penal constata-se “uma *relação mútua de complementaridade funcional*”, como observa Jorge de Figueiredo Dias, o que “permite concebê-los como participantes de uma mesma unidade”. Nesta esteira, a conformação teleológica do direito penal substantivo e a orientação legislativa de seus institutos terminam por exercer enorme e decisiva influência sobre a estrutura processual penal em vigor, ao ponto que alterações daquele “(mesmo mínimas) se comunicam, por vezes com força potenciada, ao direito processual penal”.⁴³⁷

Neste sentido, o *processo* emerge em uma dupla dimensão, já que o seu reconhecimento volta-se não somente aos objetivos estatais, mas também ao resguardo dos direitos individuais. Em seu caráter objetivo, o processo constitui uma verdadeira garantia política e revela-se autêntico esquema metodológico para o exercício do poder, como observa Antônio Magalhães Gomes Filho; o único instrumento orientado a assegurar uma atuação estatal legítima.⁴³⁸ Além disso, o processo também desponta como garantia do indivíduo, não somente ao assegurar uma “proteção mais eficaz aos seus direitos fundamentais”, mas também ao proporcionar um palco para a sua participação efetiva em decisões estatais. Em síntese, o processo consiste no “mais seguro antídoto contra o arbítrio estatal”.⁴³⁹

Uma vez demonstrada a interdependência entre a atuação das regras substanciais e a efetividade do processo, resta analisar os mecanismos processuais predispostos à realização dos preceitos materiais e à proteção em âmbito substancial, destacando-se as finalidades a que se destinam.⁴⁴⁰ É deste tema que trata o item a seguir.

3. 2. FINALIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES

O objetivo dos próximos itens é abordar as finalidades associadas às medidas cautelares, apresentando-se as diferenciações entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

3.2.1. FINALIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES: CONSIDERAÇÕES GERAIS

⁴³⁷ *Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974, p. 28-29.

⁴³⁸ *A motivação das ...*, *op. cit.*, p. 239.

⁴³⁹ Cf. A. M. GOMES FILHO, *A motivação das ...*, *op. cit.*, p. 239.

⁴⁴⁰ Cf. J. R. DOS S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 13.

Não obstante as considerações apresentadas, a construção do devido processo legal, notoriamente no campo processual penal,⁴⁴¹ não se desenvolve apenas e tão somente no plano teórico. Além disso, a efetivação do devido processo legal e das demais garantias que lhe são correlatas envolve uma dimensão temporal que não pode ser desconsiderada por seus intérpretes e por operadores do sistema jurídico. E, de fato, é este dispêndio de tempo para o correto e o regular exercício da atividade jurisdicional que tem concentrado a maior parte das preocupações dos estudiosos do ordenamento processual penal, de sorte a colocar as medidas cautelares como uma das temáticas de maior importância nesta seara do Direito.⁴⁴²

O intervalo compreendido entre a instauração da relação jurídica processual e o advento da prestação jurisdicional definitiva representa uma constante ameaça de frustração dos objetivos perseguidos através do processo.⁴⁴³ O dispêndio de recursos materiais e de recursos humanos, bem como o desgaste ético proporcionado aos

⁴⁴¹ A garantia do devido processo legal tem sido, por muitos autores, referida por garantia do devido processo penal, em uma alusão à especificidade do estudo das garantias do processo legal sob o enfoque processual penal. Neste sentido, R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ...*, op. cit., p. 67-71, A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 45-46; F. M. de A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 21-22.

⁴⁴² Com o propósito de elucidar a importância destas providências cautelares para o regular e o útil funcionamento do processo penal, a título de exemplo, podem ser lembrados alguns trabalhos, no Brasil, dedicados ao estudo do tema da cautelaridade no processo penal: R. P. de C. BARROS, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982; J. G. G. RAMOS, *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no processo penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

⁴⁴³ Piero Calamandrei assinala que: “In un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse sempre essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l’avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari.” (*Introduzione allo studio ...*, op. cit., p. 175). Ainda, A. P. PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare*, in *Revista di diritto civile*, ano XXXIII, n. 2, mar./apr. 1987, p. 110-111. Weber Martins Batista ressalta este inconveniente: “Há uma verdadeira luta contra o tempo, na qual o legislador procura reduzir o risco mencionado, não apenas concentrando os atos do processo no menor lapso de tempo possível, para o que cria as formas sumárias de procedimento, como considerando irrelevantes as modificações da situação de fato ocorridas ao longo do mesmo, para o que consagra a retroatividade da decisão. Mas, a concentração do procedimento e a retroação dos efeitos da decisão têm limites. O “fazer depressa” só é aconselhável enquanto não comprometer o “fazer bem” e, por outro lado, a retroatividade é tão-somente um voltar no tempo, pois não tem o condão de tornar imutável a vida ao longo desse período.” (*Liberdade provisória*, op. cit., p. 04). Destaca-se, ainda, a opinião de Vicente Gimeno Sendra: “Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal (tal y como acontece con los procedimientos simplificados de citación directa o por “flagrante delito” del derecho comparado) no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento medida cautelar alguna”. O autor reconhece, no entanto, que esta solução é utópica, uma vez que a preparação de um julgamento demanda extenso lapso temporal, o qual se volta, predominantemente, à reconstrução histórica dos fatos. Prossegue o autor: “(...) durante el cual el imputado podría ocultarse a la actividad de la justicia, haciendo frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia. Para garantizar estos efectos o la futura y probable ejecución de la parte dispositiva de la sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas cautelares” (*Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2001, p. 263).

sujeitos processuais, encontra-se sob o permanente risco de resultar em um provimento jurisdicional ineficaz e desprovido de utilidade ao tempo em que se apresenta aos seus requerentes.⁴⁴⁴

Desta forma, a concretização de um *processo justo*, como destaca José Roberto dos Santos Bedaque, pressupõe um sistema processual apto a realizar o contraditório efetivo e equilibrado, sem descuidar da tempestividade quanto ao resultado; enfim, pressupõe um sistema processual ideal, em que o respeito às garantias constitucionais do processo não impeça ao indivíduo alcançar um provimento jurisdicional adequado e célere. Esta constatação, no entanto, não obsta os estudiosos de perseguirem a harmonização desses valores, sob pena de conformarem-se com hipóteses de verdadeira denegação de justiça em face da demora exacerbada na entrega da prestação jurisdicional.⁴⁴⁵

Neste sentido, os ordenamentos processuais prevêm técnicas orientadas para garantir o aproveitamento e a utilidade da atuação jurisdicional, minorando os riscos de um desempenho meramente simbólico da ordem jurídica.⁴⁴⁶ Entre estas técnicas processuais convencionadas pelo legislador, situam-se as comumente denominadas tutelas

⁴⁴⁴ Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “Daí a dificuldade com que se depara o estudioso do processo. Não aceita a demora, mas também rejeita qualquer ofensa ao modelo constitucional estabelecido para esse mecanismo de solução de controvérsias. Busca a efetividade do processo, porém não pode abrir mão da segurança jurídica representada pelo respeito às garantias a ele inerentes. Ambos são valores constitucionalmente tutelados e necessitam ser considerados pelos operadores do direito, na formulação da técnica processual, a fim de evitar que a supervalorização de um acabe em detrimento do outro.” (*Tutela Cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 117).

⁴⁴⁵ *Tutela Cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 117. Neste sentido, prossegue o referido autor, aludindo ao confronto entre a segurança jurídica, representada pelas garantias processuais, de um lado, e a tempestividade quanto ao resultado, de outro: “Não se deve aceitar passivamente o conflito e renunciar à tentativa de encontrar solução. A conciliação entre os valores garantia e eficiência representa o que de melhor a ciência processual pode oferecer ao consumidor dos serviços da Justiça. Na verdade, de nada valem as garantias do processo se não for assegurada a eficiência representada pela rapidez” (*Tutela Cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 117-118).

⁴⁴⁶ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 122. Não há dúvida de que a atuação efetiva da atividade jurisdicional encontra-se no centro de preocupações de qualquer ordenamento jurídico. Uma vez vedado o regime da autotutela ou da autodefesa, resta aos órgãos jurisdicionais estatais o dever de dirimir os conflitos, com o objetivo de pacificação social. Nesta esteira, ressalta Andrea Proto Pisani: “Se così è, diviene alquanto semplice il comprendere come sia necessario che tale contrapartita sia effettiva: cioè che tramite il processo l’attore che ha ragione possa ottenere per quanto possibile praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire a livello di diritto sostanziale.” Ademais, semelhante a advertência de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter. (...) O uso adequado de medidas cautelares constitui poderoso instrumental capaz de assegurar bons resultados das decisões e medidas definitivas que virão.” (*Teoria geral do processo*, 19.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 35). Ainda, conforme P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da USP, 2005, p. 90.

sumárias, em uma evidente alusão à cognição não exauriente de aspectos substanciais em que se encontram fundadas.⁴⁴⁷

As tutelas sumárias podem apresentar caracteres distintos, o que faz com que se desdobrem em duas espécies de tutela jurisdicional com conotações bastante próprias. Em um primeiro plano, a tutela sumária pode colocar-se como verdadeira alternativa à tutela definitiva, de modo a antecipar a tutela final mediante cognição menos profunda.⁴⁴⁸ Em um segundo plano, a tutela sumária exhibe simplesmente notas de provisoriedade, sem qualquer pretensão de dispensar posterior atividade jurisdicional. Neste âmbito, a tutela sumária não se encontra destinada a “produzir efeito definitivo no plano material, mas apenas a garantir que esse resultado possa ocorrer com certa dose de eficiência. Trata-se da tutela cautelar”.⁴⁴⁹

Esta espécie de tutela jurisdicional - denominada cautelar - representa a solução dos sistemas processuais para conciliar, o que Piero Calamandrei sintetizou como “(...) as duas exigências, frequentemente contrastantes, da justiça, aquela da celeridade e aquela da ponderação: entre o fazer depressa mas mal, e o fazer bem feito mas devesgar, os procedimentos cautelares objetivam antes de tudo a celeridade, deixando o problema do

⁴⁴⁷ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 122. Como destaca este autor: “Todas as tutelas sumárias são precedidas de cognição não exauriente. Trata-se de elemento comum a todas elas, cuja função é impedir que o tempo de duração do processo possa comprometer a sua efetividade. É a eterna luta do sistema processual contra o tempo.” (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 122-123).

⁴⁴⁸ Nesta hipótese, a tutela sumária assume caráter não cautelar e responde pela solução definitiva do litígio, dispensando qualquer pronunciamento jurisdicional posterior. Trata-se, como destaca José Roberto dos Santos Bedaque, de tutela jurisdicional urgente e orientada a satisfazer o direito material de modo definitivo: “São satisfativas autônomas, pois, embora informadas por cognição de algum modo sumária, perfazem modelo processual completo, representando verdadeira tutela de mérito. Não mantém qualquer vinculação com outro provimento futuro”. Sendo assim, prossegue o autor: “O recurso à tutela sumária não cautelar deve ser excepcional, cabendo ao legislador estabelecer, de forma específica, quais os direitos suscetíveis de proteção por essa via urgente, regulando minuciosamente o procedimento para obtenção do provimento” (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 124, 139).

⁴⁴⁹ *Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 122. Como adverte Pinto Ferreira, *cautela* provém de “(...)“cautus”, significando precaução, cautela, cuidado, prevenção; “cautus”, “a”, “um”, é o part. pass. de “caveo”, “es”, “cavi”, “cautum” (“cavitum”, “arc.”), “cavere”, significando acautelar-se, tomar cuidado, precaver-se, prevenir-se.” (*Medidas cautelares*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 03). Ademais, prossegue José Roberto dos Santos Bedaque: “Diversa quanto à estabilidade do resultado é a tutela sumária cautelar. Esta se destina a assegurar a realização do direito, mediante medidas provisórias e instrumentais, sem aptidão para solucionar o conflito. A característica comum a todos, quanto ao resultado, é o juízo de verossimilhança, de probabilidade, não de certeza. O conteúdo do provimento cautelar pode até identificar-se total ou parcialmente com aquele inerente à tutela final. Mas a qualidade dos efeitos é diversa, pois, enquanto o primeiro visa a assegurar a efetividade da outra - e por isso é provisório - esta destina-se a regular definitivamente a situação substancial. (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 123).

bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do procedimento, seja resolvido sucessivamente com a necessária ponderação nas repousadas formas do procedimento ordinário”.⁴⁵⁰

As exigências envoltas a um processo de ampla cognição e de observância ao contraditório completo e efetivo transmudam o processo a um instrumento “particularmente sofisticado que - ainda que disciplinado por formas aceleradas, como, por exemplo, as do rito especial trabalhista – *tem uma duração*, fisiológica, no tempo”, nos termos de Andrea Proto Pisani.⁴⁵¹ Desta forma, a cautelaridade, como observa Antônio Magalhães Gomes Filho, desponta como autêntica técnica processual elaborada com o intuito de superar os inconvenientes derivados da própria estrutura do processo, em suas constantes dilações instituídas apenas e tão-somente para assegurar as garantias do devido processo legal.⁴⁵²

Antônio Scarance Fernandes apresenta as medidas cautelares como providências aptas e necessárias para se eliminar ou amenizar o perigo, representado pelo intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final. Esta ameaça implica um constante “risco de sucederem eventos que comprometam a

⁴⁵⁰ Em original: “le due esigenze, spesso contrastanti, della giustizia, quella della celerità e quella della ponderatezza: tra il far presto ma male, e il far bene ma tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario”. (*Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 175, tradução livre). Como destaca Antônio Magalhães Gomes Filho, a cautelaridade desponta como autêntica técnica processual empregada para superar os inconvenientes derivados da própria estrutura do processo, em suas constantes dilações, instituídas apenas e tão-somente para assegurar as garantias do devido processo legal: “(...) esta, ao estabelecer dilações para a correta averiguação da situação trazida ao conhecimento do órgão judiciário, assegurando especialmente a participação dos interessados na formação do provimento desejado, traz em si o perigo de que, a final, o estado das coisas tenha sofrido alterações substanciais capazes de tornar absolutamente ineficaz a intervenção estatal para solução do conflito” (*Op. cit.*, p. 55). Ademais, como prossegue José Roberto dos Santos Bedaque: “A necessidade da tutela cautelar está ligada a uma normal disfunção do processo, incapaz de dar solução imediata aos problemas de direito material. Representa, na verdade, antídoto contra a demora para entrega da tutela jurisdicional.” O objetivo da tutela cautelar, portanto, é “assegurar a eficácia e a utilidade do resultado buscado pelas demais tutelas, cognitivas ou satisfativas. A demora para sua obtenção pode comprometer a efetividade que delas se espera no plano jurídico material. Surge a necessidade de providências de natureza assecuratória, voltadas a garantir os resultados a serem produzidos ulteriormente.” (*Tutela Cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 124).

⁴⁵¹ Em original: “(...) particolarmente sofisticato che – anche se disciplinato da forme accelerate quali ad es. quelle del rito speciale del lavoro – *ha una sua durata*, fisiológica, nel tempo” (*Appunti sulla tutela cautelare*, in *Revista di diritto civile*, ano XXXIII, n. 2, mar./apr. 1987, p. 111, tradução livre).

⁴⁵² *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 55. Ainda, prossegue o autor: “(...) esta, ao estabelecer dilações para a correta averiguação da situação trazida ao conhecimento do órgão judiciário, assegurando especialmente a participação dos interessados na formação do provimento desejado, traz em si o perigo de que, a final, o estado das coisas tenha sofrido alterações substanciais capazes de tornar absolutamente ineficaz a intervenção estatal para solução do conflito” (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 55).

atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado”.⁴⁵³ Trata-se, portanto, de providências urgentes e provisórias coordenadas a assegurar a plena realização da finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.⁴⁵⁴

Neste momento, uma observação preliminar deve ser feita. O estudo da cautelaridade no processo penal, o que compreende a definição das medidas cautelares, assim como a determinação de seus requisitos, de seus pressupostos e de suas características, tem se desenvolvido, principalmente, a partir dos estudos acerca da cautelaridade no âmbito do Direito Processual Civil.⁴⁵⁵ Isto se deve, notoriamente, a dois motivos: em primeiro lugar, ao estágio mais avançado do estudo da tutela cautelar no campo processual civil. De fato, a primazia teórica do Direito Processual Civil em certas temáticas é evidente, o que aconselha o recurso constante às suas lições, com o propósito de obter subsídios teóricos e práticos para o sistema processual penal.⁴⁵⁶ Em segundo lugar, à recorrente sistematização de uma Teoria Geral do Direito Processual, em atenção à unidade deste ramo do direito, o que atende a um estudo unitário que se deve ter dos princípios, das regras e dos institutos comuns aos diversos sistemas processuais.⁴⁵⁷

⁴⁵³ *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 311. Na realidade, a incidência das medidas cautelares tem por termo inicial não o nascimento da relação jurídica processual, mas a ocorrência do fato. Isto porque estas medidas destinam-se a assegurar o correto desenvolvimento e os resultados efetivos da persecução penal, alcançando não somente o processo penal, mas também a fase anterior de investigação criminal. Há, portanto, medidas cautelares pessoais que incidem em momento anterior ao nascimento da relação jurídica processual, como a hipótese da prisão em flagrante e da prisão temporária. Neste sentido, A. M. GOMES FILHO, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁵⁴ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 311. Rogério Lauria Tucci explica que a ação cautelar: “(...) tem por escopo a consecução de providências urgentes e provisórias, tendentes a assegurar os efeitos de prestação ou outra providência jurisdicional, em perigo por eventual demora: o pronunciamento de agente do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, que se tem em vista é de caráter apenas instrumental, visando a garantir o resultado útil de processo tido como principal - de conhecimento, ou de execução” (*Teoria do direito ...*, *op. cit.*, p. 107).

⁴⁵⁵ Neste sentido, a advertência de Romeu Pires de Campos Barros: “Não se pode negar que a construção doutrinária do Processo Penal, mesmo na parte relativa a institutos de maior relevância em seu campo, é feita através da doutrina geral do Processo Civil, que sempre se adiantou na construção sistemática, notadamente quando se buscam os *caracteres*, a *função* e a *estrutura* de determinado tipo de processo.” (*Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 18). Ainda, J. G. G. RAMOS, *A tutela de ...*, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁵⁶ Em que pese o recurso aos ensinamentos do processo civil ser constante e em muito colaborar no estudo da tutela cautelar no processo penal, surgem alguns problemas em decorrência desta prática. Como adverte João Gualberto Garcez Ramos: “O primeiro decorre da suprema pobreza que na atitude de *importar* uma conceituação de outro ramo do direito, mormente quando o conceito a ser importado é comum e igualmente relevante para ambos. A *importação*, pois, mostra-se apenas desnecessária e indica certa preguiça intelectual. O segundo subproblema é o de que a doutrina do processo civil que serviu de base para essa *cópia* de conceitos manifesta-se agora, à luz de modernos questionamentos, insegura e incorreta. Importou-se, portanto, uma doutrina inadequada para a tarefa a que se destinava.” (*A tutela de ...*, *op. cit.*, p. 79).

⁴⁵⁷ Neste sentido, a advertência de Marcellus Polastri Lima: “Assim, guardadas as diferenças de objeto que podem os diferentes ramos do processo, tem-se, cada vez mais, para se explicar a natureza, espécies e

Estas considerações, no entanto, não devem ser tomadas em absoluto e sem a ressalva acerca da conotação própria assumida por princípios e por institutos, quando levados ao Direito Processual Penal a partir de outros ramos do ordenamento jurídico ou até mesmo da Teoria Geral do Processo. O conflito inerente ao sistema processual penal entre as garantias individuais e o exercício do *ius puniendi* estatal, além da incessante busca pelo equilíbrio entre estas vertentes, termina por se refletir na interpretação de princípios, de regras e de institutos, o que demanda um particular esforço exegético por parte dos intérpretes.

Desta forma, o estudo da cautelaridade no processo penal, não obstante iniciado em consonância com os preceitos advindos da Teoria Geral do Processo e do Direito Processual Civil, deve buscar a sua autonomia e seus caracteres próprios e ser sempre compreendido à luz dos princípios informadores do sistema processual penal observado por um Estado Democrático de Direito.⁴⁵⁸ E, justamente, uma das principais dificuldades da doutrina e incongruências dos diplomas normativos no tratamento da tutela cautelar no processo penal estará resolvida se bem restar compreendida a distinção entre as espécies de tutela de urgência apresentadas pelo processo civil, além de ter sempre presente a advertência de que a sua simples absorção pelo processo penal não poderá ser realizada sem as necessárias correções e ressalvas.

Isto porque, enquanto no sistema processual civil, as divergências entre a tutela cautelar e a tutela antecipada – espécies de tutela de urgência – resolvem-se, no mais das vezes, em uma mera questão terminológica, esta mesma conclusão não subsiste no processo penal, em que a admissão de tutela sumária com conteúdo satisfativo contraria um dos maiores princípios inscritos em nossa ordem constitucional.⁴⁵⁹⁻⁴⁶⁰ Desta forma,

caracteres do processo, se propugnado por uma **Teoria Geral do Processo**. Desta forma, considerando-se a unidade da ciência processual, tal disciplina vem discutir os princípios gerais do processo que são aplicáveis, em comum, a seus vários ramos.” (*Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 38).

⁴⁵⁸ Neste sentido, M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 40; J. G. G. RAMOS, *A tutela de ...*, *op. cit.*, p. 79). Antônio Scarance Fernandes ressalta este fenômeno: “Os estudos sobre a cautelaridade no processo penal têm sido feitos a partir dos ensinamentos vindos do processo civil e grandes têm sido as dificuldades para ajustar as construções teóricas daquele processo ao processo penal. Além das dúvidas existentes nos estudos da cautelaridade no processo civil e das divergências entre as orientações da doutrina processual civil, surgem problemas adicionais em face de exigências e características próprias do processo criminal. Tome-se como exemplo a dificuldade em se identificar o *periculum in mora* nas medidas cautelares reais penais, como bem salientam Penalva e Fanego” (*Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 312). Ademais, F. M. de A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e...*, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁵⁹ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. de M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 164.

com o propósito de alcançar uma exata compreensão da tutela cautelar e de suas finalidades no sistema processual, torna-se necessário o seu estudo comparativo com a denominada tutela antecipada.⁴⁶¹ É disto que trata o item a seguir.

3.2.2. CONCEITOS E DISTINÇÕES DE TUTELA CAUTELAR E DE TUTELA ANTECIPADA

O sistema processual civil reconhece como espécies de tutela sumária a tutela cautelar e a tutela antecipada, sendo comum o estudo conjunto dessas modalidades de prestação jurisdicional, às vezes, contempladas sob o único rótulo de tutela cautelar.⁴⁶² De fato, não são poucos os autores que atestam o conteúdo conservativo e o conteúdo antecipatório como aspectos distintos da mesma atuação jurisdicional: a tutela cautelar.⁴⁶³ Muito embora guardadas as devidas distinções entre os dois pronunciamentos jurisdicionais, as semelhanças em seu fundamento e em alguns de seus caracteres conduzem muitos estudiosos ao tratamento conjunto da tutela cautelar e da tutela antecipada.⁴⁶⁴ Esta opção metodológica, no entanto, não impede de se reconhecer as diferenças na atuação jurisdicional em cada espécie. Além disso, estas particularidades são de notável importância, quando da transferência desses conceitos ao processo penal.

Com efeito, a tutela cautelar e a tutela antecipada vêm atender à “(...) normal disfunção do processo”, como observa José Roberto dos Santos Bedaque, “incapaz

⁴⁶⁰ Esta colocação revela-se pertinente com relação às medidas cautelares pessoais. Nestas hipóteses, quaisquer restrições a direitos fundamentais do indivíduo que se mostrem antecipatórias da pretensão punitiva não devem subsistir, uma vez reconhecida a presunção de inocência ou proibição de consideração prévia de culpabilidade.

⁴⁶¹ Cf. J. G. G. RAMOS, *A tutela de ...*, op. cit., p. 95; G. H. R. I. BADARÓ, *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. de M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 161.

⁴⁶² Neste sentido, o entendimento esposado por José Roberto dos Santos Bedaque. Para o autor, não há que se distinguir entre as duas técnicas processuais destinadas a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional: “Mas se ambas têm a mesma função no sistema e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando inútil o resultado do processo, mas identificadas mediante denominações diversas. Além disso, toda a doutrina reconhece como características comuns a essas tutelas, como a cognição sumária, a precariedade e a referência a outra tutela, exatamente aquelas que determinam a natureza cautelar do provimento. Ora, se possuem tantos aspectos que a aproximam, melhor será tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. (...)” (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 309-310).

⁴⁶³ Ovídio de Araujo Baptista da Silva destaca a confusão entre os conceitos de tutela cautelar e tutela antecipada, ao registrar que: “O que deveria caracterizar a tutela cautelar – ao contrário do modo como a concebe a doutrina dominante – seria a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de *simples segurança*, equivalente a uma forma de tutela preventiva e *não-satisfativa* do pressuposto e provável direito material e processual a que se presta auxílio judicial.” (*Do processo cautelar*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 01).

⁴⁶⁴ Cf. C. R. DINAMARCO, *Instituições do direito processual civil*, vol. 1, 5.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 181.

de dar solução imediata aos problemas de direito material”.⁴⁶⁵ A sua concepção, portanto, encontra-se intimamente relacionada à incontornável espera a que se vê submetido o jurisdicionado para obter uma adequada prestação jurisdicional. Em suma, o seu fundamento situa-se na demora processual e, por isso, apresentam por pressuposto intrínseco a urgência em sua decretação.

Neste campo, a tutela cautelar destina-se a preservar o estado de coisas no curso do processo, afastando o eventual risco de se ver completamente desprovida de utilidade e de eficácia a sentença a ser alcançada no processo principal. O traço fundamental da tutela cautelar é a conservação, com o propósito de solucionar o denominado *pericolo de infruttosità* do pronunciamento jurisdicional futuro e sem promover quaisquer alterações no plano substancial.⁴⁶⁶

Ocorre que as medidas conservativas não atendem, de modo pleno, aos riscos advindos da demora processual.⁴⁶⁷ Em muitas ocasiões, o mero decurso do tempo necessário ao desenvolvimento do processo contribui para a geração de um risco, demandando a adoção de providências satisfativas, destinadas a antecipar, ainda que em caráter provisório e não definitivo, os resultados advindos do pronunciamento jurisdicional eventual e futuro.⁴⁶⁸ Estas providências, em que pesem satisfativas, não deixam esvair o nexo de instrumentalidade com a tutela jurisdicional final, sendo predispostas a solucionar outra espécie de risco: o denominado *pericolo de tardività*.⁴⁶⁹

Como se pode notar, a tutela cautelar e a tutela antecipada são providências jurisdicionais que se assemelham pela sumariedade, pela provisoriedade e

⁴⁶⁵ *Tutela de cautelar* ..., *op. cit.*, p. 124.

⁴⁶⁶ Neste sentido, a observação de José Roberto dos Santos Bedaque: “Enquanto as demais espécies de tutela tendem à satisfação do direito, a cautelar tem função meramente assecurativa ou conservativa. Tem cabimento naquelas situações em que há necessidade da adoção de medidas urgentes, para evitar que a tutela jurisdicional definitiva perca sua utilidade. (...) Seu escopo não é satisfativo, mas assecuratório. Destina-se a garantir o resultado definitivo da atividade judicial. Cria, provisoriamente, condições favoráveis para a efetividade do pronunciamento satisfativo. (*Tutela de cautelar e* ..., *op. cit.*, p. 141). Sobre as diferentes espécies de *periculum in mora*, v. pressupostos das medidas cautelares no Capítulo 3.

⁴⁶⁷ Cf. H. THEODORO JÚNIOR, *Tutela jurisdicional de urgência*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001, p. 06.

⁴⁶⁸ Neste ponto, é importante destacar que as medidas antecipatórias não consistem em antecipação da sentença em si, isto é, da declaração do direito, da constituição da situação jurídica ou da condenação, mas tão-somente dos efeitos advindos da futura sentença. Neste sentido, Teori Albino Zavascki ressalta que a tutela antecipada atende ao perigo de dano ao direito material em função da demora no pronunciamento jurisdicional definitivo, o que pode se revelar um obstáculo à eficácia social da sentença, ou seja, à produção de efeitos no plano material/concreto. (*Antecipação da tutela*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 49-51).

⁴⁶⁹ Sobre as diferentes espécies de *periculum in mora*, v. pressupostos das medidas cautelares.

pela urgência em sua decretação.⁴⁷⁰ Estas proximidades, no entanto, não podem conduzir à conclusão precipitada de que se possa recorrer a uma ou a outra de modo indiferente. Se, por um lado, há semelhanças, por outro lado, há notórias diferenças, que não permitem concluir pelo caráter cautelar de ambas as formas de prestação jurisdicional.⁴⁷¹ Neste sentido, o entendimento da doutrina nacional inclina-se, de forma majoritária, a reconhecer a tutela antecipada e a tutela cautelar como hipóteses distintas e bem extremadas de tutela jurisdicional, muito embora possam ser situadas sob o mesmo rótulo de urgência.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Cf. L. G. MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 77; C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 5.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 181.

⁴⁷¹ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. de M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 162.

⁴⁷² Este o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco: “Para remediar tais situações aflitivas, a técnica processual excogitou certas medidas de urgência, caracterizadoras da *tutela jurisdicional antecipada* e da chamada *tutela cautelar*. Trata-se de técnicas teoricamente diferentes, endereçadas a situações diferentes, mas todas têm em comum objetivo de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo sobre os direitos.” No entanto, este autor observa que, muito embora a tutela antecipada e a tutela cautelar apresentem diferenças conceituais relevantes, ambas possuem “um fortíssimo *elemento comum de agregação*”, que permite agregá-las em uma única categoria: medidas de urgência. Assim, prossegue: “no estágio atual do pensamento processualístico, que se endereça a *resultados* sem se deter em desnecessários pormenores conceituais e puramente acadêmicos, o que importa é pensar nas medidas cautelares e nas medidas antecipatórias de tutela jurisdicional como modos de combate a esse inimigo dos direitos, que é o tempo.” (*Instituições de direito processual civil*, vol. I, 5.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 180). Ademais, destaca Luiz Guilherme Marinoni, após ressaltar que a provisoriedade e a cognição sumária não são características exclusivas da tutela cautelar: “É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do “processo principal” para que possa adquirir o perfil de cautelar. A sentença cautelar, realmente, não pode antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal. Deveras, como descreveu Donald Armelin, uma das formas de distorção do uso da tutela cautelar, “verifica-se sempre que se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter. (...) A prestação jurisdicional satisfativa (não definitiva) sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar.” (*Tutela cautelar e ...*, op. cit., p. 77-79). Este também o pensamento de Humberto Theodoro Júnior: “De fato, não se pode aceitar a orientação dos que preconizam a inserção numa só figura e num só regime de tutela urgente, tanto das medidas cautelares como da antecipatórias. Dar-se-ia a pretensa unificação porque todas elas se fundam no perigo de dano e no *fumus boni iuris*. Se, porém, o regime legal é diverso, tanto no procedimento como nos requisitos de obtenção das providências emergenciais de um e outro grupo de medidas, não me parece razoável negar-se a diferenciação técnica e prática entre as duas espécies de tutela de urgência. Não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da mediada antecipatória: a primeira não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto a última já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada a seu favor. É assim que a cautela não é satisfativa e antecipação o é.” (*Tutela jurisdicional de urgência*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001, p. 10). Nesta esteira, mencionam-se os ensinamentos de Ovídio Araujo Baptista da Silva, o qual, após retomar o ensaio de Giovanni Cristofolini (1939) sobre “a confusão entre as medidas processuais de cunho preventivo, que não são verdadeiramente cautelares, e as que – tendo embora função cautelar – vão além e *satisfazem por antecipação* o direito da parte; e, finalmente, as autênticas medidas cautelares que *protegem sem satisfazer*”, adverte que: “a insistência com que temos tratado da distinção entre as ‘medidas antecipatórias’ que poderão, eventualmente, ser também assegurativas, mas que, antes de tudo, são formas de tutela satisfativa e, por isso mesmo, ultrapassam o campo da cautelaridade, justifica-se a cada dia, tendo em vista a tendência geral da jurisprudência para o contínuo alargamento do campo da tutela jurisdicional de urgência. A expansão exagerada das medidas liminares, com a previsível reação contrária posterior, caracterizada pelo que se

O caráter satisfativo é, sem dúvida, um critério essencial para apartar estas formas de prestação jurisdicional e assume importância ainda maior, quando do estudo da tutela cautelar no processo penal.⁴⁷³ As espécies de urgência a que atendem também colaboram em sua diferenciação, sendo também relevantes no exame das medidas cautelares no processo penal.⁴⁷⁴

Em relação ao caráter satisfativo, é certo que as medidas antecipatórias encontram-se destinadas a satisfazer a situação da vida carecedora de tutela, ainda que de modo provisório, e não somente assegurar a sua satisfação. Deste modo, as tutelas antecipatórias promovem, desde já, os efeitos a serem operados por tutela jurisdicional principal e futura, não ostentando, por isso, caráter cautelar.⁴⁷⁵ Por outro lado, as providências cautelares, consoante entendimento dominante, são medidas estritamente processuais, não estendendo a sua atuação ao plano substancial. Trata-se de medidas orientadas a assegurar o aproveitamento e a eficácia das tutelas executivas e cognitivas, estas sim, de caráter satisfativo, não contemplando uma proteção imediata ao direito material.⁴⁷⁶

passou a denominar, na Itália, de “fenômeno suspensivo”, é uma consequência inevitável da confusão conceitual entre as variadas formas de execução provisória (satisfativa) e tutela cautelar.” (*Do processo cautelar ...*, *op. cit.*, p. 11).

⁴⁷³ Em face do reconhecimento da presunção de inocência, não se pode admitir medidas processuais penais de caráter satisfativo, ainda que provisórias. Quaisquer providências que objetivem antecipar efeitos de eventual sentença penal condenatória não se coadunam com o preceito constitucional mencionado e invertem todas as garantias correlatas ao devido processo legal, já que impõem ao indivíduo restrições aos seus direitos sem a correta observância do processo.

⁴⁷⁴ Cf. J. G. G. RAMOS, *A tutela de ...*, *op. cit.*, p. 95-96.

⁴⁷⁵ Neste sentido, Teori Albino Zavascki sustenta que: “apesar de suas características comuns e da sua identidade quanto à função constitucional que exercem, as medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha relevo em face da autonomia de regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador.” (*Antecipação da tutela*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 47).

⁴⁷⁶ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela Cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 208-211. José Roberto dos Santos Bedaque destaca a importância do caráter satisfativo como critério diferenciador da tutela antecipada e da tutela cautelar para a doutrina processualista civil: “nessa linha de raciocínio, a tutela antecipada seria uma forma de tutela diferenciada, pois tende à satisfação do direito substancial por antecipação, ainda que de forma provisória e condicionada a confirmação futura. (...) Para quem adota essa posição, residiria no caráter satisfativo da medida, portanto, a diferença fundamental com a tutela cautelar, de natureza meramente instrumental. Esta última não se destinaria à proteção imediata do direito da parte, mas apenas a criar condições favoráveis para que outra providência jurisdicional, cognitiva ou executiva, possa produzir efeitos úteis e eficazes. A eficácia no plano material seria característica exclusiva das tutelas satisfativas, não da cautelar. (...) Estariam fora do rol das cautelares, portanto, as providências antecipatórias, concedidas mediante cognição sumária. Entendê-las como cautelares implicaria ampliar demasiadamente os limites da tutela assecuratória, transformando-as em remédios destinados à sumarização processual, o que não se coadunaria com a sua própria função.” Ocorre, no entanto, que este entendimento não é esposado pelo mencionado autor, que não vê quaisquer empecilhos na inclusão da medida antecipatória dos efeitos da sentença no conceito de cautelar. Entende adequada às circunstâncias históricas e científicas atuais o reconhecimento da denominada “cautelar satisfativa”, isto é, da “medida destinada, mediante a antecipação

Nesta esteira, destaca-se que a referibilidade também é lembrada por alguns autores como critério essencial na diferenciação entre tutela cautelar e tutela antecipada.⁴⁷⁷ Isto porque, enquanto a tutela cautelar tem presente a referência a um direito acautelado, as tutelas satisfativas – ainda que em caráter provisório – afastam esta ideia de referibilidade a um direito acautelado, isto é, ao direito que se quer resguardar cautelarmente.⁴⁷⁸ Desta forma, a ausência de referibilidade está a indicar a satisfatividade e, por isso, a tutela antecipatória.⁴⁷⁹

Desta forma, assentadas as diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, pode-se compreender com maior exatidão a insistência da doutrina em não admitir, no curso do processo, qualquer providência de conteúdo antecipatório em matéria penal, sob pena de violação à presunção de inocência ou proibição de consideração prévia de culpabilidade inscrita em nossa ordem constitucional.⁴⁸⁰ As medidas cautelares, no processo penal, devem limitar-se apenas e tão somente a conservar o estado de coisas, sem alcançar qualquer efeito reservado exclusivamente à sentença de mérito. Estes cuidados, não obstante, não impedem que, às vezes, as medidas cautelares terminem por tutelar o

provisória de efeitos, a afastar o perigo de dano e a assegurar a utilidade da tutela final.” (*Tutela Cautelar e...*, *op. cit.*, p. 208-211).

⁴⁷⁷ Cf. L. G. MARINONI, *Tutela cautelar e...*, *op. cit.*, p. 83; J. G. G. RAMOS, *A tutela de...*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁷⁸ Neste sentido, o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni: “a falta de referibilidade, como se vê, é evidência de satisfatividade. Se inexistir direito referível em uma pretensão que requer tutela urgente de cognição não exauriente, é porque a tutela é sumária antecipatória. Na tutela sumária antecipatória, com efeito, inexistir referibilidade a um direito acautelado” (*Tutela cautelar e...*, *op. cit.*, p. 81). Não obstante, José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que a característica da referibilidade encontra-se presente – de igual modo – nas tutelas antecipadas, não sendo critério suficiente para extremá-las das tutelas cautelares meramente conservativas: “(...) não parece correto afirmar que o caráter satisfativo da medida, mesmo provisório, afasta a referibilidade ao direito acautelado. Ainda que a providência, de forma total ou parcial, antecipe os efeitos do provimento final, tal satisfatividade provisória por ela gerada não faz perder de vista a necessidade da tutela definitiva.”. Mais adiante, prossegue o autor: “Ao contrário do que se poderia pensar, portanto, a satisfatividade não exclui, necessariamente, a referibilidade. A tutela cautelar tem sempre como referência a tutela principal, cuja efetividade visa a assegurar. Essa segurança pode ser conferida mediante medidas conservativas ou antecipatórias de efeitos. Indispensável, portanto, mesmo tratando-se de cautelar antecipatória e satisfativa, a tutela principal que implica o reconhecimento do direito.” (*Tutela Cautelar e...*, *op. cit.*, p. 217-219).

⁴⁷⁹ Em que pese reconhecer a importância da referibilidade para indicar a cautelaridade, João Gualberto Garcez Ramos entende que a ausência de referibilidade nem sempre conduz ao caso de tutela antecipatória. O autor vislumbra, na verdade, um terceiro gênero, entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, que identifica com a atuação própria de polícia. (*A tutela de...*, *op. cit.*, p. 94). Ademais, v. item sobre características da tutela cautelar.

⁴⁸⁰ Neste sentido, destacam Rogério Lauria Tucci, Roberto Delmanto Júnior e outros: “Se as medidas cautelares fossem antecipações de uma eventual condenação, todas elas – aí incluídas as prisões não decorrentes de sentença condenatória transitada em julgado, bem como o sequestro de bens para garantir a reparação do ilícito, um dos efeitos da condenação (*Código Penal*, art. 91, I) – seriam *contra constitucionem*: o provimento teria fundamentação incompatível com a Constituição da República” (*Sistematização das medidas cautelares processuais penais*, in *Revista do Advogado*, ano XXIV, n. 78, set. 2004, p. 114). Ainda, conforme O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y...*, *op. cit.*, p. 188-189.

próprio direito material, o que justifica a distinção entre cautela final e cautela instrumental, a ser brevemente destacada no item a seguir.⁴⁸¹

3.2.3. CAUTELA INSTRUMENTAL E CAUTELA FINAL

As medidas cautelares podem vir a atender uma necessidade instrumental, sendo, por isso, denominadas de cautela instrumental ou de cautela processual instrumental.⁴⁸² Nestas hipóteses, as providências cautelares destinam-se a assegurar apenas e tão-somente o processo em si, garantindo o correto e o regular desenvolvimento da instrução criminal. Estes são os casos, por exemplo, de decretação da prisão cautelar para a conveniência da instrução processual, em que a providência acautelatória orienta-se por dois objetivos, como ressalta Leslie Shérída Ferraz: a) impedir a atuação deletéria do acusado ou do indiciado sobre as provas da acusação; b) evitar a influência do acusado ou do indiciado sobre peritos, testemunhas ou terceiros, bem como eventuais ameaças dirigidas à vítima.⁴⁸³⁻⁴⁸⁴

Ademais, as medidas cautelares podem vir a atender uma necessidade final, isto é, como o propósito de assegurar a eficácia de eventual provimento condenatório, sendo denominadas de cautela final.⁴⁸⁵ Ora, nestes casos, as providências acautelatórias orientam-se à garantia da aplicação da lei penal e buscam resguardar o aproveitamento e a utilidade de sentença condenatória que possa vir a ser proclamada. Para tanto, a mencionada cautela final tem por fim impedir a evasão do acusado ou do

⁴⁸¹ Cf. R. L. TUCCI, R. D. JÚNIOR *et all*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁸² Cf. L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 20; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de...*, *op. cit.*, p. 86; R. L. TUCCI, R. DELMANTO JÚNIOR *et all.*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁸³ *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁸⁴ Esta finalidade instrumental das medidas cautelares processuais penais foi destacada por Rogério Lauria Tucci, Roberto Delmanto Júnior e outros, sendo identificada como “garantia da efetividade da instrução (*pré-processual ou processual*), permitindo que esta se desenvolva sem interferências indevidas e sobre elementos de prova preservados. Assim, a prisão preventiva do acusado que está a ameaçar as testemunhas ou tentando de qualquer forma ocultar ou suprimir provas. E, dotadas da mesma finalidade, a produção de determinada prova, quando houver receio de que desapareçam, em todo ou em parte, os vestígios materiais do fato criminoso.” (*Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 116).

⁴⁸⁵ Cf. L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 24; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de...*, *op. cit.*, p. 86; R. L. TUCCI, R. DELMANTO JÚNIOR *et all.*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 114.

indiciado, bem como a “subtração do acusado do próprio procedimento persecutório penal”.⁴⁸⁶

Ocorre que a atuação prática das medidas cautelares, notadamente no campo processual penal, revela que as concepções teóricas terminam por ceder, muitas vezes, em face de exigências práticas. Assim, as providências cautelares processuais penais, em especial as de caráter pessoal, não raras vezes servem a propósitos distintos de seu aspecto cautelar, antecipando os efeitos próprios de eventual sentença condenatória. De fato, conforme destaca Roberto Delmanto Júnior, “é justamente na verificação dessa *necessidade instrumental ou final* que se constata que algumas das prisões provisórias previstas em nosso ordenamento *não têm conotação cautelar*”.⁴⁸⁷

Neste momento, é de se recordar que o ordenamento jurídico brasileiro contemplava como espécies de prisão provisória⁴⁸⁸ a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva, a prisão decorrente de ato decisório de pronúncia, a prisão resultante de sentença condenatória recorrível e a prisão temporária. Com as alterações promovidas pela Lei n.º 11.689/2008 e pela Lei n.º 11.719/2008 subsistem, em nosso sistema processual, tão-somente a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária.

⁴⁸⁶ Cf. L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 24. Nestas hipóteses, as medidas cautelares destinam-se à “garantia da efetividade da execução e dos efeitos da sentença de mérito, inclusive os civis. Assim, a prisão do acusado que intenta fuga, como garantia de aplicação da lei penal, e as medidas patrimoniais, como v.g., o sequestro, destinadas à garantia da reparação do dano, efeito civil da sentença penal” (Cf. R. L. TUCCI, R. DELMANTO JÚNIOR et al., *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, op. cit., p. 116).

⁴⁸⁷ *As modalidades de ...*, op. cit., p. 86-87.

⁴⁸⁸ A análise das modalidades de prisão cautelar reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro será realizada em momento oportuno. Por ora, quer-se apenas justificar a terminologia empregada. A opção pela referência à prisão cautelar decorre, obviamente, do entendimento desta modalidade de restrição à liberdade de locomoção como medida cautelar. Em face da presunção de inocência consagrada em nossa ordem constitucional, qualquer restrição ao direito de liberdade de ir e vir, determinada de modo prévio ao pronunciamento jurisdicional condenatório, somente deverá ser aceita, se ostentar nítido caráter cautelar, vedada a antecipação dos efeitos da sentença. Não obstante, como destaca Maurício Zanoide de Moraes, a prisão cautelar, como toda providência desta natureza, não assume caráter definitivo, sendo uma de suas características fundamentais a provisoriedade em sua duração. Por este motivo, a prisão cautelar acaba denominada por muitos autores como prisão provisória, em uma evidente alusão à característica apontada. (*Prisão cautelar*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. III, 2.ª ed., p. 198). Ademais, a prisão cautelar – como providência instrumental que é – serve aos objetivos do processo principal ao qual se encontra vinculada, sendo utilizada, de modo excepcional, para assegurar finalidades exclusivamente processuais. Desta forma, outros autores referem-se às modalidades de prisão provisória como prisão processual. Em suma, doutrina e jurisprudência têm se utilizado das expressões prisão cautelar, prisão provisória e prisão processual de modo indistinto. Neste sentido, Rogério Lauria Tucci: “Prisão provisória é a efetuada no transcorrer da persecução penal, precedentemente ao proferimento de sentença definitiva, ou até que ela se torne irreversível”. (*Direitos e garantias ...*, op. cit., p. 309). Por sua vez, Vicente Greco Filho ressalta que: “A prisão processual tem natureza cautelar, ou seja, visa a proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar.” (*Manual de processo penal*, 6.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 263). Sobre a questão terminológica, v. Capítulo 5.

E, de fato, apenas três destas espécies, quais sejam, a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária, revelavam-se medidas nitidamente cautelares.⁴⁸⁹ Já as outras duas espécies de prisão provisória, a saber: a prisão decorrente da decisão de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, assumiam uma natureza marcadamente processual.⁴⁹⁰ Isto porque, enquanto as prisões nitidamente cautelares serviam, exclusivamente, a finalidades processuais, nos termos já destacados acima, as demais espécies de prisão provisória ostentavam como seu singelo pressuposto a prolação de determinada decisão judicial, revelando um caráter predominantemente processual.⁴⁹¹

Ora, somente as espécies de prisão provisória tipicamente cautelar encontram-se em harmonia com a presunção de inocência ou a proibição de consideração prévia da culpabilidade, uma vez que não conduzem a uma apriorística declaração de culpa do indiciado ou do acusado. Por outro lado, na esteira dos ensinamentos de Rogério Lauria Tucci, não subsiste semelhante consideração quanto às espécies de prisão de natureza estritamente processual, revelando-se estas como antecipada admissão de culpabilidade do indivíduo, de todo inadmissível em face do postulado constitucional.⁴⁹²⁻⁴⁹³

Como se pode notar, a distinção entre as modalidades de prisão cautelar e as espécies de prisão estritamente processual revela, na verdade, a incessante preocupação da doutrina com a compatibilização da prisão cautelar com a presunção de inocência inscrita em nossa ordem constitucional e em inúmeros documentos internacionais.⁴⁹⁴

⁴⁸⁹ Sobre as considerações em torno da cautelaridade da prisão em flagrante delito, v. Capítulo 5.

⁴⁹⁰ *Op. cit.*, p. 382.

⁴⁹¹ Como destaca Rogério Lauria Tucci: “As outras duas – decorrente de *decisão de pronúncia* e resultante de *sentença condenatória recorrível* –, tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, assumem natureza marcadamente processual: enquanto as *tipicamente cautelares* firmando-se em *atos extra e meta processuais*, elas ocorrem no âmbito do processo em curso, sendo necessariamente *vinculadas a ato processual*, de que derivam”. Desta forma, o autor aponta para a distinção entre os pressupostos da prisão em flagrante ou de ordem judicial e aqueles das prisões decorrentes de um pronunciamento interlocutório ou condenatório recorrível: “Aqueles dizem com a prática da infração penal em ato, ou com a conjugação das disposições atinentes à *prisão cautelar*. E estes, por sua vez, com a convicção do órgão jurisdicional pronunciante sobre a viabilidade da acusação, encaminhando o processo a julgamento pelo Tribunal do Júri; ou com a certeza sobre a materialidade do fato criminoso e da indigitada autoria.” (*Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 383).

⁴⁹² *Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 385.

⁴⁹³ Odone Sanguiné entende que a distinção estabelecida por Rogério Lauria Tucci adquire importância para efeito de saber quais as modalidades de prisão provisória não contradizem a presunção de inocência. (*Prisão Provisória e ...*, in *Fascículos de Ciências Penais*, *op. cit.*, p. 107-108).

⁴⁹⁴ Como observa Odone Sanguiné: “Ha sido una constante en la doctrina la afirmación de que la prisión preventiva no es una pena, sino una medida cautelar, que atiende a finalidades procesales. Este argumento, que intenta establecer una diferencia entre ambas, fue utilizado precisamente para justificar la prisión

E, de fato, o recorrente argumento de que a prisão provisória consiste em uma medida cautelar e atende a finalidades processuais acaba por se revelar a única diferença entre a prisão provisória e a pena privativa de liberdade. Isto porque, como será demonstrado, a prisão cautelar impõe ao indivíduo restrições semelhantes às de uma verdadeira pena, de sorte que, como destaca Odone Sanguiné, os artifícios lógico-jurídicos voltados a extremar prisão cautelar e pena resultam ineficientes à luz de seu aspecto estrutural, sem qualquer êxito no intuito de “(...) apagar a equivalência prática entre a prisão provisória e a mera antecipação da pena, sendo talvez este um dos enigmas mais desconcertantes do processo penal e da justiça humana em geral”.⁴⁹⁵

3.3. AUTONOMIA DO PROCESSO CAUTELAR

A análise do fundamento e da legitimidade da prisão cautelar suscita, de modo preliminar, o questionamento acerca da existência de um processo penal cautelar autônomo. Com efeito, a autonomia do processo penal cautelar, como correspondente a uma prestação jurisdicional específica, é objeto de intensa discussão na doutrina.^{496 - 497} Sob

provisional, pues difícilmente se aceptaría que la pena fuese aplicada contra el inocente. Así, se argumenta que la prisión preventiva de los inculpados es un mal, pero no es una pena, puesto no hay condena y no se realiza retribución alguna. Ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en juicio.” (*Prisión provisional y...*, *op. cit.*, p. 188).

⁴⁹⁵Em original: “(...) borrar la equivalencia práctica entre la prisión provisional y la mera anticipación de la pena, siendo esto quizá uno de los enigmas más desconcertantes del proceso penal y de la justicia humana en general” (*Prisión provisional y...*, *op. cit.* p. 189, tradução livre). Neste sentido, a observação de Giulio Illuminati: “È vero che in concreto, ad onta di ogni acrobazia logica, la carcerazione preventiva non si può distinguere, sul piano strutturale, dalla pena propriamente detta. Non mancano, certo, alcuni elementi di differenziazione nelle modalità di custodia dell’imputato rispetto al condannato (anche se, in larga misura, rimasti quasi ovunque sulla carta, per mancanza di mezzi adeguati); ma l’aspetto determinante resta, in ogni caso, il trattarsi di una totale privazione della libertà personale, che è poi la massima sanzione consentita dal nostro ordinamento” (*La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 38).

⁴⁹⁶ Neste sentido o destaque de W. M. BATISTA, *Liberdade Provisória*, *op. cit.*, p. 03, nt. 1; R. P. de C. BARROS, *Processo Penal Cautelar* Rio de Janeiro, Forense, 1982, p.13; R. L. TUCCI, *Medidas cautelares constitutivas patrimoniais*, in *Revista de Processo*, n. 67, jul./set. 1992, p. 41-42; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 77-78; R. L. TUCCI, *Teoria do direito ...*, *op. cit.*, p. 106-108; G. H. R. I. BADARÓ, *Op. cit.*, p. 411-416; A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 311-312; M. I. L. B. KATO, *A (dê)razão da prisão provisória*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 50-51; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 93-94; M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias do código de processo penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da USP, 2007, p. 35-37; A. A. de SOUZA, *O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 856, p. 473; F. M. de A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 86; V. SZNICK, *Liberdade, prisão cautelar e temporária*, São Paulo, LEUD, 1994, p. 288. Muito embora se verifique intensa discussão em torno da autonomia do processo cautelar, seja em âmbito processual civil, seja em âmbito processual penal, a controvérsia em questão não deve obscurecer a importância no estudo de sua natureza jurídica e de suas finalidades. Como adverte José Roberto dos Santos Bedaque: “O estudo da tutela cautelar deve ser feito a partir da idéia de tutela jurisdicional, sendo absolutamente irrelevante o aspecto de essa modalidade de medida ser concedida mediante o exercício do direito de ação, em processo autônomo, ou como decisão incidental no procedimento em curso. Ação cautelar, processo cautelar, medida cautelar incidente, são apenas mecanismos para obtenção da tutela cautelar. Importa, pois, descobrir a natureza dessa modalidade de

a óptica do direito processual civil, os debates acerca da autonomia do processo cautelar evoluíram notoriamente, o que, sem dúvida, auxilia no exame desta questão no campo processual penal.⁴⁹⁸

Como ensina Enrico Tullio Liebman, “à cognição e à execução, com que a jurisdição realiza todo o ciclo de suas principais atividades, acrescenta-se uma terceira atividade, que tem um objetivo auxiliar e subsidiário, e que é a atividade *cautelar*”.⁴⁹⁹ Desta forma, a autonomia reconhecida ao processo cautelar e destacada na sistematização de inúmeros ordenamentos processuais civis, incluindo-se o brasileiro, decorre, certamente, da individualização da tutela cautelar como uma das espécies da função jurisdicional do Estado, segundo esclarece Galeno Lacerda.⁵⁰⁰⁻⁵⁰¹

prestação jurisdicional, que não se confunde com as demais formas de tutela: cognitiva e executiva ou satisfativa.” (*Tutela Cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 126).

⁴⁹⁷ Neste ponto, importante destacar a ressalva de Romeu Pires de Campos Barros: “A teoria do processo penal cautelar apresenta maior dificuldade de que nos outros ramos do direito. Justamente porque grande parte das cautelas envolve bens jurídicos de suma relevância, vistos que estas operam no campo da liberdade individual, surgindo um verdadeiro conflito de interesses entre a pretensão do estado em impor uma dessas medidas para assegurar o êxito do processo principal ou a sua profícua realização, e a do indivíduo que se esforça para não sofrer restrições em seu direito de *ir, vir, permanecer e estar*, mas, consistindo o processo num *risco* por não se saber previamente, qual seja o seu resultado final, a *lide penal* consiste precisamente, no conflito de interesses entre as partes no sentido de se saber que deverá assumir esse risco, o que será dirimido pela sentença do juiz. Embora se possa denominar esse conflito de interesse marginal ou secundário, a verdade é que o conteúdo do processo cautelar resulta *indivíduo* examinada a questão por esse aspecto.” (*Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 15-16).

⁴⁹⁸ Cf. G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, CEDAM, 1982, p. 29. Sobre as discussões em torno da autonomia da tutela cautelar no processo civil: P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 163 – 167; O. A. B. da SILVA, *As ações cautelares e o novo processo civil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 22-28; G. LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 37-50; H. THEODORO JÚNIOR, *Processo cautelar*, São Paulo, LEUD, 2000, p. 55-57; R. L. TUCCI, *Medidas cautelares constritivas ...*, in *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 41-42; R. L. TUCCI, *Sequestro prévio e sequestro no CPC distinção*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, jan.-mar.1994, p. 140-142.

⁴⁹⁹ *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 1980, trad. port. de C. R. Dinamarco, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 3.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 277. Ainda, H. THEODORO JÚNIOR, *Processo cautelar*, São Paulo, LEUD, 2000, p. 55.

⁵⁰⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, 8.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 03. Neste ponto, quer-se chamar a atenção para o entendimento do autor, segundo o qual “O Código, ao se referir às cautelas provocadas pelo interessado, usou com muito critério e rigor científico a palavra ‘procedimento’, e não ‘ação cautelar’. Uma das confusões mais graves, senão a principal, nesta difícil matéria, consiste precisamente em se considerarem ‘ações’ todos os pedidos cautelares. O Código a evita com a terminologia exata: ‘procedimento’, ao invés de ‘ação’.”. Mais adiante, o autor prossegue: “Vimos que o art. 796, ao falar genericamente em ‘procedimento’, com inteiro acerto não se comprometeu com a corrente simplista que atribui natureza jurisdicional a toda e qualquer pretensão cautelar e que, por isto, não sabe explicar o porquê da diversidade de eficácia das respectivas medidas”. Desta forma, conclui-se que o autor não entende tratar-se de ação cautelar em hipóteses de “medidas voluntárias”, que “não reclamam do juiz ato jurisdicional, porque se apresentam desacompanhadas de *questão*. É o que acontece, por exemplo, na produção antecipada da prova, na justificação, nos protestos, notificações e interpelações, na homologação do penhor legal, na posse em nome de nascituro etc. Não se pode falar, aqui, em ação cautelar, nem, muito menos, em sentença jurisdicional. Haverá um mero pedido, apresentado sem lide ou fora da lide, do qual se originará um processo judicial administrativo, que findará em mera homologação, inconfundível com a sentença que julga a lide ou

Não obstante, alerta o mencionado autor, à destacada autonomia da tutela cautelar não corresponde uma “independência teleológica, como se no processo cautelar houvesse uma finalidade *stante a se*”.⁵⁰² A tutela cautelar apresenta-se ao universo jurídico com o objetivo de “(...) garantir o curso eficaz e o resultado útil das outras duas, concorrendo, assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos gerais da jurisdição”.⁵⁰³ No entanto, a relação de complementaridade a um processo principal não

questão”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Tomo I, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 37-38; 42-43). Em sentido contrário, Rogério Lauria Tucci, entende que “(...) assume a *cautelar*, com suas peculiaridades, a conotação de modalidade de tutela jurisdicional *autônoma*, a que correspondem, necessariamente, o *processo cautelar* e a *ação cautelar*”. (*Medidas cautelares construtivas ...*, in *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 42). Nesta linha, o pensamento de Humberto Theodoro Júnior: “De tal maneira, a posição verdadeira das medidas cautelares é a de um *tertium genus*, entre a cognição e a execução, participando da natureza de ambas as funções, mas gozando de autonomia, graças aos fins ou objetivos peculiares da cautela”. Mais adiante, prossegue o autor: “Dessa maneira é inegável que a jurisdição, por sua natureza e objetivos, compreende três funções distintas, provocáveis por ações diversas e que dão lugar, também, a três modalidades diferentes de processo: a *função de declaração do direito pertinente ao caso concreto mediante a aplicação a ele da norma geral*; a *função de realização forçada do interesse protegido pela norma*, e a *função de conservação do estado de fato e de direito existente, enquanto se espera a declaração e a realização*”. (*Processo cautelar*, São Paulo, LEUD, 2000, pp. 55-56). Ainda, P. FERREIRA, *Medidas cautelares*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 3.

⁵⁰¹ Neste ponto, ressalta-se que as incertezas em torno da autonomia do processo cautelar atribuem-se, em grande parte, à doutrina alemã do século XIX, a qual, por muitos anos, considerou as medidas cautelares como um mero “appendice dell’esecuzione forzata” (Cf. G. ARIETTA, *I provvedimenti d’urgenza*, Padova, CEDAM, 1982, p. 29; H. THEODORO JÚNIOR, *Processo cautelar*, São Paulo, LEUD, 2000, p. 55). Com efeito, como destaca Piero Calamandrei, a doutrina da época esforçava-se por conferir aos procedimentos cautelares uma classificação à luz do sistema processual civil vigente, que reconhecia na atividade jurisdicional do Estado duas categorias: a cognição e a execução. No entanto, ao constatar evidentes características do processo de conhecimento em alguns procedimentos cautelares, a solução encontrada pelos estudiosos foi a de “(...) semplicemente ad anettere una parte della materia cautelare al processo di cognizione;”. Desta forma, ao invés de proclamar a autonomia do processo cautelar, via-se que “(...) sicchè ogni tentativo di classificazione dei provvedimenti cautelari condotto su queste basi, si è risolto in sostanza, finché la loro sistemazione é stata cercata sullo stesso piano logico in cui la cognizione si contrappone alla esecuzione, in una loro spartizione e riassorbimento entro i due vasti territori confinanti.” Em face do exposto, a solução para o mencionado autor consiste em compreender que o exercício da jurisdição pode se revelar sobre três aspectos: conhecimento, conservação e execução. Prossegue: “In questa tripartizione, che esattamente mette in luce la esistenza di una funzione cautelare (“conservazione”) come forma autonoma di tutela, non è detto però che il criterio in base al quale i provvedimenti cautelari si differenziano da tutti gli altri provvedimenti sia *omogeneo* con quello per il quale i provvedimenti di cognizione si differenziano da quelli di esecuzione; mentre al contrario i provvedimenti cautelari possono avere, secondo i casi, effetti dichiarativi o esecutivi (e rientrare per questo in uno degli altri due gruppi della tripartizione), o viceversa certi provvedimenti di cognizione o di esecuzione possono, quando si considerino sotto l’angolo visuale del loro scopo, esser compresi nel gruppo dei provvedimenti cautelari” (*Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 166 - 167). Não obstante, ressalta-se que a reconhecida autonomia à função cautelar e aos procedimentos cautelares proclamada pelo autor não resta acompanhada pela afirmação de um processo cautelar autônomo, dotado de características e de estrutura próprias. (*Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 164-165).

⁵⁰² *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Tomo I, 8.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 03. Em que pese autônoma, a prestação jurisdicional na atuação cautelar volta-se a assegurar o resultado útil das demais espécies de função jurisdicional: “Enquanto no processo de conhecimento se pede a declaração do direito, acrescida de eventual condenação ou constituição (positiva ou negativa), e no de execução se cuida da realização coativa do direito reconhecido, na função cautelar a prestação jurisdicional se caracteriza pela outorga de segurança com vistas a garantir o resultado útil das demais funções” (Cf. G. LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Tomo I, 8.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 03).

⁵⁰³ *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 1980, trad. port. de C. R. Dinamarco, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 3.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 277.

afasta a autonomia técnica do processo cautelar, estabelecendo-se entre ambos uma relação de “dependência mútua”.⁵⁰⁴⁻⁵⁰⁵

A natureza instrumental da tutela cautelar, que se revela como meio para a realização e a eficácia do provimento jurisdicional final do processo de conhecimento ou de execução, conduz parcela da doutrina a afirmar a autonomia do processo penal cautelar, porém sempre o vinculando a outro processo, seja de conhecimento ou de execução.⁵⁰⁶ Assim, embora admita o processo penal cautelar como um terceiro gênero, autônomo e

⁵⁰⁴ Cf. H. THEODORO JÚNIOR, *Processo cautelar*, São Paulo, LEUD, 2000, p. 68-69. Para Enrico Tullio Liebman: “A ação cautelar é sempre ligada por uma relação de complementaridade a uma ação principal já proposta ou cuja iminente propositura já se anuncie. Essa relação reside no fato de a cautela pedida ter o escopo de garantir o resultado útil da ação principal. Não obstante, a ação cautelar é autônoma e pode ser acolhida ou rejeitada, conforme seja em si mesma procedente ou improcedente. Observe-se que as condições a que se acolhimento é subordinado são diferentes para cada medida cautelar; (...)” (*Manuale di Diritto Processuale Civile*, 1980, trad. port. de C. R. Dinamarco, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 278). Neste sentido, R. L. TUCCI, *Medidas cautelares constritivas ...*, in *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁰⁵ Neste ponto, importante a advertência de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró quanto ao processo cautelar em âmbito civil: “(...) É sabido que, embora se proclame a autonomia doutrinária do processo cautelar, na prática, verifica-se que o mesmo se resume à concessão ou denegação de uma liminar. Concedida ou negada a liminar é comum o atrelamento do processo cautelar ao processo principal, resumindo-se a sua autonomia aos autos apartados. A instrução do processo principal e do cautelar realiza-se conjuntamente, e o juiz, ao sentenciar o primeiro, também decide o segundo, em poucas linhas, preocupando-se apenas em lhe dar um destino coerente com o provimento daquele. Por tudo isso, se o processo cautelar se resume a uma liminar, é desnecessário, para não dizer um desperdício, que haja em relação a ele uma petição inicial, citação, contestação, e audiência de instrução e julgamento. Tudo isso poderia ser resolvido por meio de uma medida incidental no curso de um processo de conhecimento ou de execução. (...)” (*Op. cit.*, p. 417).

⁵⁰⁶ Rogério Lauria Tucci destaca que especialistas apontam para a admissibilidade da *ação cautelar penal*, embora não se apresente o autor como um dos defensores desta tese: “Vêm tendo-a como tal, exemplificativamente, a atuação relativa à realização antecipada de atos instrutores, como os referentes à perícia complementar prevista no art. 168 e ao depoimento *ad perpetuam rei memoriam* de que cogita o art. 225, ambos do CPP, assim como as atinentes à assecuração de futura execução de sentença condenatória ou à antecipação do julgado a ser proferido em processo dito principal, *e.g.*, os casos de prisão preventiva (cf. arts. 311 e seguintes) e de aplicação provisória de interdição de direito (art. 373) ou de medida de segurança (art. 378).” (*Teoria do direito ...*, *op. cit.*, p. 106). Antônio Magalhães Gomes Filho parece aceitar a existência de um processo penal cautelar, conforme se destaca por este trecho: “As atividades cautelares, desenvolvidas através do processo que toma o mesmo nome e objetivando a emanção de um provimento acautelatório, propiciam, então, condições para o êxito das tarefas de conhecimento e de execução; trata-se de um instrumento a serviço do instrumento; elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal, e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade” (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 53-54). Neste sentido, F. CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. port. por S. S. Melendo, vol. II, Buenos Aires, EJEA, 1950, p. 72-73; R. P. de C. BARROS, *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 13; A. C. de A. CINTRA, A. P. GRINOVER e C. R. DINAMARCO, *Teoria geral do ...*, *op. cit.*, p. 319; J. F. MIRABETE, *Processo penal*, 18.ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 95. Ademais, destaca-se o posicionamento de Alexander Araujo de Souza, no sentido de que não se deve excluir a existência de uma verdadeira ação penal cautelar autônoma no ordenamento jurídico brasileiro, muito embora as medidas cautelares, em geral, sejam exercidas de maneira incidental ao processo penal condenatório: “Costumeiramente, o legislador utiliza a denominação *medidas cautelares*, a qual poderia autorizar a crença de se cuidarem de medidas incidentes, e não de um verdadeiro direito de ação. Todavia, parece correto não se deva negar a existência de uma ação penal cautelar dotada de condições para seu exercício, bem como de requisitos próprios, apesar de nem sempre se contar com um procedimento bem configurado ou que corra em autos apartados. Decerto, a ação penal cautelar normalmente é exercida de maneira incidental, mas isto não lhe retira a essência”. (*O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, in *Revista dos Tribunais* n. 856, p. 475-476).

independente, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução, e desenvolvido a partir do exercício de uma ação penal cautelar, há quem também reconheça que a sua função mediata e instrumental parece obscurecer esta idéia de autonomia.⁵⁰⁷

E, de fato, as dificuldades em se identificar a existência de um processo penal cautelar autônomo justificam-se em razão do modo pelo qual a tutela cautelar se exercita no campo processual penal. Neste âmbito, a tutela cautelar é prestada por meio de medidas incidentais⁵⁰⁸, veiculadas por simples requerimento⁵⁰⁹ e ausente base procedimental própria⁵¹⁰, e não através de “(...) verdadeiro processo cautelar, autônomo em relação ao processo principal”.⁵¹¹

Com efeito, as medidas cautelares processuais penais são exercidas de maneira incidental ao processo penal, podendo ser concedidas sem que haja a instauração do respectivo processo cautelar. Em âmbito processual penal, a incidência da tutela cautelar não se encontra submetida ao desenvolvimento de um processo autônomo.

⁵⁰⁷ Cf. R. P. de C. BARROS, *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 13; G. ARIETTA, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, CEDAM, 1982, p. 32-33.

⁵⁰⁸ Cf. M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁰⁹ Neste sentido, Rogério Lauria Tucci: “E, de resto, pode ser pleiteada e concedida, mesmo que não instaurado o respectivo processo cautelar, especialmente no âmbito da *persecutio criminis*, em que não há lugar para este, mas, tão-só, e especificamente, para medidas cautelares. (...) Com efeito, nesse derradeiro enfoque, é possível afirmar sem receio de equívoco, que, na Justiça Criminal – a par da correlação *exclusiva* entre a cautela e a cognição, em cujo processo, aquela, sob as mais variegadas formas, se encarta -, as medidas cautelares são pleiteadas mediante simples requerimento, e concedidas até independentemente de iniciativa do interessado, no mesmo iter procedimental; sem necessidade, portanto, de petição inicial e de correspondente sentença, feita resposta do juiz ao pedido do autor”. (*Sequestro prévio e ...*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *op. cit.*, p. 142).

⁵¹⁰ Destaca Rogério Lauria Tucci (*Medidas cautelares constitutivas ...*, in *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 42) que: “Só mesmo em âmbito penal - permitimo-nos acrescentar - que, certamente, extravasa dos lindes deste singelo e específico estudo, é possível afirmar, sem receio de equívoco, a correlação *exclusiva* entre a cautela e a cognição, em cujo processo aquela, sob as mais variegadas formas, sempre se encarta e se faz subserviente, independentemente de iniciativa da parte, e, no mesmo iter procedimental”. Nesta linha, Renato Luís Benucci afirma que: “Efetivamente, parece que, sob o ponto de vista de nosso ordenamento jurídico positivo, mais adequada é a visão de que a tutela cautelar não pode ficar adstrita sob o formalismo de um processo separado e autônomo, mas deve traduzir-se em vigilância permanente do Juiz, exercido sem procedimento próprio. Ora, não havendo procedimento, que é o aspecto externo do processo, seu aspecto objetivo, também não poderia haver processo” (*A cautelaridade no processo penal – medidas cautelares reais*, in *Revista dos Tribunais*, n. 785, mar. 2001, p. 472).

⁵¹¹ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Op. cit.*, p. 413; G. H. R. I. BADARÓ, *A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, mar./abr. 2006, p. 263-264. Rogério Lauria Tucci destaca que: “Ora, inadequando-se, como visto, a transposição do conceito de pretensão ao processo penal, é de ter se presente, outrossim, que: a) no âmbito deste, só há lugar para a efetivação de *medidas cautelares*, desenroladas no curso do da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização a concretização de procedimento formalmente estabelecido em Lei; b) despidiendia mostra-se a concorrência dos pressupostos da atuação (e respectiva concessão) cautelar - *periculum in mora* e *fumus boni iuris* -, para que seja concedida ou determinada, até mesmo de ofício, *medida cautelar penal*” (*Teoria do direito ...*, *op. cit.*, p. 107).

Desta forma, não obstante os posicionamentos favoráveis à existência de um processo penal cautelar, ao qual corresponderia uma ação penal cautelar, não se deve admitir a existência desse instituto no sistema processual penal brasileiro, no qual somente se verificam medidas cautelares incidentais ao processo de conhecimento ou de execução.⁵¹²

Nesta esteira, torna-se relevante tecer algumas considerações sobre a conceituação do instituto. Isto porque a exata delimitação dos termos a serem empregados neste estudo é imprescindível para a correta compreensão da prisão cautelar, bem como para a análise crítica de seu fundamento e de sua legitimidade.

Marta Cristina Cury Saad Gimenes ressalta as distinções entre medidas cautelares e provimentos cautelares, não obstante sejam institutos processuais orientados ao fim comum de assegurar os objetivos do processo de conhecimento ou do processo de execução.⁵¹³ Com efeito, o provimento cautelar consiste na decisão judicial com vistas à proteção do processo e revela apenas um dos instrumentos da medida cautelar, ao passo que esta consubstancia o meio de proteção em si.⁵¹⁴

Neste sentido, as observações de Leslie Shérída Ferraz. Para a autora, em âmbito jurídico, medida e provimento apresentam significados distintos, muito embora no sentido comum apresentem-se como sinônimos. Não obstante intimamente relacionados no

⁵¹² Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 77. Neste sentido, Leslie Shérída Ferraz coloca-se contrariamente à existência de um processo penal cautelar: “Assim, em nosso entender, a tutela cautelar não se efetiva por intermédio da instauração de uma ação ou processo cautelar diverso da ação ou processo de conhecimento ou execução, tendo lugar, ao revés, por meio de medidas e provimentos cautelares” (*Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 15). Ademais, ressalta-se o entendimento de Vicente Greco Filho: “Também inexistente ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o sequestro, e outras, mas sem que se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou do processo de conhecimento. As providências cautelares são determinadas como incidentes do processo de conhecimento. Não se deve confundir, contudo, a função acautelatória de certas ações de conhecimento, que são definitivas, como o *habeas corpus* preventivo. Essa finalidade acautelatória de prevenir litígio é uma das características ou aspectos da jurisdição, mas o pedido e consequentemente o provimento são definitivos.” (*Manual de processo penal*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 115). Sérgio Marcos de Moraes Pitombo também anota que: “em processo penal, surge incogitável a existência de ação cautelar. A tutela de que se cuida exsurge mediante procedimentos e provimentos cautelares: procedimento destinado a garantir resultado útil, seja do processo de conhecimento, seja de execução; ou simples seqüência de atos, garantidora dos mencionados resultados. Não se aceita, por exemplo, o depoimento ad perpetuam rei memoriam (art. 225); o seqüestro e arresto de bens (arts. 125 e 136); e a justificação criminal (arts. 423 e 513), como ações penais. Fala-se em medidas cautelares. Repita-se: o poder, função e a atividade cautelar, no processo penal, se dirigem ao asseguramento da eficácia — força mais efeito — real, concreta, do processo de conhecimento e de execução, e se ultima por via de procedimentos e provimentos cautelares.” (*Procedimento cautelar e medidas cautelares*, disponível em: www.sergiopitombo.nom.br/index.php. Acesso em 10 de janeiro de 2010).

⁵¹³ *As medidas assecuratórias ...*, op. cit., p. 36, nt. 123.

⁵¹⁴ *Op. cit.*, p. 36, nt. 123.

fenômeno jurídico, medida deve ser entendida como “meio de prevenção. Assim, medida cautelar é a providência material efetiva destinada a proteger os fins processuais. É, portanto, meio de tutela do qual o ordenamento se utiliza para atingir seus escopos e garantir resposta jurisdicional eficaz”.⁵¹⁵

Por sua vez, o termo “provimento” é compreendido como todas as manifestações de vontade do juiz, “as quais têm eficácia dispositiva sobre o conteúdo formal ou substancial do processo no qual são emitidas”.⁵¹⁶ Neste sentido, o provimento cautelar é a “decisão judicial que visa proteger os escopos do processo penal de conhecimento ou de execução”. Logo, a autora conclui ser o provimento cautelar “uma das formas pelas quais se instrumentaliza a medida cautelar penal”, esta, sim, orientada a resguardar o útil aproveitamento do processo.⁵¹⁷⁻⁵¹⁸

3. 4. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR

A análise das características da tutela cautelar é fundamental para delimitar a sua atuação no sistema processual penal e o caráter cautelar de medidas constritivas à liberdade pessoal, objeto de estudo deste trabalho. Como características da tutela cautelar, comumente, indicadas pelos doutrinadores, destacam-se a instrumentalidade; a provisoriedade; a revogabilidade; a acessoriedade; a referibilidade; a excepcionalidade; a jurisdicionalidade; a taxatividade; a sumariedade e a proporcionalidade.⁵¹⁹ Em face da reconhecida importância da instrumentalidade e da provisoriedade para a caracterização da tutela cautelar, será dado um maior destaque a estas duas características.⁵²⁰

⁵¹⁵ *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 16.

⁵¹⁶ *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 16.

⁵¹⁷ *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 17.

⁵¹⁸ Quanto à conceituação do instituto objeto de estudo, encontram-se consagradas na doutrina as locuções *medidas cautelares e providências cautelares*, motivo pelo qual serão estas utilizadas de forma indistinta no presente trabalho. De fato, entre os doutrinadores que se valem destas expressões, destacam-se W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, op. cit.; R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ...*, op. cit.; J. F. MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, 2.^a ed., Campinas, Millennium, 2000; M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, op. cit., p. 36, nt. 123.

⁵¹⁹ Cf. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio ...*, op. cit., p. 195 e seguintes; S. SANCHES, *Poder geral de cautela do juiz no processo civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 29-32; R. P. DE C. BARROS, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 10-18; G. H. R. I. BADARÓ, *Op. cit.*, p. 412-413; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, op. cit., p. 68-75 e p. 107-112; M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, op. cit., p. 68-73; H. THEODORO JÚNIOR, *Processo cautelar*, 19.^a ed., São Paulo, LEUD, 2000, p. 65-69.

⁵²⁰ Cf. M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, op. cit., p. 68; J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, op. cit., p. 143. Os demais caracteres da tutela cautelar serão sucintamente ressaltados,

3.4.1. INSTRUMENTALIDADE DA TUTELA CAUTELAR

A instrumentalidade apresenta-se como o caráter notoriamente típico das medidas cautelares: são instrumentos ou meios orientados a assegurar a utilidade prática da tutela jurisdicional definitiva.⁵²¹ Jamais se apresentam como um fim em si mesmas, uma vez restarem obrigatoriamente vinculadas a um pronunciamento jurisdicional futuro, em razão do qual são emanadas.⁵²²

observando-se que a referência à taxatividade das medidas cautelares encontra-se desenvolvida no item relativo ao poder geral de cautela. Ademais, a sumariedade também foi objeto de análise no item relativo aos pressupostos da tutela cautelar. Por fim, a referibilidade já foi abordada, quando da menção às diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada em *finalidades da tutela cautelar*. Ainda com relação às características da tutela cautelar, ressalta-se que tem sido frequente o estudo das medidas cautelares em face da proporcionalidade, tendo sido esta destacada ora como característica, ora como limite à atuação cautelar. Tendo em vista o tema do presente trabalho, optou-se por uma análise das medidas cautelares de caráter pessoal adotadas no curso da persecução penal e da proporcionalidade em capítulo próprio, reservando-se o espaço necessário para a discussão desta matéria. Com efeito, as medidas cautelares consistem em intervenções estatais em direitos individuais reconhecidamente assegurados em nossa ordem constitucional e em instrumentos internacionais. Em especial, as medidas cautelares pessoais, que importam restrições severas à liberdade de locomoção do indivíduo e a outros direitos individuais, mas também as medidas cautelares patrimoniais, que resvalam o “direito de propriedade e a liberdade de iniciativa econômica”. Sendo assim, resulta evidente que a sua incidência e os seus limites devem ser objeto de acurada observância pelos operadores e pelos intérpretes do sistema. Não há dúvida de que a correta atuação das medidas cautelares processuais penais demanda um recurso à proporcionalidade, como instrumento de controle das intervenções estatais, sendo de extrema utilidade para compor o equilíbrio que deve prevalecer em sua atuação concreta. Com efeito, as restrições impostas pelas providências cautelares devem se revestir de indiscutível caráter proporcional no tocante “à duração, à aplicação penal e à execução da medida” (Cf. M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, op. cit., p.73-78). De fato, as medidas cautelares são providências instrumentais e provisórias, destinando-se a assegurar a utilidade e a eficácia dos resultados do processo de conhecimento ou de execução a que se encontram vinculadas. Como destaca Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, os gravames acarretados pelas medidas cautelares não podem superar as eventuais restrições impostas - em caráter definitivo - pelo provimento jurisdicional final, uma vez que essa atuação, além de evidentemente desproporcional, distancia-se da instrumentalidade e acessoriedade de que se deve revestir a medida (*A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. DE M. RIBEIRO e M. P. LIMA, *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 170-175).

⁵²¹ Cf. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio ...*, op. cit., p. 175; J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, op. cit., p. 143; M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, op. cit., p. 68; J. C. B. MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro – exposição sistemática do procedimento*, 26.^a Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 309. Como destaca José Roberto dos Santos Bedaque, ao ressaltar a natureza instrumental da tutela cautelar como uma de suas características fundamentais, atenta para a importância da correta compreensão desta nota peculiar como forma de evitar desvios na utilização da tutela cautelar e em seu primordial objetivo de assegurar, não de satisfazer: “Somente o perfeito entendimento desse caráter instrumental possibilita evitar os desvios de finalidade que a tutela cautelar vem sofrendo, em nome de uma genérica e mal explicada efetividade do processo, com limitações injustificadas a determinados princípios constitucionais.” (*Tutela cautelar e ...*, op. cit., p. 143). Ademais, Romeu Pires de Campos Barros também destaca a instrumentalidade como um dos elementos indispensáveis para a caracterização das medidas cautelares, ao lado da provisoriedade: “Todavia, é pela instrumentalidade que ressalta a mais importante característica da medida cautelar que não tem um fim em si mesma, mas sim em relação a uma outra providência cuja finalidade é a composição definitiva da lide. O que se procura é evitar que a demora na prolação da sentença definitiva possa causar prejuízo. A instrumentalidade reside em suma em ser a medida cautelar destinada a tutela do processo e não do direito que se pretende tutelar, através desse mesmo processo principal” (*Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 44-45).

⁵²² Como destaca Piero Calamandrei acerca dos procedimentos cautelares: “Esci nascono, per così dire, *al servizio di un provvedimento definitivo*, coll’ ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio

Este caráter instrumental demonstra com exatidão o escopo assecuratório da tutela cautelar e a sua relação *mediata* com o direito substancial. O objetivo primordial da tutela cautelar é assegurar o efeito prático do resultado a ser alcançado no processo principal, não sendo preordenada a declarar o direito ou a realizá-lo coercitivamente.⁵²³ Desta forma, as medidas cautelares são verdadeiros *instrumentos do instrumento*: meios orientados a garantir a utilidade de tutelas cognitivas ou de tutelas executivas; estas, sim, tutelas jurisdicionais predispostas a atuar concretamente o direito material.⁵²⁴

Neste sentido, a tutela cautelar não promove a solução imediata ao litígio instalado em âmbito material.⁵²⁵ Sua natureza protetiva volta-se a outra direção: o pronunciamento jurisdicional principal, ao qual se vincula a tutela cautelar em uma nítida relação de subsidiariedade, acessoriedade ou relatividade, como preferem alguns

atti alla sua riuscita. Questo rapporto di *strumentalità* o, come altri ha detto, di *sussidiarietà*, che lega immancabilmente ogni provvedimento cautelare al provvedimento definitivo in previsione del quale esso è emanato, è il carattere che più nettamente distingue il provvedimento cautelare dal cosiddetto accertamento con prevalente funzione esecutiva: questo nasce, come si è visto, nella speranza che un successivo provvedimento non sorpassi ad impedirgli di diventare definitivo; quello nasce in previsione, ed anzi *in attesa*, di un successivo provvedimento definitivo, in difetto del quale non solo non aspira a trasformarsi in definitivo, ma è addirittura destinato a venir meno per mancanza di scopo” (*Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 175-176).

⁵²³ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 145.

⁵²⁴ Neste sentido, Piero Calamandrei ressalta: “La tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela *mediata*: più che a far giustizia, serve a garantire l’efficace funzionamento della giustizia. Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossia elevata, per così dire, al quadrato: essi sono infatti, immancabilmente, un mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l’attuazione del diritto; sono cioè, in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, *strumenti dello strumento*. (*Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 175-176). Neste ponto, importante ressaltar o entendimento de Gaetano Foschini: “Il riferimento della strumentalità delle cautele all’intero processo non deve però significare, come purtroppo è ripetuto (CALAMANDREI, DE LUCA, CANDIAN) che trattasi di una strumentalità mediata, nel senso che, essendo l’intero processo uno strumento di tutela del diritto sostanziale, la cautela, como strumento del processo, si risolverebbe in uno strumento dello strumento. È questo un grave errore il quale riposa sull’equivoco della considerazione strumentale del processo, la quale è frutto di una visione sostanzialistica del diritto. Viceversa ho già avuto occasione di rilevare che dall’oposto punto di vista processuale, che è quello proprio per chi studia il processo, è il diritto sostanziale il quale, all’inverso, funge da strumento del processo.” (*Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 449).

⁵²⁵ Esta afirmação se sustenta, inclusive com relação aos autores que defendem a possibilidade de a tutela cautelar antecipar os efeitos da decisão definitiva ou regulamentar, ainda que de forma provisória, a situação de direito material. Por exemplo, José Roberto dos Santos Bedaque admite a possibilidade de a tutela cautelar “(...) inovar, no sentido de antecipar a decisão (ou seus efeitos) ou regulamentar provisoriamente a relação material. Essa composição provisória da situação de direito material, quer mediante medidas conservativas, quer por meio da antecipação de efeitos é dotada de instrumentalidade, mas não imediata como ocorre com a tutela definitiva. (...). Mais adiante, ressalta o autor: “Ainda que possam seus efeitos confundir-se com aqueles produzidos pela tutela satisfativa, isso nas hipóteses em que a tutela cautelar os antecipa provisoriamente, o objetivo dessa modalidade de tutela jurisdicional é assegurar a efetividade de outra. Não tem ela um fim em si mesma, pois não é suficiente para eliminar definitivamente a crise verificada no plano das relações materiais. O pronunciamento de natureza cautelar existe em função de outro, este destinado a dar solução ao litígio, aquele com função de assegurar a efetividade do resultado definitivo. Onde houver cautela haverá, necessariamente, outra tutela” (*Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 144-145).

autores.⁵²⁶⁻⁵²⁷ Em suma, verifica-se uma “instrumentalidade qualificada” ou de “segundo grau” a relacionar a tutela cautelar como instrumento predisposto a assegurar a efetividade das tutelas principais e estas, por sua vez, como instrumentos orientados à realização do direito.⁵²⁸⁻⁵²⁹

Ademais, como destaca Piero Calamandrei, a instrumentalidade da tutela cautelar se diz hipotética, uma vez que a sua concessão encontra-se na dependência de ser provável, em face daquele que a postula, a entrega da tutela jurisdicional definitiva ou principal.⁵³⁰ Assim, pode-se afirmar que as medidas cautelares caracterizam-se por sua instrumentalidade hipotética, tendo em vista o seu declarado escopo de assegurar a utilidade e a eficácia do resultado do processo a que se referem, além de se encontrarem escoradas na simples probabilidade da existência do direito daquele que a requer.⁵³¹

⁵²⁶ Cf. M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 69.

⁵²⁷ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 141.

⁵²⁸ Cf. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 175-176. A instrumentalidade qualificada ou de segundo grau demanda uma consideração sistemática acerca da tutela cautelar. Neste passo, o argumento aventado remonta ao exercício da função jurisdicional e de seu primordial objetivo, de promover a realização da ordem jurídica por meio da estrita observância de seus mandamentos. Ora, a medida cautelar opera como o instrumento predisposto e adequado a melhor consecução da providência definitiva, sendo que esta, por sua vez, constitui um instrumento para a realização do Direito. Sendo assim, relativamente ao exercício da função jurisdicional, as providências cautelares emergem como verdadeiros instrumentos do instrumento. Assim, as providências acautelatórias não se traduzem como um fim em si mesmas, mas em um instrumento a assegurar a perfeita execução das providências definitivas. Neste sentido, J. F. MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, 2ª ed., Campinas, Millenium, 2004, p. 12; J. R. DOS S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 145. No campo processual penal, destaca-se a lição de Weber Martins Batista: “Esta instrumentalidade, esta subsidiariedade, que liga, inevitavelmente, toda providência cautelar a uma providência definitiva, em previsão da qual se edita, é a nota distintiva das medidas cautelares. Há, pois, uma instrumentalidade qualificada – como diz Calamandrei – pois elas são o instrumento do instrumento.” (*Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 06). Neste sentido, Roberto Delmanto Júnior, que afirma que: “A característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do com andamento do processo penal e do resguardo da eficiência de eventual decreto condenatório” (*As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 83).

⁵²⁹ Cf. J. R. DOS S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 145. No campo processual penal, destaca-se a lição de Weber Martins Batista: “Esta instrumentalidade, esta subsidiariedade, que liga, inevitavelmente, toda providência cautelar a uma providência definitiva, em previsão da qual se edita, é a nota distintiva das medidas cautelares. Há, pois, uma instrumentalidade qualificada – como diz Calamandrei – pois elas são o instrumento do instrumento.” (*Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 06). Neste sentido, Roberto Delmanto Júnior, que afirma que: “A característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do com andamento do processo penal e do resguardo da eficiência de eventual decreto condenatório” (*As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 83).

⁵³⁰ *Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 197-198.

⁵³¹ Cf. W. M. BATISTA, *Liberdade Provisória*, *op. cit.*, p. 06; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 83. Na doutrina de José Frederico Marques, que retoma os ensinamentos de Calamandrei, esta instrumentalidade qualifica-se como instrumentalidade hipotética ou qualificada. A instrumentalidade hipotética já foi destacada acima. A instrumentalidade qualificada ou de segundo grau demanda uma consideração sistemática acerca da tutela cautelar. Neste passo, o argumento aventado remonta ao exercício da função jurisdicional e ao seu objetivo primordial de promover a realização da ordem jurídica por meio da estrita observância de seus mandamentos. Ora, a medida cautelar opera como o instrumento predisposto e adequado a melhor consecução da providência definitiva, sendo que esta, por sua vez, constitui um

Destacado o caráter instrumental das medidas cautelares, deve-se ressaltar que a instrumentalidade – de modo isolado – não se apresenta suficiente a caracterizar a tutela cautelar. Outros qualificativos se apresentam na delimitação da estrutura da tutela cautelar, destacando-se a provisoriedade como outra característica fundamental para individualizar esta espécie de tutela jurisdicional.⁵³²

3.4.2. PROVISORIEDADE E REVOGABILIDADE DA TUTELA CAUTELAR

O caráter instrumental das providências cautelares permite depreender outro aspecto fundamental da estrutura da tutela cautelar: a provisoriedade ou a sua faceta interina.⁵³³ Piero Calamandrei identificou a provisoriedade como um caráter ínsito aos procedimentos cautelares, o que possibilitava a sua diferenciação em face dos demais procedimentos jurisdicionais.⁵³⁴ Com efeito, a duração limitada no tempo dos efeitos da tutela cautelar revela-se como a sua característica diferencial e, por conseguinte, de utilidade ímpar para a classificação dos procedimentos jurisdicionais como cautelares.⁵³⁵

instrumento para a realização do Direito. Sendo assim, relativamente ao exercício da função jurisdicional, as providências cautelares emergem como verdadeiros instrumentos do instrumento. Assim, as providências acautelatórias não se traduzem como um fim em si mesmas, mas em um instrumento a assegurar a perfeita execução das providências definitivas. (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, 2ª ed., Campinas, Millenium, 2004, p. 12).

⁵³² Neste sentido, a observação de Gaetano Foschini: “Se fosse sufficiente la strumentalità a caratterizzare le cautele, reintrebbere tra esse l’intera fase istruttoria e, con riferimento alla sentenza definitiva, tutto intero il processo che la precede. Un siffatto allargamento della categoria, come è chiaro, farebbe perdere ad essa ogni rilievo. La cautela, quindi, deve presentarsi come situazione che, in funzione proprio di questo carattere di provvisorietà, si destaca e si qualifica rispetto alla normalità di tutte le altre situazioni processuali. Va anche chiarito che, all’inverso, la provvisorietà da sola, senza la strumentalità, ugualmente non sarebbe sufficiente a caratterizzare le cautele: proprio per questo, infatti, il decreto penale di condanna non rientra tra le cautele” (*Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 450).

⁵³³ Cf. L. G. MARINONI, *Tutela cautelar e ...*, op. cit., p. 63-64. Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “Outro elemento identificador da função cautelar reside na estrutura procedimental, cuja técnica impõe ao provimento daí emanado um caráter de provisoriedade, que decorre diretamente da instrumentalidade em relação ao provável pronunciamento a ser emitido no processo dito principal. Esse nexos faz com que a eficácia da tutela cautelar seja limitada no tempo, na medida em que vinculada à tutela final.” (*Tutela cautelar e ...*, op. cit., p. 152).

⁵³⁴ *Introduzione allo studio ...*, op. cit., p. 168. No entanto, deve-se atentar ao fato de que a provisoriedade não se revela uma característica exclusiva da tutela cautelar. Como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “há outras formas de tutela não cautelares que não são definitivas”. (*A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, mar./abr. 2006, p. 274). Assim se apresentam as tutelas antecipatórias. Em que pese o seu caráter satisfativo, as medidas antecipatórias não ditam a solução definitiva para a crise de direito material, sendo, portanto, provisória a antecipação dos efeitos de eventual sentença principal que estas medidas promovem. (Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 317).

⁵³⁵ *Op. cit.*, p. 168. Neste sentido, Enrico Tulio Liebman: “Os provimentos cautelares são sempre destinados a durar um tempo limitado. De fato, chegando o processo principal ao fim, desaparece o próprio problema em razão do qual eles foram concebidos: ou o direito foi reconhecido como existente e poderá receber plena satisfação, ou então foi declarado inexistente e a medida cautelar deverá ser revogada” (*Manuale di diritto*

As medidas cautelares persistem enquanto ausente a providência jurisdicional do processo principal ou enquanto se apresentarem necessárias.⁵³⁶ Desta forma, a duração da tutela cautelar é orientada para vigorar somente por aquele interregno que precede o pronunciamento jurisdicional principal,⁵³⁷ assim como são meramente provisórios os seus efeitos, o que não impede a adoção de medidas executórias para se viabilizar uma medida cautelar concedida.⁵³⁸⁻⁵³⁹

Não obstante, a provisoriedade da medida cautelar não se identifica – absolutamente – com o conceito de temporariedade, tendo sido tal diferenciação expressamente ressaltada por Piero Calamandrei. Com efeito, nos termos do mencionado autor, “*temporaneo* é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, apresenta por si mesmo duração limitada.”⁵⁴⁰ Logo se nota que o conceito de temporariedade se apresenta mais abrangente que o conceito de provisoriedade e, por conseguinte, insuficiente para caracterizar a tutela cautelar. De fato, conforme adverte o autor, “*provisorio* é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na

processuale civile, 1980, trad. port. de C. R. Dinamarco, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 279-280).

⁵³⁶ Conforme resalta Hélio Tornaghi acerca das providências acautelatórias: “O que realmente caracteriza as providências acautelatórias e as distingue das demais é o fato de elas serem provisórias e instrumentais. Destinam-se a vigorar enquanto não se tomam as definitivas, e nisso consiste a sua *provisoriade*. Assim, por exemplo, a apreensão da *res* furtiva é provisória e a restituição dela ao legítimo dono é definitiva. A interdição de direito na fase da instrução é provisória e a aplicada na sentença condenatória é definitiva desde o trânsito em julgado. O seqüestro de bens adquiridos com os proventos da infração é provisório e a venda dos bens em leilão e consecutivos pagamentos e recolhimentos são definitivos”. (*Instituições de processo penal*, vol. III, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978, p. 05).

⁵³⁷ Cf. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo Studio...*, *op. cit.*, p. 168.

⁵³⁸ Cf. M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 108.

⁵³⁹ Os efeitos da medida cautelar são meramente provisórios, pois a tutela cautelar não se dispõe a resolver o litígio de forma conclusiva. Como demonstrado, a tutela cautelar não alcança o plano substancial, orientando-se apenas e tão somente a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional cognitiva ou executiva, à qual se encontra conectada em uma nítida relação de instrumentalidade. Assim leciona José Roberto dos Santos Bedaque acerca da tutela cautelar: “(...) Não é ela apta para ditar solução definitiva do litígio, é passível de revogação e está necessariamente vinculada a outra tutela, vigorando apenas enquanto esta não é proferida. Essas características revelam ser a tutela cautelar qualitativamente distinta da final. Por ser instrumental, provisória e informada por cognição sumária, ela será necessariamente substituída por outra, cuja função é regular em caráter definitivo a situação de direito material.” (*Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 152). Esta preocupação também se revela nos estudos de Ovídio Araújo Baptista da Silva: “Em resumo, para concluir a análise deste pressuposto, podemos afirmar que os provimentos cautelares devem ter duração limitada no tempo, tanto no plano jurídico (normativo), de modo que não lhes seja atribuída a qualidade de um julgamento definitivo, protegido pela coisa julgada; e igualmente, haverão de ser temporários *em seus efeitos fáticos*, a fim de não causar ao demandado um dano irreparável, no caso de a sentença do processo destinado a certificar a existência do direito cautelado concluir por sua inexistência”. (*Do processo cautelar ...*, *op. cit.*, p. 82).

⁵⁴⁰ Em original: “(...) *temporaneo* è, semplicemente, ciò che non dura para sempre, ciò che, independentemente dal sopravvenire di altro evento, ha per sé stesso durata limitata” (*Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 168.) (tradução livre).

espera do qual o estado de provisoriedade permanece *neste ínterim*. Neste sentido, *provisório* equivale a *interino*: ambas as expressões indicam aquilo que é destinado a durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado”.⁵⁴¹

Desta forma, constata-se que as medidas cautelares mostram-se provisórias não apenas porque destinadas a vigorar por um período de tempo limitado, mas também, e principalmente, porque se encontram na expectativa de serem substituídas por outra tutela jurisdicional. Por sua vez, as providências temporárias apresentam, igualmente, uma duração limitada no tempo, porém não aguardam por um pronunciamento jurisdicional ulterior. A exata caracterização da tutela cautelar pressupõe, portanto, que o limite de sua vigência ocorra em função do advento de um futuro pronunciamento jurisdicional, o que conduziu Gaetano Foschini a apresentar a provisoriedade como uma temporariedade condicionada.⁵⁴²

Por sua vez, Ovídio Araújo Baptista da Silva sustenta o caráter temporário como o pressuposto da tutela cautelar, ao contrário da provisoriedade característica da doutrina de Piero Calamandrei. Com efeito, o autor destaca a temporariedade da tutela cautelar por dois motivos: “a) porque deve durar enquanto dure a *situação de perigo* a que esteja exposto o interesse tutelado”; b) a sentença que contém o provimento cautelar “(...) jamais poderá adquirir a *indiscutibilidade* que torna permanente

⁵⁴¹Em original: “(...)“*provvisorio* è, invece, ciò che è destinato a durare fino a che non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del qual lo stato di provvisorietà permane *nel frattempo*. In questo senso, *provvisorio* equivale a *interinale*: ambedue le espressioni indicano ciò che è destinato a durare solamente in quel tempo *intermedio* che precede l’evento atteso” (*Op. cit.*, p. 168.) (tradução livre). Ademais, importante destacar a observação de Gaetano Foschini: “Infine è da chiarire che l’accennata distinzione della provvisorietà dalla semplice temporaneità non è contraddetta, come forse potrebbe sembrare, dall’esistenza di ipotesi nelle quali la cautela cessa automaticamente dopo una sua prefissata durata, come ad es. la cattura, la quale con riferimento allo stato istruttorio, non può durare più di un certo tempo fissato dalla legge. Anche in questo, come in analoghi casi, la durata non è mai prefissata solo in funzione di un semplice lasso di tempo, ma pur sempre in funzione del verificarsi o non verificarsi di una successiva situazione processuale durante il detto lasso di tempo. Così, nell’esempio dato, la custodia preventiva non cessa per il solo fatto del decorrere del tempo indicato dalla legge, ma solo se, in detto tempo, non vi è stato rinvio a giudizio dell’imputato; altrimenti la custodia preventiva continua a sussistere” (*Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 451-452).

⁵⁴²Neste sentido, prossegue Gaetano Foschini: “La provvisorietà implica il concetto di temporaneità, ma non coincide con questa. La sola temporaneità di una situazione, cioè la sua durata limitata nel tempo, non è infatti sufficiente a caratterizzare come provvisoria, e quindi come cautelare, una situazione, ma è necessario che il limite di tale durata sia in funzione dell’insorgere (o del non insorgere) di una ulteriore situazione processuale la quale, con la rilevanza giuridica, o assorbe in sé quella cautelare o la contraddice e così in ogni caso le toglie ogni giustificazione e la fa cessare. La provvisorietà, quindi, è una temporaneità condizionata al verificarsi di una futura situazione”. (*Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 450-451). Neste sentido, G. H. R. I. BADARÓ, *A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, mar./abr. 2006, p. 275.

a coisa julgada material”.⁵⁴³ A opção pela temporariedade justifica-se para ressaltar que a tutela cautelar não poderá se mostrar definitiva quer no plano normativo, quer no plano fático. Segundo o autor, a ideia de provisório traduz “(...) um estado que deve perdurar até ser substituído pelo provimento definitivo, pouco importando que o provisório, no plano *normativo*, cause efeitos definitivos e *irreversíveis* no plano *fático*”.⁵⁴⁴

Como adverte Ovídio Araújo Baptista da Silva, a preocupação central da doutrina tem sido definir a tutela cautelar como um provimento a ser substituído por futura tutela definitiva, que importe na solução final da causa. Esta concepção é alvo de críticas do autor por dois aspectos: em primeiro lugar, a ideia de um provimento cautelar a ser substituído por um provimento definitivo implica identidade entre os efeitos de ambos, “(...) de modo que o provisório *tenha a mesma natureza do definitivo*, pelo qual haverá de ser ‘trocado’. Em última análise: se for uma antecipação do definitivo!”.⁵⁴⁵

Como se pode notar, o conceito de provisoriedade acarreta uma confusão entre a tutela cautelar - assecuratória - e a tutela antecipatória - satisfativa. Em segundo lugar, a doutrina parece não atentar para a exigência de que não somente a tutela cautelar em si mesma deva ter duração limitada, mas igualmente seus efeitos no plano fático hão de ser limitados no tempo. Para tanto, a tutela cautelar não poderá criar *uma situação fática definitiva* ou com *efeitos irreversíveis no plano fático*.⁵⁴⁶

Na realidade, independentemente da terminologia empregada, é imprescindível assentar que a tutela cautelar deve ostentar duração limitada no tempo, quer no plano normativo, quer no plano fático. O que se pretende é assegurar a reversibilidade de quaisquer efeitos práticos acarretados pela tutela cautelar, de forma a evitar quaisquer lesões definitivas ao direito material.⁵⁴⁷ Por isso, como bem concluiu Ovídio Araújo Baptista da Silva, a tutela cautelar não poderá apresentar natureza idêntica à da tutela

⁵⁴³ *Do processo cautelar ...*, op. cit., p. 77-78.

⁵⁴⁴ *Do processo cautelar ...*, op. cit., p. 81.

⁵⁴⁵ *Do processo cautelar ...*, op. cit., p. 79.

⁵⁴⁶ *Do processo cautelar...*, op. cit., p. 80- 81.

⁵⁴⁷ Esta reversibilidade fática da tutela cautelar, no entanto, nem sempre se mostra presente. Em âmbito processual penal, que interessa ao presente tema, a irreversibilidade fática de uma prisão provisória se mostra evidente, uma vez que o período de privação da liberdade e os efeitos acarretados a este e a outros direitos individuais não retornará. Neste sentido, sobre a prisão cautelar e a violação aos direitos fundamentais, O. SANGUINÉ, *Efeitos perversos da ...*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, op. cit., p. 290-294.

jurisdicional principal, sob pena de configurar inadmissível tutela antecipatória de caráter satisfativo.⁵⁴⁸

Em suma, não há como compreender o caráter provisório da tutela cautelar de forma dissociada de seu aspecto instrumental. Justamente por se apresentar a serviço de outra tutela jurisdicional, vocacionada a solucionar a crise de direito material, a eficácia da tutela cautelar encontra-se condicionada ao advento desse pronunciamento e limitada ao interregno necessário à obtenção deste.⁵⁴⁹ Ademais, como destaca Marta Cristina Cury Saad Gimenes, a vertente provisória das medidas cautelares relaciona-se não somente à obtenção da tutela definitiva, mas também a circunstâncias futuras que lhe retirem o caráter instrumental ao eliminarem a situação de perigo, que servira de fundamento à concessão da tutela cautelar.⁵⁵⁰⁻⁵⁵¹

⁵⁴⁸ *Do processo cautelar ...*, op. cit., p. 80. Esta ressalva apresenta conotação ainda mais relevante no âmbito das cautelares pessoais do Direito Processual Penal. Neste sentido, a observação de Gaetano Foschini: “Va chiarito che la situazione successiva, al cui verificarsi è condizionata la durata della situazione cautelare è sempre una situazione distinta e diversa da quella cautelare, anche quando viene ad assorbirla. Si vuole qui dire che non è già che ad un certo momento la situazione cautelare da situazione provvisoria diventa definitiva, ma, come nel caso in cui la situazione successiva contradice la situazione cautelare, questa in funzione della sua provvisorietà, viene a cessare (es. custodia preventiva che cessa per la sopravvenuta assoluzione dell'imputato), così la situazione cautelare cessa anche nel caso in cui la situazione sopravveniente ne assorbe la rilevanza giuridica; la custodia preventiva, ad es., non risulta confermata o consolidata dalla successiva condanna dell'imputato a pena detentiva, ma cessa perché viene assorbita dalla carcerazione (ergastolo, reclusione o arresto) che è situazione distinta e diversa (anche se, nel suo computo, va calcolata la durata della custodia preventiva)” (*Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 451). Romeu Pires de Campos Barros parece atentar para esta distinção, ao lecionar que: “Funcionando por tal forma a tutela cautelar, fica explicitado que o objetivo específico de tais medidas residindo na *prevenção*, para atingir tal finalidade não se deve considerar *provisória* a tutela jurisdicional, mas sim temporária, no sentido de que a garantia que realiza tem duração limitada ao tempo indispensável à composição da lide, no processo principal. Cumpre que se entenda que a situação sucessiva que faz cessar a cautela é distinta e diversa daquela, mas além de definitiva ela deve contradizer, mudando o sentido da situação cautelar. Tal é o que ocorre com a prisão preventiva, que se converte em *detenção* ou *reclusão*, embora na prisão pena seja computado o tempo da prisão preventiva”. (*Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 46). Destaca-se, ademais, a opinião de João Gualberto Garcez Ramos. Ao analisar as características da tutela cautelar para o estudo da cautelaridade no processo penal, o autor entende como característica das medidas desta natureza a temporariedade e não a provisoriedade. Temporariedade é conceituada pelo autor como “(...) a característica de que a tutela cautelar é deferida para remediar uma situação de perigo – seja ao direito material que o processo visa garantir, seja ao próprio processo. Dessa maneira, nasce para durar um certo tempo, que é o tempo da tramitação do processo. Depois de cumprir essa função, é substituída por uma medida definitiva.” (*A tutela de ...*, op. cit., p. 90-91). Como se pode notar, o autor acentua como temporário, o que a doutrina destaca como provisório, ocorrendo apenas uma divergência de termos (Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, mar./abr. 2006, p. 275, nt. 40).

⁵⁴⁹ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, op. cit., p. 146-147.

⁵⁵⁰ Neste sentido, dispõe a mencionada autora: “Esta situação futura pode ser dada pela medida definitiva, ou então por evento que retire a instrumentalidade da medida cautelar, ou seja, a medida deve durar enquanto dure a situação de perigo, subsistentes também seus pressupostos. Se, v.g., o dano vier a ser integralmente reparado no curso da persecução penal, a especialização da hipoteca legal não se mantém. Ademais, novas diligências podem levar ao desaparecimento da possibilidade de se considerar autor do delito o sujeito sobre cujos bens se decretou a medida, ou, ainda, outro suspeito pode despontar das investigações. Nestes casos, a

Como destacado, as medidas cautelares são marcadas pela nota da provisoriedade. Seja pelo advento da tutela jurisdicional principal; seja pela ausência de perigo de dano grave a justificar a permanência das providências cautelares, a tutela cautelar necessariamente encontrará um termo final. Neste sentido, os efeitos das medidas cautelares devem se mostrar reversíveis, “não se admitindo possam implicar, em regra, alteração definitiva dos direitos atingidos.”⁵⁵²

O caráter provisório da tutela cautelar não restaria devidamente observado, caso a revogabilidade não se apresentasse como característica imanente à estrutura das medidas cautelares.⁵⁵³ Com efeito, as medidas cautelares devem se apresentar passíveis de revogação ou de alteração pela autoridade jurisdicional responsável por sua

medida cautelar também não se mantém”. (*As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 71). Ademais, Romeu Pires de Campos Barros: “Outra característica sensível da medida cautelar é a provisoriedade, que resulta da circunstância de que a medida acauteladora não se reveste de caráter definitivo, durando apenas determinado espaço de tempo, cessando seus efeitos não só pelo advento da decisão definitiva proferida no processo principal, mas desde que ocorra a ausência de qualquer dos seus pressupostos, por ex.: não subsistir *periculum in mora*. Devido a isso, cessa a medida desde que seja revogada, por se ter tornado desnecessária. Tanto assim, que a sentença que se profere no procedimento cautelar é sobre o estado do ato, subsistindo apenas enquanto não desaparecem os motivos em que se fundou o provimento.” (*Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 45). Por fim, Luiz Guilherme Marinoni, ao destacar a divergência da doutrina com relação aos termos *provisório* e *temporário* e com base nos ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva, conclui que: “Realmente, a tutela cautelar, como temporariedade, conecta-se à situação de perigo, razão pela qual pode não só desaparecer com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como pode, também, deixar de existir sem que a tutela definitiva tenha sido prestada, “desde que o seu desaparecimento não prejudique tal prestação, como sói acontecer quando a situação de perigo se esvai antes mesmo do início do processo principal ou na pendência deste” (*Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 64-65). Neste sentido, R. L. TUCCI *et all.*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 119. Ver também O. A. B. da SILVA, *Do processo cautelar...*, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁵¹ A característica da provisoriedade é fundamental para o tratamento da cautelaridade no processo penal, notadamente com relação às medidas cautelares de caráter pessoal. No entanto, como ressalta Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “embora a maioria das medidas cautelares sejam provisórias, há medidas que devem ser qualificadas apenas como temporárias, embora não sejam provisórias.” Neste sentido, o autor revela o caráter temporário da prisão temporária, como a própria denominação está a demonstrar. “Trata-se de medida cautelar, mas que terá o término dos seus efeitos condicionados não a uma decisão de um futuro processo ou qualquer outra situação processual, mas sim ao transcurso de um determinado lapso de 5 dias, ou de 30 dias, conforme o caso.” (*A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, mar./abr. 2006, p. 276).

⁵⁵² Neste sentido, R. L. TUCCI *et all.*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁵³ Conforme Marta Cristina Cury Saad Gimenes: “Por isso, junto à provisoriedade, ou até mesmo fazendo parte dela, está situada a revogabilidade. Isto significa que as medidas podem ser modificadas ou revogadas durante o processo pelo órgão jurisdicional, atendendo à variação das circunstâncias que foram tomadas em conta pelo juízo no momento de sua decretação, e, até mesmo, em razão do postergado exercício do direito de defesa. A medida subsiste, então, enquanto se faz necessária à assecuração do efeito automático de eventual decisão penal condenatória.” (*As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 71-72).

adoção, de forma a acompanhar as circunstâncias que fundamentaram a respectiva decisão.⁵⁵⁴

Sem dúvida, a finalidade da tutela cautelar e o seu aspecto interino transformam-na em um instrumento a serviço imediato de outra tutela jurisdicional e sem qualquer pretensão de solucionar os aspectos substanciais em discussão no processo principal. Ademais, a cognição sumária e superficial da realidade material, que serve de fundamento à decretação das medidas cautelares, impede que seus efeitos ditem o desfecho definitivo e imutável para o litígio.⁵⁵⁵ As providências cautelares baseiam-se em juízos de probabilidade e não em um juízo de certeza, sendo, portanto, inadmissível conferir eficácia permanente a pronunciamentos desta natureza, notadamente no campo de medidas cautelares processuais penais de caráter pessoal.⁵⁵⁶ A revogabilidade coloca-se, assim, como “elemento do controle jurisdicional justo”.⁵⁵⁷

Entre as demais características das medidas cautelares indicadas na doutrina, resta mencionar a acessoriedade, a referibilidade, a excepcionalidade e a jurisdicionalidade. A seguir, os comentários sobre estas características.

3.4.3. ACESSORIEDADE

As medidas cautelares apresentam-se nitidamente como providências acessórias, visto que sempre se encontram conectadas com a um processo de conhecimento ou de execução. Como visto, as providências cautelares têm por objetivo assegurar os resultados do processo principal e resguardá-lo em face da demora processual.

⁵⁵⁴ Como destaca Ovídio Araújo Baptista da Silva: “A exigência de que a tutela cautelar *não crie uma situação fática definitiva*, ou uma situação cujos resultados sejam *irreversíveis*, é uma contingência que promana de sua característica de ser uma forma de tutela processual que deverá perdurar enquanto dure o estado perigoso, não podendo ultrapassá-lo no tempo sob pena de tornar-se arbitrária e lesiva ao direito da parte que a suporta.” (*Do processo cautelar ...*, *op. cit.*, p. 80).

⁵⁵⁵ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 154-155.

⁵⁵⁶ Cf. M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 72. Ademais, o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, alertando para a provisoriedade da tutela cautelar e a impossibilidade de seus efeitos determinarem a solução definitiva do litígio: “Eventuais efeitos práticos produzidos pela tutela cautelar na relação material, ainda que consistentes em antecipar certas consequências fáticas a ela inerentes, não podem ser confundidos com o efeito jurídico da tutela de cognição exauriente. Este último não está presente na tutela cautelar. A provisoriedade determina a necessária substituição da tutela cautelar pela providência definitiva.”. Mais adiante, prossegue o autor: “Por ser instrumental, ou seja, vinculada a outro pronunciamento, não pode assumir a condição de solução definitiva para o litígio”. (*Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 154-155). Como se pode notar, as características da estrutura da tutela cautelar encontram-se intimamente interligadas, de forma que a compreensão adequada de seu caráter instrumental pressupõe o correto entendimento dos aspectos provisório e revogável das medidas cautelares.

⁵⁵⁷ R. L. TUCCI *et al.*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 119.

O caráter acessório da tutela cautelar subsiste, inclusive, no campo processual civil, em que a nota da autonomia caracteriza o processo cautelar e a ação cautelar. Desta forma, em que pese o processo cautelar apresentar-se autônomo, em relação ao processo principal coloca-se como acessório, uma vez que aquele existe em função deste. No âmbito processual penal, a idéia da acessoriedade revela-se de compreensão ainda mais natural, como observa Marcellus Polastri Lima, uma vez que, “ao menos em tese, há de existir o *jus puniendi*”. Não obstante, prossegue o autor, esta acessoriedade não elimina a possibilidade de se realizarem medidas cautelares no curso de investigação criminal, sem que se verifique a ulterior instauração da ação penal.⁵⁵⁸

3.4.4. REFERIBILIDADE

A referibilidade das medidas cautelares demonstra a sua necessária vinculação a uma determinada situação de direito material acautelada.⁵⁵⁹ O caráter da referibilidade revela-se importante instrumento para se aferir a adequação e os limites da medida cautelar, em especial para distingui-las das espécies de tutelas antecipatórias. Isto porque, caso não se identifique o direito acautelado e, em consequência, não se vislumbre a presença de referibilidade, não há que se falar em cautelaridade, mas em satisfatividade.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁵⁹ Cf. L. G. MARINONI, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁶⁰ Cf. L. G. MARINONI, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 79. Como ressalta este autor, ao retomar os ensinamentos de Ovídio Araujo Baptista da Silva: “exatamente porque quando não há referibilidade, não existe cautelaridade. É que, inexistindo referibilidade, nenhum direito é acautelado, e, portanto, nenhuma prestação de segurança (cautelar) é concedida.” (*Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 81). A ideia de referibilidade é essencial no exame das medidas cautelares patrimoniais. Com efeito, como destaca Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “no caso das medidas cautelares patrimoniais, a referibilidade significa que a constrição patrimonial não poderá ser mais intensa do que o valor do dano a ser satisfeito ao final, em caso de condenação.” (*Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal*, in *Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal*, in C. S. VILARDI, F. R. B. PEREIRA, T. D. NETO (coord.), *Direito Penal Econômico - Crimes Econômicos e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 171). Anota-se, contudo, que a associação entre referibilidade e cautelaridade não se mostra pacífica na doutrina. José Roberto dos Bedaque entende que a referibilidade encontra-se tanto nas medidas cautelares conservativas, quanto nas medidas antecipatórias (lembrando-se que, para o autor, as medidas antecipatórias consistem em uma espécie de cautelar), não sendo, portanto, critério útil para distingui-las. (*Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 217). Ademais, destaca-se o entendimento de João Gualberto Garcez Ramos. No processo penal, segundo o autor, não é possível afirmar que a ausência de referibilidade conduz, automaticamente, à tutela sumária antecipatória. Pode ocorrer um *tertius genus*, entre as duas formas de tutela e que “pode ser sumariamente identificado como atuação própria de polícia.” (*A tutela de ...*, *op. cit.*, p. 94).

⁵⁶¹ Em âmbito processual penal, a ideia de referibilidade ganha destaque ainda maior, como ressalta João Gualberto Garcez Ramos, já que a situação de perigo que ensejou a adoção da medida cautelar a ela se atém de modo absoluto. Desta forma, ainda que aquele que a requer apresente provas contundentes da culpabilidade do acusado, não há como o juiz satisfazer a pretensão de condenação no curso do processo. Como já destacado, a presunção de inocência e a garantia do devido processo legal exigem que o

O caráter da referibilidade, portanto, ocupa-se da relação entre as medidas cautelares e uma específica situação de direito material, em relação à qual se destina a garantia fornecida pela providência acautelatória. Como se nota, a referibilidade se situa no plano do direito material, não se mostrando adequado o entendimento no sentido de conceituar esta característica como a necessária vinculação entre as medidas cautelares e uma específica situação de perigo a que se objetiva assegurar.⁵⁶²

De fato, deve-se observar a atuação da referibilidade como a vinculação da tutela cautelar em face de uma situação concreta de direito material. Em âmbito processual penal, este conceito tem relevância, na medida em que torna estritos os limites da incidência das medidas cautelares de caráter pessoal e de caráter patrimonial. Este caráter, sem dúvida, é de relevo para o controle das intervenções aos direitos fundamentais no campo processual penal.

Nesta esteira, observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró que, no caso de medidas cautelares patrimoniais, a referibilidade tem por sentido restringir a constrição patrimonial ao exato valor do dano a ser satisfeito no caso de eventual condenação. Isto porque, como se destacou, a tutela cautelar refere-se à determinada situação de direito material, nesta hipótese, à punição de um crime específico, e destina-se a resguardar a utilidade e a eficácia do pronunciamento condenatório definitivo que tenha por conteúdo este delito.⁵⁶³

Este entendimento aplica-se, de forma semelhante, às medidas cautelares de caráter pessoal, de modo que a incidência de restrições à liberdade pessoal ou a outros direitos individuais deve guardar referibilidade à situação de direito material específica. Desta forma, a tutela cautelar representada por meio de restrições à liberdade do imputado,

pronunciamento condenatório se dê somente após o correto e o regular desenvolvimento do processo penal. Em síntese, o autor associa a referibilidade com o “liame existente entre a tutela e o caso penal que é objeto do processo penal de conhecimento” (*A tutela de ..., op. cit.*, p. 94).

⁵⁶² Cf. M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ..., op. cit.*, p. 75. Como ressalta João Gualberto Garcez Ramos: “a referibilidade dá uma ideia de ligação estrita entre a situação de perigo e a proteção jurídica que se pede. Há referibilidade no sentido de que a tutela cautelar se refere, *exclusivamente*, à situação de perigo que se pretende remediar, não indo jamais além, para alcançar e dizer algo sobre a existência ou inexistência do direito que fundamentou a ação de conhecimento” (*A tutela de ..., op. cit.*, p. 93).

⁵⁶³ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal*, in *Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal*, in C. S. VILARDI, F. R. B. PEREIRA, T. D. NETO (coord.), *Direito Penal Econômico - Crimes Econômicos e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 170-171.

por exemplo, deve sempre se referir à punição por um crime determinado e esta referibilidade lhe serve, igualmente, de limitação.⁵⁶⁴

Neste sentido, as medidas cautelares pessoais não podem representar uma constrição mais gravosa do que a eventual sanção punitiva a ser alcançada em caso de condenação, o que se mostra evidente em se tratando, a título de exemplo, de infrações penais de menor potencial ofensivo ou de infrações às quais se comine a pena de multa.

3.4.5. EXCEPCIONALIDADE

Ademais, as medidas cautelares revelam-se providências excepcionais, em que pese o recurso constante a estas providências para se afastar o inconveniente representado pela demora na prestação jurisdicional. E, de fato, o condicionamento da concessão da tutela cautelar a pressupostos específicos ressalta a natureza excepcional dessas providências.⁵⁶⁵ Em âmbito processual penal, a excepcionalidade assume uma importância considerável, atuando como autêntica regra hermenêutica a indicar uma análise restritiva das disposições normativas sobre tutela cautelar.⁵⁶⁶

A excepcionalidade das medidas cautelares processuais penais, em especial as de caráter pessoal, é acentuada pelo tratamento constitucional dispensado à temática da prisão e da liberdade. Com efeito, o legislador constituinte, tendo consagrado a liberdade individual como garantia fundamental e digna de tutela constitucional, não poderia se mostrar insensível à problemática da prisão e da liberdade provisórias. Assim, diversos dispositivos constitucionais revelam verdadeiras garantias ao cidadão, bem como limitações e condições impostas às medidas restritivas ao *ius libertatis* adotadas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.⁵⁶⁷

Como observa Aury Lopes Júnior, a compreensão que se deve realizar da excepcionalidade das medidas cautelares de caráter pessoal necessita que se conjugue esta

⁵⁶⁴ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal*, in *Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal*, in C. S. VILARDI, F. R. B. PEREIRA, T. D. NETO (coord.), *Direito Penal Econômico - Crimes Econômicos e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 170-171.

⁵⁶⁵ Cf. F. M. de A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁶⁶ Cf. M. Z. DE MORAES, *Prisão temporária*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. III, 2.^a ed., p. 922-923). Neste sentido, destaca o mencionado autor: “A excepcionalidade da medida cautelar de prisão, vista como influxo constitucional, é alcançada ao se analisar de modo restritivo tanto os dispositivos legais que tratam a matéria prisional quanto as situações fáticas subsumíveis àquelas normas”. (*Prisão temporária*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. III, 2.^a ed., p. 922-923).

⁵⁶⁷ Neste sentido, o art. 5º e seus incisos LIV, LVII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI da Constituição brasileira de 1988.

nota essencial ao reconhecimento constitucional da presunção de inocência. Como já se destacou, a afirmação do estado de inocência do indivíduo constitui um “princípio fundamental de civilidade” e decorre da “(...) opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenhamos que tolerar a impunidade de algum culpado, pois tão grande como é a ameaça dos delitos o é o das penas arbitrárias”.⁵⁶⁸

3.4.6. JURISDICIONALIDADE

Outra característica fundamental às providências cautelares revela um interesse ao campo processual penal.⁵⁶⁹ Trata-se da jurisdicionalidade. Com efeito, as medidas cautelares são medidas judiciais, tendo em vista encontrarem-se submetidas ao controle da autoridade jurisdicional constitucionalmente competente. O caráter jurisdicional destas providências resulta da garantia assegurada em nossa ordem constitucional da inafastabilidade da jurisdição e aponta para a necessária apreciação jurisdicional das providências cautelares, a qual pode ocorrer no momento de decretação da medida ou no momento de sua convalidação.⁵⁷⁰

Em face dos inúmeros preceitos dedicados pelo constituinte à temática da prisão e da liberdade, restou evidente o propósito da Constituição brasileira de 1988 em submeter as limitações ao direito de liberdade do indivíduo ao controle jurisdicional. Na hipótese de flagrante delito, em que o controle jurisdicional não é prévio, o legislador determinou a imediata comunicação da captura do juiz. Assim, qualquer prisão que não decorra do estado de flagrância ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade

⁵⁶⁸ *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 209. Ainda do mesmo autor, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 53-54.

⁵⁶⁹ Neste momento, destaca-se a característica da jurisdicionalidade como de relevo para o campo processual penal, em virtude do tema desenvolvido no presente trabalho. Com efeito, as medidas cautelares de caráter pessoal adotadas no curso da persecução penal, orientadas ao direito de liberdade pessoal ou a outros direitos individuais, somente podem ser determinadas por autoridade jurisdicional. Com isto, ressalta-se que o destaque ao Direito Processual Penal não significa desconsiderar a importância desta característica da jurisdicionalidade também para o sistema processual civil. De fato, o controle jurisdicional, de igual modo, se faz presente no Direito Processual Civil, ainda que não conte com preceitos constitucionais tão específicos como se nota para as matérias processuais penais. Assim, a tutela cautelar no processo civil também é necessariamente uma tutela jurisdicional.

⁵⁷⁰ Cf. A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 56; A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 312-313; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 93; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 109.

jurisdicional competente deve ser reputada um ato arbitrário e uma indevida restrição ao *status libertatis* do indivíduo.⁵⁷¹

3.5. CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Neste tópico, procura-se apresentar uma classificação das medidas cautelares processuais penais em vigência no Brasil. A sistematização das medidas cautelares no processo penal brasileiro não adota como ponto de partida o critério legal, uma vez que o tratamento das medidas cautelares pelos diplomas processuais penais nacionais é marcado pela ausência de rigor sistemático e pelo caráter esparso com que as providências assecuratórias são encontradas na legislação.⁵⁷² Estas circunstâncias, sem dúvida, contribuem para que as espécies de medidas cautelares apresentadas pelos autores nem sempre coincidam, demonstrando-se diversas as categorias de medidas cautelares no sistema processual penal brasileiro.⁵⁷³

⁵⁷¹ Cf. J. F. MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, 2.^a ed., Campinas, Millenium, 2000, p. 125-126. Sobre o caráter cautelar da prisão em flagrante, v. Capítulo 5, item 5.3.4. Esta característica da jurisdicionalidade incide em face de qualquer medida cautelar de caráter pessoal no campo processual penal, não somente aquelas medidas destinadas à privação ou à restrição à liberdade, mas também as medidas orientadas a outros direitos individuais.

⁵⁷² Cf. R. P. ALVES, *O poder geral de cautela no processo penal*, in *Revista dos Tribunais* n.799, p. 427; R. P. de C. BARROS, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 33.

⁵⁷³ Como ressaltado, as categorias de medidas cautelares demonstram-se diversas no sistema processual penal brasileiro. Isto porque cada doutrinador que se detém no exame das medidas cautelares adota uma classificação própria dessas providências, dando destaque ao critério que entende mais relevante (Cf. R. P. de C. BARROS, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 28). No entanto, é possível depreender um núcleo comum que permite apresentar a sistematização exposta. Apenas para elucidar as diversas posições doutrinárias, cite-se a classificação dos seguintes autores: 1) Alejandro A. Abal Oliú opta por uma classificação das medidas cautelares de acordo com a natureza do objetivo imediato que perseguem. Assim, apresenta as medidas que “se refieren al secuestro de cosas; o a la aposición de habitaciones; o las que se refieren a la libertad física del imputado; o a la libertad de comunicación del mismo; o a la libertad física de los testigos; o a la libertad de trabajo del escribano procesado y preso; etc” (*Medidas cautelares sobre la libertad del imputado*, Montevideo, Juridicas, 1977, p. 61); 2) Marcellus Polastri Lima apresenta uma classificação das medidas cautelares quanto à sua finalidade, distinguindo em medidas de: “1. garantia ou segurança da prova, como a busca e a apreensão e a produção antecipada de prova; 2. Garantia ou segurança em relação aos bens, para fins de se garantir futura reparação civil *ex delicto*, como são exemplos o seqüestro e o arresto; 3. Garantia ou segurança com a antecipação provisória da prestação jurisdicional, como é o caso da prisão provisória em todas as suas modalidades. (*Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 102); 3) Romeu Pires de Campos Barros classifica as medidas cautelares processuais penais, consoante o seguinte esquema: a) cautelas pessoais: prisões provisórias (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente da pronúncia e prisão em virtude da sentença penal condenatória recorrível); medidas de segurança e interdições de direito; contracautelas (fiança e liberdade provisória); restrições processuais; b) cautelas patrimoniais; c) cautelas referentes aos meios de prova. Com relação às cautelas pessoais apontadas pelo autor, ressalta-se a insubsistência da prisão em decorrência da pronúncia e da sentença condenatória recorrível em virtude das modificações do Código de Processo Penal. Muitos autores, na realidade, já destacavam a incompatibilidade dessas prisões provisórias com a sua natureza cautelar e o princípio constitucional da presunção de inocência (Cf. L. F. GOMES, *Direito de apelar em liberdade*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 61-62; R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 384-385). 4) Valdir Sznick entende que as medidas cautelares se dividem em cautelas conservativas e cautelas preventivas. Ao elucidar as hipóteses da primeira espécie, o

Em relação a esta temática, os ensinamentos advindos do processo civil também exercem reconhecida influência, mas não se pode simplesmente transpor ao sistema processual penal as classificações elaboradas por doutrinadores daquele ramo. O estudo das medidas cautelares processuais penais reserva caracteres próprios, o que aconselha a adoção de categorias que observem as suas peculiaridades.⁵⁷⁴

Em linhas gerais, as medidas cautelares podem ser classificadas a partir do objeto sobre o qual incidem, o que remete a: a) medidas cautelares pessoais; b) medidas cautelares patrimoniais;⁵⁷⁵ c) medidas cautelares relativas à prova. As medidas cautelares pessoais são providências que recaem sobre pessoas, relacionando-se com o indivíduo em face do qual se exerce o *ius puniendi* estatal. É o caso das hipóteses de prisão cautelar e de liberdade provisória. Já as medidas cautelares patrimoniais incidem diretamente sobre coisas, destinando-se a evitar o seu perecimento, a sua transferência ou a sua destruição.⁵⁷⁶ Por sua vez, as medidas cautelares relativas à prova, tanto para efeitos penais, como para efeitos civis.⁵⁷⁸

autor retoma os ensinamentos de Romeu Pires de Campos Barros (*O Processo Penal Cautelar*, in *Revista de Processo*, n.º 2, 1976, p. 222): “Muitas dessas medidas podem também resultar na antecipação da providência final. É o que acontece com a prisão preventiva”. Mais adiante, complementa: “Prende-se o acusado para que dele se possa dispor como prova no processo; para evitar que crie obstáculos na comprovação do fato; mas, isso, também importa na antecipação da pena de prisão que venha a lhe ser imposta na sentença penal” (*Liberdade, prisão cautelar ...*, *op. cit.*, p. 294-295). No entanto, importante ressaltar esta proposição, haja vista que a prisão cautelar jamais pode representar antecipação da pena a ser imposta através de uma decisão jurisdicional definitiva, tendo em vista os princípios assegurados em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana. 5) José Frederico Marques ressaltava a existência de providências cautelares administrativas e jurisdicionais a depender de sua origem. Assim, as providências cautelares administrativas provêm de atividade de ordem administrativa, ao passo que as providências cautelares jurisdicionais resultam de um processo jurisdicional. O autor ainda aponta para o necessário controle jurisdicional sobre o exercício administrativo, de modo que: “Quando a medida acautelatória não é imposta através das vias processuais, por órgão judiciário, pode haver controle jurisdicional *a posteriori* para exame de sua adequação à lei e à ordem jurídica. De certo modo, a ação com que se pede o controle e a prestação jurisdicional relativos à medida cautelar administrativamente imposta é igualmente ação cautelar, como cautelar será também a decisão que venha a apreciar a medida anteriormente imposta.” (*Elementos de direito processual penal*, vol. IV, 2.ª ed., Campinas, Millenium, 2000, p. 14).

⁵⁷⁴ Cf. R. P. de C. BARROS, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, 1982, p. 35; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁷⁵ Como destaca Romeu Pires de Campos Barros, com relação às cautelas que recaem sobre coisas ou sobre bens, “(...) melhor atenderia ao seu significado ou função, com uma denominação abrangente de todos os bens e interesses que possam ser acautelados, tal como a adotada pela doutrina italiana: *cautelais patrimoniais*.” (*Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 35).

⁵⁷⁶ Cf. V. SZNICK, *Liberdade, prisão cautelar ...*, *op. cit.*, p. 295.

⁵⁷⁷ Antônio Scarance Fernandes conceitua as medidas cautelares reais, como denomina, a partir de sua natureza civil, uma vez estarem relacionadas com a reparação do dano ocasionado pelo delito. (*Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 312-313).

⁵⁷⁸ Cf. A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 56; e cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, pp. 312-313.

Ademais, as providências de natureza cautelar podem comportar a seguinte classificação, orientada em face de sua finalidade: a) cautelas conservativas; b) cautelas preventivas. No campo processual penal, as cautelas conservativas voltam-se a assegurar o estado de coisas, tendo por objetivo conservar a situação existente ao tempo do crime.⁵⁷⁹ Ao seu turno, as cautelas preventivas importam a modificação do estado de coisas, sendo exemplos as modalidades de prisão cautelar e as hipóteses de liberdade provisória. Trata-se de providências orientadas a evitar que uma situação determinada de perigo transmude-se em um estado de dano consumado.⁵⁸⁰

Os critérios adotados na sistematização acima delineada revelam, como observa Fábio Machado de Almeida Delmanto, uma visão intrínseca das medidas cautelares. Ao lado desta sistematização, as medidas cautelares também podem ser analisadas sob o ponto de vista extrínseco, o que acena para uma classificação em: “a) medidas nominadas (típicas) e inominadas (atípicas); b) medidas antecedentes e incidentes;⁵⁸¹ c) quanto à forma e especificidade e taxatividade.”⁵⁸² Em face das restrições aos direitos individuais e das garantias assentadas em nossa ordem constitucional, não há lugar, no processo penal, para medidas cautelares inominadas restritivas da liberdade, sendo absoluta a incidência da estrita legalidade neste âmbito.⁵⁸³

3.6 PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES

Ao lado das características das medidas cautelares apresentadas, são ressaltados os pressupostos necessários à sua decretação e à sua atuação, sendo estes comumente denominados nos estudos processuais civis como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ São exemplos de cautelas conservativas o arresto de bens (art. 125 do Código de Processo Penal); o sequestro de bens móveis (art. 132 do Código de Processo Penal); a especialização e o registro de hipoteca legal (art. 134 do Código de Processo Penal); o exame de corpo de delito (art. 6.º e art. 158 do Código de Processo Penal).

⁵⁸⁰ Cf. F. M. de A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 107, nt. 68.

⁵⁸¹ Como destaca Fábio Machado de Almeida Delmanto, as medidas cautelares antecedentes correspondem àquelas que atuam antes do recebimento da denúncia ou da queixa. Já as medidas cautelares incidentes são aplicadas após o oferecimento da denúncia ou da queixa (*Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 106, nt. 65).

⁵⁸² *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 106.

⁵⁸³ Fábio Machado de Almeida Delmanto retoma a classificação de autoria de Rogério Lauria Tucci e de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, apresentada no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP.

⁵⁸⁴ Em primeiro lugar, anota-se que José Roberto dos Santos Bedaque entende inserir-se a constatação dos pressupostos da tutela cautelar como o próprio mérito do provimento cautelar, não se tratando de condições da ação cautelar. Esta colocação do autor justifica-se em face do sistema processual civil, que admite a existência de processo cautelar autônomo. Como visto, no processo penal, a maioria dos autores entende não

3.6.1 *FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA*

Toda providência de natureza cautelar demanda a presença de dois pressupostos fundamentais. Em primeiro lugar, torna-se necessária a verificação da probabilidade do direito alegado, o que se faz por meio de elementos concretos e objetivos.⁵⁸⁵ Ademais, a autoridade jurisdicional deve apreciar a conformidade da providência cautelar com o ordenamento jurídico, aferindo, em concreto, a possibilidade de sua decretação e de sua manutenção. Trata-se do denominado *fumus boni iuris*.⁵⁸⁶

O exame da probabilidade da existência do direito impõe ao magistrado a análise de elementos da relação substancial, com o que se constata a presença de verdadeiro nexo entre a tutela cautelar e o direito material.⁵⁸⁷ Não obstante, a atividade cognitiva que se desenvolve para certificar a verossimilhança das alegações apresentadas situa-se em um plano sumário em muito distante da análise exauriente que se requer para a concessão da tutela principal, o que, sem dúvida, justifica o juízo de mera probabilidade - jamais de certeza - a que se chega com semelhante atuação.⁵⁸⁸⁻⁵⁸⁹

subsistir um processo penal cautelar autônomo, mas somente medidas cautelares incidentais. Não obstante, torna-se relevante assentar que tais pressupostos, no entendimento do autor, não caracterizam condições especiais da ação cautelar: “O *fumus boni iuris* e o *periculum mora* estão relacionados com o interesse de agir. Se a descrição feita pelo requerente da tutela cautelar revela, em tese, a necessidade e a adequação da medida pleiteada, isto significa que tais requisitos foram corretamente afirmados na inicial. Se provados, concederá o juiz a tutela pretendida”. Desta forma, conclui o autor, a necessidade da tutela cautelar decorre da presença destes dois requisitos, os quais devem ser indicados pelo requerente para se aferir o seu legítimo interesse processual na tutela pleiteada, mas também devem ser comprovados sumariamente, consistindo no mérito da tutela cautelar. (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 144; 171-172). Para Marcellus Polastri Lima: “Os mesmos **pressupostos processuais e condições da ação** que são exigidos no processo de conhecimento e de execução, também o serão para o processo cautelar, guardadas as peculiaridades de cada processo. Porém, no processo cautelar se agregam mais dois requisitos ou pressupostos específicos: o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**”. (*Tutela cautelar no ...*, op. cit., p. 76).

⁵⁸⁵ Como destaca José Roberto dos Santos Bedaque: “Já a cognição sumária realizada no pedido cautelar implica exame da situação concreta, que deve estar amparada por um mínimo de suporte probatório, suficiente para convencer o juiz de que o direito afirmado não apenas é possível em tese, mas também em concreto” (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 193).

⁵⁸⁶ Cf. O. A. B. da SILVA, *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 121.

⁵⁸⁷ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 190.

⁵⁸⁸ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 188-189, 192-193. Neste sentido, prossegue o autor: “Na verdade, probabilidade, plausibilidade, verossimilhança, são expressões sem conteúdo definido, o que possibilita ao juiz, em cada caso concreto, maior liberdade para identificar a presença do requisito necessário à concessão da cautelar. Mas não parece possível afastá-lo do plano material, pois de outra coisa não se trata senão de um direito aparentemente existente, conclusão a que se chega mediante cognição sumária. *Fumus boni iuris* significa, portanto, juízo de verossimilhança, decorrente de cognição superficial, não exauriente, da relação material. A cognição plena leva ao juízo de certeza, autorizando a tutela definitiva”. (*Op. cit.*, p. 192-193). Neste sentido, R. P. C. BARROS, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 13; L. G. MARINONI, *Tutela cautelar e ...*, p. cit., p. 62-63; J. G. G. RAMOS, *A tutela de...*, op. cit., p. 90; G. H. R. I. BADARÓ, *Op. cit.*, p. 419; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, op. cit., p. 76;

O caráter sumário da cognição em sede cautelar revela-se, antes de tudo, uma exigência lógica e naturalmente compreensível em face da urgência característica de providimentos desta natureza. A imposição de um exame cognitivo exauriente a demandas cautelares – além de “supérfluo e inútil”, como destaca Ovídio Araujo Baptista da Silva –, demonstrar-se-ia “incompatível com a *urgência* que se presume, invariavelmente, como elemento constante para o cabimento da tutela cautelar”.⁵⁹⁰ Esta é a razão para a sumariedade, que caracteriza a tutela cautelar, apresentar-se não somente sob o ponto de vista material, mas também sob o ponto de vista formal, exigindo uma forma abreviada de procedimento, a qual, no entanto, nada tem a ver com a ausência de cognição exauriente.⁵⁹¹ Trata-se apenas de elementos que se complementam - sumariedade formal e sumariedade

M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 41. Ademais, como ressalta Galeno Lacerda, a verificação do pressuposto em análise torna-se ainda mais criteriosa em face do poder geral de cautela, nas hipóteses em que se admite: “Tratando-se de cautela inominada, em que a responsabilidade do juiz se revela maior devido à amplitude da descrição, diríamos, até, que mais rigor deve ser posto na avaliação da verossimilhança do direito alegado. Mas, prova *a priori* da existência absoluta, plena e cabal deste, não é de exigir-se sob pena de esvaziarmos o conteúdo da ação principal, destinada à pronúncia sobre o direito *controvertido*”. (*Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, tomo I, 2.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 164).

⁵⁸⁹ Desta forma, o juízo de verossimilhança serve, igualmente, como verdadeiro limite à atividade jurisdicional desempenhada em sede cautelar. Como destaca Ovídio Araújo Baptista da Silva: “Com efeito, a proteção cautelar não pressupõe somente a simples *aparência* do direito a ser tutelado, mas exige que ele não apareça ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível”. (*Do processo cautelar ...*, *op. cit.*, p. 69). Isto porque, nas hipóteses em que os elementos probatórios apresentados inicialmente já revelarem um estágio que supere a mera probabilidade do direito, não há que se falar em situação de aparência, bem como se torna absolutamente desnecessária a tutela cautelar. (Cf. L. G. MARINONI, *Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 62-63). Assim, prossegue Ovídio Araújo Baptista da Silva: “Se o direito apresenta-se como uma indiscutível *evidência*, a resposta jurisdicional não deverá mais ser a tutela de simples segurança, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa. (...) Se as circunstâncias demonstram ser evidente a existência do direito, então toda a demora destinada a restaurá-lo torna-se desnecessária, *supérflua* e *ilegítima*. A tutela cautelar deve submeter-se à contingência de tutelar a aparência do direito, porque a investigação probatória exauriente provocaria sua irremediável destruição, ou uma redução significativa em sua utilidade prática”. (*Do processo cautelar ...*, *op. cit.*, p. 70). Não obstante as considerações do autor, não se deve excluir a possibilidade de incidência de uma medida cautelar, quando se mostrar evidente a existência do direito. Deve-se procurar a tutela jurisdicional adequada ao caso apresentado, a qual poderá se revelar uma tutela cautelar.

⁵⁹⁰ *Do processo cautelar ...*, *op. cit.*, p. 69. Neste sentido, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “Há consenso de que a tutela cautelar não é prestada com base em uma certeza judicial. Em razão do caráter urgente da medida, a doutrina ressalta que nos processos e nas medidas cautelares, o juiz exerce uma cognição sumária. Justamente por ser sumária, a cognição exercida pelo juiz seria limitada em sua profundidade, permanecendo em um nível superficial”. (*Op. cit.*, p. 418-419). Ainda, conforme, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 200-201; G. ARIETTA, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, CEDAM, 1982, p. 38; A. P. PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare*, in *Rivista di diritto civile*, ano XXXIII, n. 2, mar.-apr. 1987, p. 127;

⁵⁹¹ Com efeito, como destaca Luiz Guilherme Marinoni: “A abreviação do procedimento, porém, não tem necessária interferência com a cognição. Basta atentarmos para o procedimento sumaríssimo, ou ainda para o procedimento do mandado de segurança, nos quais a cognição é exauriente” (*Tutela cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 61).

material -, a fim de atender à urgência constante em todo e qualquer provimento cautelar.⁵⁹²

A sumariedade da cognição na tutela cautelar e a reconhecida ausência de certeza quanto ao direito controvertido não autorizam, todavia, “uma maior facilidade na obtenção da tutela cautelar” ou uma atividade cognitiva menos criteriosa por parte do magistrado.⁵⁹³ Em outras palavras, a admissão do caráter sumário da cognição em sede cautelar não implica o reconhecimento de uma cognição superficial quanto aos pressupostos necessários para a sua concessão: ao contrário, a cognição exercida pelo magistrado quanto à probabilidade do direito e quanto à probabilidade do dano revela-se, de fato, exauriente e sem quaisquer limitações quanto à sua profundidade.⁵⁹⁴ Na realidade, como destaca Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, constata-se que os limites não se encontram na profundidade da cognição, mas no *thema decidendum* da tutela cautelar, o qual se revela não um tema de certeza, “mas *um tema de probabilidade*”.⁵⁹⁵

Em segundo lugar, torna-se necessário constatar a urgência resultante do perigo da demora em se obter a prestação jurisdicional definitiva. Como ressalta Gaetano Foschini, a legitimidade da atuação cautelar deriva não do perigo genérico, representado pelo regular lapso temporal decorrente da duração de um processo judicial, mas deve vir assentado em elementos objetivos e concretos, que denotem, de forma razoável, a

⁵⁹² Cf. L. G. MARINONI, *Tutela cautelar e ...*, op. cit., p. 60-62; O. A. B. da SILVA, *Do processo cautelar...*, op. cit., p. 68-69.

⁵⁹³ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Op. cit.*, p. 420.

⁵⁹⁴ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Op. cit.*, p. 420-421. Neste sentido, adverte o autor: “Não se pode esquecer que a profundidade da cognição é um conceito relativo. Para afirmar que algo é “superficial” (no sentido de sumário) é necessário conhecer os extremos da profundidade. Em outras palavras, nada é “profundo” em si mesmo. (...) Assim, somente quando comparada com a cognição exercida no “processo principal” é que é possível afirmar que a cognição exercida no processo cautelar é “menos profunda”, ou “superficial” ou ainda “sumária”. Mesmo assim, tal expressão somente terá sentido quando se referir ao mesmo “plano vertical”, que no caso será o direito material ou a relação material controvertida. Neste sentido, a cognição “sumária” da tutela cautelar verifica a *probabilidade da existência do direito*, enquanto a cognição plena, exercida para se conferir a tutela jurisdicional definitiva, analisa a própria *certeza da existência do direito*”. Desta forma, somente se pode afirmar que a cognição, na tutela cautelar, revela-se superficial ou sumária, no momento em que esta atividade cognitiva é comparada com àquela exercida no processo principal. Com efeito, a primeira contenta-se com a análise da probabilidade da existência do direito, ao passo que a segunda demanda a verificação da existência do direito controvertido. No entanto, ao se examinar a cognição em sede cautelar de modo isolado, isto é, sem qualquer referência ao processo principal e ocupando-se apenas e tão somente dos pressupostos necessários à sua obtenção, verifica-se que a cognição exercida pelo magistrado deve apresentar-se exauriente e profunda. Nesta esteira, destaca-se a conclusão de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “Assim, o juiz somente pode conceder a tutela cautelar quando existir prova plena dos requisitos exigidos em lei: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Tais requisitos, contudo, não são requisitos de certeza, mas sim de probabilidade. Consequentemente, a parte que requereu a tutela jurisdicional corre o risco de não obtê-la, se não fornecer a prova plena do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Isto é, se não houver prova plena da *probabilidade* do direito e prova plena da *probabilidade* do perigo”. (*Op. cit.*, p. 421-422).

⁵⁹⁵ *Op. cit.*, p. 421.

probabilidade da transformação do dano temido em dano efetivo, caso não se realize a intervenção estatal representada pela providência acautelatória.⁵⁹⁶ Tem-se, então, o denominado *periculum in mora*.⁵⁹⁷

Desta forma, a atividade cautelar não resta assentada apenas e tão somente no genérico e eventual risco ao aproveitamento dos resultados da sentença no processo principal em decorrência da duração do processo, já que a sua incidência sobre direitos individuais ou a livre disponibilidade patrimonial – no caso das medidas cautelares reais – implica um considerável custo ao seu destinatário, o qual deve, igualmente, ser sopesado no momento de concessão da cautela. Nos termos de Gaetano Foschini, “il grado del pericolo e quindi della urgenza necessaria per l’attuazione di una cautela deve essere in proporzione col costo della cautela stessa, costo che, come è ovvio, varia secondo il variare delle cautele”.⁵⁹⁸

A exata compreensão do conteúdo da tutela cautelar, bem como da necessária distinção entre esta espécie de tutela jurisdicional e a tutela antecipada, aconselha que se diferencie entre duas espécies de *periculum in mora* a serem neutralizadas por meio de uma das mencionadas tutelas sumárias e de urgência.⁵⁹⁹

A tutela cautelar tem a sua concepção intimamente relacionada com a duração do processo e com a impossibilidade de se obter a prestação jurisdicional de modo

⁵⁹⁶ *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 453. Neste sentido, R. P. de C. BARROS, *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, pp. 41-42. Como destaca José Roberto dos Santos Bedaque: “A tutela cautelar pressupõe a existência de perigo para a efetividade do provimento definitivo e, conseqüentemente, para o direito deduzido em juízo. O *periculum in mora* é característica essencial e distintiva do provimento cautelar. Sem o *periculum in mora* não há por que recorrer à tutela cautelar, pois ele representa a própria razão de existência dessa modalidade especial de proteção jurisdicional” (*Tutela Cautelar e ...*, *op. cit.*, p. 173).

⁵⁹⁷ Assim ressalta Piero Calamandrei: “Ma, affinché sorga l’interesse specifico a chiedere una misura cautelare, occorre che a questi due elementi (*prevenzione ed urgenza*) se ne aggiunga un terzo, che è quello in cui propriamente reside la portata caratteristica del *periculum in mora*: occorre, cioè, che per ovviare tempestivamente al pericolo di danno che minaccia il diritto, la tutela ordinaria si riveli troppo lenta, sicchè, in attesa che si maturi attraverso il lungo processo ordinario il provvedimento definitivo, si debba provvedere in via d’urgenza ad impedire con misure provvisorie che il danno minacciato si produca o si agravi *in quella attesa*. Il *periculum in mora* che sta a base delle misure cautelari non è dunque il generico pericolo di danno giuridico, al quale si può in certi casi ovviare colla tutela ordinaria: ma è specificamente il pericolo di quell’ulteriore danno *marginale*, che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo.” (*Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 173).

⁵⁹⁸ *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 453.

⁵⁹⁹ Cf. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio ...*, *op. cit.*, p. 195; A. P. PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare*, in *Revista di diritto civile*, ano XXXIII, n. 2, mar.-abr. 1987, p. 119; G. H. R. I. BADARÓ, *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. de M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 162; M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 46.

imediato. Estas circunstâncias, como já demonstrado, representam uma constante ameaça à utilidade e à eficácia da tutela jurisdicional. Neste sentido, as providências cautelares orientam-se a combater este risco e a assegurar a atuação efetiva da intervenção judicial relativamente ao direito subjetivo deduzido em juízo.⁶⁰⁰ Este risco – representado pelo período necessário ao alcance do pronunciamento jurisdicional principal – foi identificado pela doutrina italiana como *pericolo da infruttuosità*.⁶⁰¹ Trata-se, portanto, do risco de ineficácia ou de escassa utilidade da providência jurisdicional em razão de acontecimentos ou de mudanças no estado de coisas durante a realização do devido processo legal, os quais podem comprometer ou até mesmo impossibilitar a sua atuação concreta e efetiva.⁶⁰²

⁶⁰⁰ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 172-173).

⁶⁰¹ Cf. A. P. PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare*, in *Revista di diritto civile*, ano XXXIII, n. 2, mar.-abr. 1987, p. 119.

⁶⁰² Como destaca Andrea Proto Pisani: “Per *pericolo da infruttuosità* si intende il pericolo che durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena sopraggiungano dei fatti tali da rendere impossibile o molto più difficoltosa la concreta possibilità di attuazione della sentenza (o dell’ordinanza in ipotesi di istruzione preventiva) a cognizione piena. Come tipici esempi di *pericolo di infruttuosità*, si pensi al pericolo che mirano a neutralizzare provvedimenti cautelari della specie del sequestro conservativo (atti di disposizione giuridica) o del sequestro giudiziario (atti di disposizione materiale e talvolta anche giuridica)”. (*Appunti sulla tutela cautelare*, in *Revista di diritto civile*, ano XXXIII, n. 2, mar.-abr. 1987, p. 119-120). Piero Calamandrei já destacava esta espécie de *periculum in mora*, ao anotar que, em alguns casos: “(...) il provvedimento cautelare non mira ad accelerare la soddisfazione del diritto controverso, ma soltanto ad apprestare in anticipo mezzi atti a far sì che l’accertamento (sub a) o l’esecuzione forzata (sub b, d) di quel diritto, avvengano, *quando la lentezza del processo ordinario lo consentirà*, in condizioni praticamente più favorevoli: ciò che è urgente, in altre parole, non è la soddisfazione del diritto, ma la assicurazione preventiva dei mezzi atti a far sì che il provvedimento principale, quando verrà, sia giusto e praticamente efficace”. (*Introduzione allo studio ...*, op. cit., p. 195). Neste sentido, Ferruccio Tommaseo: “Invero, è esperienza comune che durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo si possa profilare il sopraggiungere di fatti tali da porre in pericolo le concrete possibilità di attuazione della sentenza sul merito della controversia, di provocarne quindi la pratica infruttuosità. In queste ipotesi, il tempo viene considerato come il mero presupposto del verificarsi o del profilarsi di fatti che, ove si verificassero o si ripetessero, pregiudicherebbero la reintegrazione del diritto leso. (...) A porre rimedio a queste situazioni sono preordinati i provvedimenti cautelari volti appunto ad impedire, durante lo svolgimento dell’azione di cognizione il verificarsi o il ripetersi di fatti lesivi. In tal modo la tutela cautelare manifesta una spiccata funzione preventiva favorendo la conservazione dello *status quo* affinché sia impedito il perfezionarsi di un fatto capace di produrre danno, danno quindi non intrinseco alla durata del processo, ma soltanto reso possibile o favorito da questa.” (*I provvedimenti d’urgenza – struttura i limiti della tutela anticipatoria*, Padova, CEDAM, 1983, p. 133). Conforme José Roberto dos Santos Bedaque: “Nesses casos, o sistema prevê soluções urgentes, não para apressar o resultado final, mas para viabilizá-lo. São medidas cautelares destinadas a preservar determinada situação, resguardando-a apenas, sem satisfazer o direito controvertido. Com isso, asseguram a efetividade da tutela satisfativa, pois neutralizam o fato gerador do perigo. A urgência não está na satisfação do direito, mas na conservação preventiva” (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 178). Como se pode notar, a medida adequada a neutralizar o denominado *pericolo de infruttuosità* ostenta evidente caráter conservativo, orientando-se à preservação da situação material ameaçada e sem cogitar da satisfação do direito discutido em juízo. A referência a medidas cautelares conservativas apenas se justifica em face de autores, como José Roberto dos Santos Bedaque, os quais admitem que as medidas cautelares possam assumir conteúdos diversos, compreendendo não somente aquelas providências destinadas a preservarem a situação jurídica material, mas também aquelas providências que antecipam os efeitos do pronunciamento jurisdicional principal, satisfazendo provisoriamente o direito controvertido. Este último conteúdo é reconhecido pela doutrina nacional majoritária como referente à tutela antecipada, de caráter provisório, sumário, satisfativo e não cautelar. Esta distinção é de extrema relevância para análise das medidas cautelares de caráter pessoal no campo processual penal, uma vez que não se deve admitir a possibilidade de que estas

Outro é o caso do *pericolo da tardività*, derivado exclusivamente da demora excessiva do processo.⁶⁰³ Sem dúvida, o dispêndio de tempo demandado para o regular desenvolvimento processual faz prolongar demasiadamente a insatisfação do direito discutido em juízo, o que, muitas vezes, por si só revela-se um dano ao seu titular. Nestas hipóteses, a solução apresentada pelo legislador consiste em adotar medidas antecipatórias, capazes de satisfazer, ainda que em caráter provisório e sumário, o direito controvertido até o advento do pronunciamento jurisdicional definitivo.⁶⁰⁴

Em linhas gerais, a tutela cautelar e a tutela antecipada vêm responder à urgência característica do *periculum in mora*, sendo as exigências correspondentes a cada espécie de urgência elementos importantes na distinção entre estas duas formas de tutela jurisdicional.⁶⁰⁵

caracterizem nítida antecipação de tutela, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência, como será demonstrado.

⁶⁰³ “Per *pericolo da tardività* si intende il pericolo che sia la mera durata del processo, col protrarre nel tempo lo stato di insoddisfazione del diritto, ad essere causa di pregiudizio” (Cf. A. P. PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare*, in *Revista di diritto civile*, ano XXXIII, n. 2, mar.-abr. 1987, p. 120). Piero Calamandrei, ao apontar a diferença entre o “perigo de desprovelto” e o “perigo de demora do procedimento principal”, destaca que, neste último caso: “(...) il provvedimento interinale mira ad *accelerare* in via provvisoria la soddisfazione del diritto, perchè il *periculum in mora* è costituito non dal temuto venir meno dei mezzi occorrenti per la formazione o per la esecuzione del provvedimento principale sul merito, ma proprio dal protrarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto, di cui si contende nel giudizio di merito. Qui, pertanto, il provvedimento provvisorio *cade direttamente sul rapporto sostanziale controverso*: è un accertamento interinale di merito (per es. del diritto agli alimenti, nel caso previsto dall’art. 808 Cod. proc. civ.; del diritto al rispetto delle distanze legali nella denuncia di nuova opera, ecc.), il quale dà modo alla parte che ha ottenuto a suo favore il provvedimento cautelare di soddisfare immediatamente, anche attraverso la esecuzione forzata, il diritto provvisoriamente riconosciute, in attesa del provvedimento principale” (*Introduzione allo studio ...*, op. cit., p. 196).

⁶⁰⁴ “Outro, todavia, é o perigo causado pela mera duração excessiva do processo de cognição plena, circunstância que também pode gerar prejuízo ao titular do direito. Mas aqui não se vislumbra a necessidade de a medida de urgência preservar para garantir eficácia. A ameaça à efetividade do provimento decorre exclusivamente do tempo. O retardamento na entrega da tutela satisfativa, por si só, constitui causa do dano, pois reduz ou até elimina a utilidade que o provimento satisfativo representa para a esfera jurídica do titular do direito. Trata-se de perigo decorrente da demora, do atraso na entrega da prestação, cuja eliminação depende de medidas urgentes, voltadas para a própria satisfação do direito, antecipada e provisoriamente” (*Introduzione allo studio ...*, op. cit., p. 178).

⁶⁰⁵ Andrea Proto Pisani, ao contrário, relaciona cada espécie de *periculum in mora* a diversas categorias de medidas cautelares: “Sinteticamente, mentre alla presenza di un pericolo c.d. da infruttosità la misura cautelare deve prevenire il danno che può derivare dal verificarsi, durante le more del processo, di fatti lesivi del diritto controverso, alla presenza di un pericolo c.d. da tardività la misura cautelare deve impedire – tramite la tecnica della anticipazione della soddisfazione – il pregiudizio che il perdurare di una situazione anti-giuridica provoca al titolare del diritto. Corrispondentemente a queste due specie di *pericula in mora*, è possibile distinguere, si sogliono distinguere, i provvedimenti cautelari in due grosse categorie: AA) provvedimenti cautelari *conservativi* della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza; bb) provvedimenti cautelari *anticipatori* della soddisfazione del diritto;”. Após tal distinção, ressalta o autor que: “È da notare però che la corrispondenza tra pericolo da infruttuosità e provvedimenti cautelari conservativi da un lato, e pericolo da tardività e provvedimenti cautelari anticipatori dall’ altro lato, viene meno con riferimento ai provvedimenti di istruzione preventiva: queste peculiari misure cautelari, infatti, sono destinate per un verso ad *anticipare* la acquisizione del materiale istruttorio, per altro verso hanno lo

3.6.2 *FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS*

O reconhecimento dos pressupostos para a concessão de medidas cautelares colabora para diferenciar o exercício da função cautelar das demais formas de prestação jurisdicional do Estado, além de ressaltar que as providências cautelares voltam-se a objetivos específicos e distintos dos pretendidos pela sentença de mérito. Esta constatação revela-se essencial no campo processual penal, pois somente em face dessa realidade torna-se possível compatibilizá-las com a ordem constitucional brasileira, que proíbe a consideração prévia da culpabilidade.⁶⁰⁶

Em face das peculiaridades de que se reveste o processo penal, alguns autores preferem valer-se dos conceitos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* aos pressupostos já consagrados pelo Direito Processual Civil, reservando-se o denominado *periculum libertatis* - especificamente - para as hipóteses de medidas cautelares de caráter pessoal.⁶⁰⁷⁻⁶⁰⁸ Isto porque, como ressalta Marta Cristina Cury Saad

scopo di prevenire il danno, ulteriore rispetto a quello derivante dalla mera durata del processo, che può derivare al diritto alla prova dalla perdita del mezzo di prova o dell'oggetto della prova.” (*Appunti sulla tutela cautelare*, in *Revista di diritto civile*, ano XXXIII, n. 2, mar.-abr. 1987, p. 121). Nesta esteira, também Ferruccio Tommaso reconhece a existência de provimentos cautelares com conteúdo antecipatório, adotados pelo legislador para solucionar o denominado *pericolo de tardività*: “Invero, è noto che il legislatore per soddisfare l'esigenza di evitare il danno nel ritardo e quindi per remediare al pericolo di tardività implicito nel ricorso agli strumenti della cognizione ordinaria, utilizza due tecniche alternative: da un lato, quella facente capo ai procedimenti sommari di condanna e quindi ai cosiddetti accertamenti con prevalente funzione esecutiva; dall'altro, quella fondata sull'utilizzazione di provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio degli effetti della sentenza di merito alla quale essi sono strumentalmente coordinati.” (*I provvedimenti d'urgenza – struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, CEDAM, 1983, p. 129).

⁶⁰⁶ Cf. R. L. TUCCI, R. DELMANTO JÚNIOR, *et. all.*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁰⁷ Neste sentido, o entendimento de Roberto Delmanto Júnior: “Os conceitos de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, todavia, não se ajustam, com exatidão, ao tratamento das medidas cautelares constritivas da liberdade previstas em nosso processo penal. A fumaça do bom direito e o perigo na demora do processo, diante das peculiaridades da imposição de qualquer modalidade de prisão provisória, não satisfazem. Para tanto, e com a devida vênia, ao invés de se falar em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, preferimos nos utilizar dos termos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, na esteira dos ensinamentos de Giovanni Conso e Vittorio Grevi (*As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 83-84). Este também o posicionamento de Maurício Zanoide de Moraes: “No processo não-penal (p.ex., civil e administrativo), esses requisitos já estão classicamente definidos, respectivamente, como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. No processo penal, superada de há muito a dependência desse ramo do direito aos estudos sempre mais desenvolvidos no processo civil, as clássicas expressões devem ser adaptadas às peculiaridades do direito material tratado naquele ramo processual, qual seja, o direito penal em cujo contexto resta uma luta entre direitos indisponíveis: o *ius puniendi* e *ius libertatis*”. Destarte, este autor apresenta as denominações *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. (*Prisão temporária*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. III, 2.^a ed., p. 922-923). Nesta esteira, é de se ressaltar, também, o entendimento esposado por Aury Celso Lima Lopes Júnior relativamente aos denominados requisitos e fundamentos da tutela cautelar no processo penal. Como destaca esse autor, a doutrina nacional é unânime em apontar como requisitos para a adoção das providências cautelares o *fumus boni iuris* o *periculum libertatis*, observando as lições de Francesco Carnelutti. No entanto, esta postura revela um grande equívoco “em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal exatamente em um ponto em que não é possível tal analogia.

Gimenes, os conceitos de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora* não podem ser conduzidos ao processo penal sem o devido e o necessário temperamento, tornando-se necessário encontrar pressupostos mais adequados ao tratamento das medidas cautelares processuais penais.⁶⁰⁹ Neste sentido, destaca-se o entendimento de Aury Lopes Júnior.⁶¹⁰

De fato, neste particular ramo processual, o pressuposto para a decretação de uma medida restritiva em caráter cautelar não consiste na probabilidade da existência do direito de acusação, tendo em vista, inclusive, a admissão de prisões cautelares ocorrentes antes mesmo de uma acusação formal, como se verifica nas hipóteses

Aqui, é fundamental buscar-se categorias jurídicas próprias para explicar o fenômeno do processo penal.” (*Fundamento, Requisito e Princípios Gerais das Prisões Cautelares*, in *Revista dos Tribunais* n. 748, p. 452).

⁶⁰⁸ Na realidade, a doutrina não se mostra uníssona ao definir os caracteres e os pressupostos das medidas cautelares. Ainda, a divergência já desponta na própria terminologia empregada, referindo-se ora a pressupostos, ora a requisitos para a decretação e para a atuação das providências cautelares processuais penais. Este dissenso é notado não somente nos ensinamentos de direito processual civil, mas também nos estudos voltados à tutela cautelar no direito processual penal. De fato, Roberto Delmanto Júnior esclarece que: “os pressupostos da prisão cautelar estão atrelados às suas formas ou condições: materialidade e autoria”, os quais, em sua definição, correspondem ao *fumus commissi delicti*. Prossegue o autor: “Já os seus requisitos dizem respeito como os seus elementos estruturais, ou seja, necessidade cautelar”, os quais indicam o resguardo da instrução e da aplicação da lei penal, isto é, *periculum libertatis* (*As modalidades de..., op. cit.*, p. 83). Fábio Machado de Almeida Delmanto alude à presença de certos pressupostos do provimento cautelar no processo penal, restritivo da liberdade individual, quais sejam: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. “Constituem, pois, os pressupostos os elementos necessários que devem ser analisados antecipadamente a qualquer decisão judicial” (*Medidas substitutivas e ..., op. cit.*, p. 98). Aury Lopes Júnior, por exemplo, apresenta como requisito para a decretação de uma medida cautelar em matéria penal o denominado *fumus commissi delicti*, isto é, “a probabilidade da ocorrência de um delito e nunca de um direito”. Por sua vez, o perigo de fuga do imputado, representado um permanente “*risco de frustração dos fins do processo em virtude da ausência do sujeito passivo*” revela-se, para o autor, não como um requisito, mas sim como o fundamento das medidas cautelares: “As medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo com a função de *garantir a presença do sujeito passivo*. No processo penal o fundamento das cautelares não se resume ao perigo de fuga. Também serve de fundamento o perigo de destruição da prova, alarma social e reiteração delitiva.” (*Fundamento, Requisito e..., in Revista dos Tribunais*, n. 748, p. 452; o autor também destaca seu entendimento em *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 200-201). Em síntese, entre os autores que entendem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como pressupostos, podem ser indicados V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 3.^a ed., Madrid, COLEX, 1999, p. 472; G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, CEDAM, 2000, p. 350; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 452.

⁶⁰⁹ *As medidas assecuratórias ..., op. cit.*, p. 41. Vale lembrar que o raciocínio da autora encontra-se voltado à análise das medidas cautelares patrimoniais adotadas no processo penal. Com relação a estas providências cautelares, a autora opta por substituir os pressupostos tradicionais do processo civil por justa causa remota e justa causa próxima para a sua decretação. Não obstante, a ressalva continua sendo de grande valia para o presente estudo.

⁶¹⁰ O mencionado autor aponta a sua discordância em relação à postura doutrinária de, simplesmente, repassar ao processo penal o “requisito e o fundamento das medidas cautelares” consagrados no processo civil, com base nos ensinamentos de Piero Calamandrei, identificando-os com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*: “(...) De destacar-se que o trabalho de CALAMANDREI é de excepcional qualidade e valia, mas não se pode transportar alguns de seus conceitos para o processo penal de forma imediata e impensada como tem sido feito. O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia.” (*Introdução crítica ao ..., op. cit.*, p. 199-200).

de prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva decretada no curso das investigações.⁶¹¹

Ademais, como aponta Aury Lopes Júnior, a decretação de uma medida cautelar processual penal tem em vista não a plausibilidade da ocorrência de um direito, mas um fato aparentemente punível. O juízo de probabilidade e de verossimilhança através do qual o magistrado constata – em caráter hipotético – o eventual resultado favorável àquele que requer a medida cautelar não pode ter lugar no processo penal. Em matéria penal, semelhante raciocínio não se antecipa no curso da ação penal condenatória, já que quaisquer avaliações acerca da procedência ou não da acusação somente terão lugar ao final daquela.⁶¹² Logo, apresenta-se correto afirmar como pressuposto para a adoção de medidas cautelares processuais penais o denominado *fumus commissi delicti*⁶¹³ ou *fumus delicti*⁶¹⁴ a indicar a probabilidade da ocorrência de um delito.⁶¹⁵

Desta forma, no campo processual penal, vislumbra-se mais pertinente a mencionada designação em relação ao tradicional *fumus boni iuris*. Assim, no processo penal condenatório ou em sede de inquérito policial, para a decretação de uma providência cautelar deverá o magistrado verificar a presença de elementos concretos e efetivos que denotem a existência de uma infração e de sua respectiva autoria.⁶¹⁶ Estas avaliações não

⁶¹¹ Cf. M. Z. de MORAES, *Prisão Cautelar*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. III, 2.^a ed., p.198. Ademais, como ressalta Marta Cristina Cury Saad Gimenes, “seria absurdo entender-se que o juízo a que se procede, no processo penal, para a decretação da medida cautelar, seria um juízo do provável sucesso do direito afirmado pelo acusador”. (*As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 42).

⁶¹² *Introdução crítica ao ...*, *op. cit.*, p. 199-200; M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 42-43.

⁶¹³ Cf. M. C. C. S. GIMENES, *As medidas assecuratórias ...*, *op. cit.*, p. 44; G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, CEDAM, 2000, p. 350; R. L. TUCCI, R. DELMANTO JÚNIOR *et all.*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 121, nt. 47; M. Z. de MORAES, *Prisão temporária*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. III, 2.^a ed., p. 922-923.

⁶¹⁴ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Fundamentos, Requisitos e ...*, in *Revista dos Tribunais*, *op. cit.*, p. 452.

⁶¹⁵ Nesse sentido, argumenta Aury Lopes Júnior: “Como se pode afirmar que *um delito é uma “fumaça de bom direito”*? No processo penal *o requisito para a decretação de uma medida coercitiva* não é a probabilidade de existência de um direito de acusação alegado. O objeto do processo nesse momento não é um direito, mas um delito. Logo, o correto é afirmar que o *requisito* para a decretação de uma medida cautelar em matéria penal é a existência do *fumus commissi delicti*, ou seja, *a probabilidade da ocorrência de um delito e nunca de um direito*.” (*Fundamentos, Requisitos e ...*, in *Revista dos Tribunais*, *op. cit.*, p. 452).

⁶¹⁶ Para adoção das medidas cautelares processuais penais, além da prova da materialidade do delito, exigem-se indícios de autoria do acusado ou do investigado. Sobre este tema, Giovanni Conso e Vittorio Grevi comentam o dispositivo da legislação italiana, que demanda a existência a cargo do destinatário da medida cautelar pessoal de “gravi indizi di colpevolezza” para a concessão de semelhante providência. Como destacam os autores, o dispositivo legal teve “(...) l’evidente proposito di accentuare (rispetto alla formula tradizionale del codice previgente, dove ci si accontentava di “sufficienti indizi”) la **consistenza della piattaforma indiziaria** indispensabile per l’adozione di qualunque misura cautelare personale.” (*Compendio di procedura penale*, Padova, CEDAM, 2000, p. 351). Com relação às medidas cautelares pessoais, objeto do presente estudo, a comprovação de indícios fortes e sérios de autoria é imprescindível para autorizar a sua

estão a contrariar a presunção de inocência, uma vez que não revelam uma consideração judicial sobre o mérito da causa, nem antecipam prováveis efeitos de uma eventual sentença condenatória. Portanto, não cabe ao órgão julgador apurar a probabilidade do direito alegado por uma das partes em face da outra, mas tão-somente constatar, por meio de uma cognição sumária e urgente, a materialidade delitiva, bem como a existência de indícios suficientes de autoria.⁶¹⁷

Ademais, acerca do juízo de verossimilhança que se realiza na decretação de uma medida cautelar, resta lembrar que o grau de cognição exigido do magistrado se satisfaz com um juízo de probabilidade, mas não de mera possibilidade. Como bem observa Aury Lopes Júnior, em âmbito de providências cautelares, não cabe mencionar juízos de certeza, mas entre a possibilidade, que compreende razões favoráveis ou contrárias à hipótese em equivalência, e a probabilidade, que demanda um predomínio de argumentos positivos à tese, a decretação de medidas cautelares processuais penais – em especial, da prisão cautelar – conforma-se tão-somente com a probabilidade.⁶¹⁸

decretação e não pode ser confundida com um prejulgamento. A base, portanto, para a concessão das mencionadas medidas não consiste no juízo de culpabilidade, mas na demonstração da seriedade desses indícios, o que emerge como “(...) uma verdadeira exigência do direito à presunção de inocência, uma vez que vem limitar, ao máximo, a utilização da prisão provisória (...)”, como destaca Roberto Delmanto Júnior. Este autor ainda ressalta a incongruência do nosso diploma processual penal, que parece conferir uma proteção mais contundente ao patrimônio e não à liberdade pessoal. Isto porque, ao descrever os pressupostos da prisão preventiva, o legislador contenta-se com a prova de “indício suficiente de autoria” (artigo 312 do Código de Processo Penal), ao passo que demanda para a decretação do arresto prévio a prova de “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (artigo 126 do Código de Processo Penal). (*As modalidades de...*, *op. cit.*, p. 85-86). Ainda, F. M. de A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 100, nt. 54, A. LOPES JÚNIOR, *Introdução crítica ao ...*, *op. cit.*, p. 201-202.

⁶¹⁷ Vicente Gimeno Sendra constata a diferença de atuação em sede processual civil e em sede processual penal do pressuposto das medidas cautelares ora discutido. No processo penal, em que se discute “(...) la futura actuación del *ius puniendi*, como consecuencia de la comisión de un delito (...), o *fumus boni iuris* (...) estriba precisamente en la *razonada atribución del hecho punible* a una persona determinada.” (V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 472). Como destaca Aury Celso Lima Lopes Júnior, o requisito ora enfocado esta a exigir do magistrado a formulação de um juízo de probabilidade sobre a ocorrência do crime e sua respectiva autoria. Ademais, consoante destaca o autor, retomando os ensinamentos de Francesco Carnelutti, não se esta a requerer, neste momento, um simples juízo de possibilidade – em que “as razões favoráveis e contrárias à hipótese são equivalentes”, prescindindo de um predomínio das razões positivas sobre as negativas –, nem um juízo de certeza. No entanto, para a efetivação de uma providência cautelar de caráter pessoal, releva-se necessário um juízo de probabilidade, em que as razões positivas predominem para o convencimento do julgador. Por fim, como sintetiza o autor: “requisitos positivos do delito significa prova de que a conduta é aparentemente *típica, ilícita e culpável*. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade...) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, etc.)” (*Fundamento, Requisito e ...*, in *Revista dos Tribunais*, *op. cit.*, p. 454)

⁶¹⁸ *Introdução crítica ao ...*, *op. cit.*, p. 202. Em face da relevância dos interesses envolvidos e da intensidade da restrição imposta ao indivíduo, a concessão de medidas cautelares pessoais não pode jamais prescindir de um juízo de probabilidade. O mencionado autor retoma os ensinamentos de Carnelutti para construir o raciocínio apresentado, concluindo que: “A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a

As considerações que aconselham a substituição do *fumus boni iuris* por um pressuposto mais condizente com a realidade processual penal também levam a doutrina a refletir sobre o simples deslocamento do *periculum in mora* à estrutura cautelar no processo penal. Desta forma, a nomenclatura empregada para designar o perigo decorrente do tempo necessário ao desenvolvimento do processo é, igualmente, alvo de uma adaptação às particularidades do processo penal.

Estas correções, por assim dizer, mostram-se recorrentes no tratamento das medidas cautelares pessoais. Como anota Maurício Zanoide de Moraes, no âmbito processual penal, não se atenta ao perigo que a demora na prestação jurisdicional definitiva acarretará à pretensão deduzida, mas sim ao perigo representado pela liberdade do investigado ou do acusado, em face da constante ameaça à proficuidade processual. Assim, torna-se mais apropriado referir-se ao *periculum libertatis* – perigo de liberdade.⁶¹⁹⁻⁶²⁰

Desta forma, a atividade jurisdicional direcionada à concessão e à manutenção de medidas cautelares pessoais deve embasar-se na necessidade da restrição à liberdade individual para a segurança da instrução processual ou para a eventual execução da sentença condenatória. Justamente por este motivo, esse pressuposto encontra-se,

verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito” (*Introdução crítica ao ..., op. cit.*, p. 202-203). Desta forma, em sua atividade cognitiva, o juiz deverá atentar para a demonstração de um fato típico, ilícito e culpável. Há, no entanto, de compreender os limites da mencionada probabilidade. Com relação à autoria ou à participação, o juízo cognitivo poderá não estar escorado em provas plenas. Como já afirmado, neste momento, não se está diante de um juízo de certeza, mas de simples probabilidade. No entanto, com relação à materialidade ou a existência da infração penal, a atividade cognitiva deverá assentar-se na certeza, ainda que esta se alcance consoante o estado da persecução penal. Neste ponto, portanto, não se mostra suficiente o juízo de probabilidade. Ademais, é imprescindível que reste afastada a possibilidade de ocorrência de qualquer causa de exclusão de ilicitude. Em face da menor dúvida sobre a ocorrência de semelhante causa de justificação, torna-se fraca “a própria probabilidade da ocorrência do crime (enquanto fato típico, ilícito e culpável), sendo incompatível com a prisão cautelar” (Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Introdução crítica ao ..., op. cit.*, p. 203).

⁶¹⁹ Cf. M. Z. de MORAES, *Prisão Cautelar*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. III, 2.^a ed., p. 200.

⁶²⁰ Como aponta Aury Lopes Júnior, o *periculum in mora*, adotado pela doutrina civilista como o risco decorrente do lapso temporal indeterminado até o advento do pronunciamento jurisdicional definitivo, conforma-se, perfeitamente, às medidas cautelares reais, tendo em vista a possibilidade de depreciação do patrimônio. Ao contrário, nas medidas cautelares de caráter pessoal o viés preponderante consiste na “situação de perigo criada pela conduta do sujeito passivo do processo. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da pretensão punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo em virtude da ausência do acusado ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova).” (*Fundamento, Requisito e ..., in Revista dos Tribunais, op. cit.*, p. 455). Na verdade, segundo defende Marta Cristina Cury Saad Gimenes, a inadequação em tentar, simplesmente, transferir o conceito de *periculum in mora* do processo civil ao processo penal pode ser aferida não somente com relação às medidas cautelares pessoais, mas, de igual forma, com relação às medidas cautelares reais. Assim, a autora propõe o conceito de justa causa próxima e remota para a decretação das medidas cautelares patrimoniais. (*As medidas assecuratórias ..., op. cit.*, p. 57).

frequentemente, identificado pelas fórmulas que aduzem à possibilidade de fuga do investigado ou do acusado, bem como ao risco que a instrução processual enfrenta com a liberdade deste. Cabe, aqui, no entanto, a ressalva de que a mera referência a estas fórmulas, muitas vezes eleitas pelo legislador em face de sua generalidade, não satisfaz a exigência decorrente do princípio da presunção de inocência, razão pela qual deverá vir lastreada em circunstâncias objetivas e concretas que denotem a real necessidade da medida cautelar.⁶²¹ ⁶²²

As dificuldades em se conceber uma disciplina normativa adequada aos ditames da presunção de inocência não são poucas, o que justifica as inúmeras impropriedades no tratamento legislativo das medidas cautelares pessoais. Com efeito, a avaliação do *periculum libertatis* não é tarefa fácil e o legislador, em regra, acaba se desincumbindo desse dever através do emprego de termos vagos e genéricos, com o propósito de resguardar o maior número possível de situações concretas. Outras vezes, a valoração desta urgência resta determinada em absoluto pela lei, o que, obviamente, também não condiz com o ideal de regulamentação para as medidas cautelares pessoais, pois subtrai o essencial da atividade jurisdicional neste campo, qual seja: a averiguação da necessidade concreta na decretação da medida cautelar.⁶²³

Isto porque, enquanto a generalidade da lei termina por deixar ao livre critério judicial a apreciação do *periculum libertatis*, com escassas balizas legais a indicar uma verdadeira proteção à liberdade individual – exigência maior da legalidade na disciplina das medidas cautelares pessoais – a determinação *a priori* de situações em que

⁶²¹ Cf. M. Z. DE MOARES, *Prisão Cautelar*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. III, 2.^a ed., p. 200.

⁶²² Neste sentido, aliás, a crítica de Aury Celso Lima Lopes Júnior, segundo o qual “*é inconcebível qualquer presunção de fuga*, até porque substancialmente inconstitucional frente à Presunção de Inocência”. Como insiste o autor, toda decisão determinando uma medida restritiva à liberdade individual deve vir lastreada em um “fundado temor, jamais ser fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga. Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o receio de evasão do réu”. (*Fundamento, Requisito e ...*, in *Revista dos Tribunais*, *op. cit.*, p. 457).

⁶²³ Acerca da regulamentação normativa do *periculum in mora*, Gaetano Foschini ressalta que: “La valutazione della urgenza (e quindi del pericolo nel ritardo) alcune volte è fatto dallo stesso legislatore con riferimento a taluni elementi considerati sintomatici. Così, ad es. con riferimento alla gravità del reato, desunta dall’entità della pena detentiva cominata in astratto, il legislatore dalla stessa imputazione fa derivare la presunzione di urgenza e quindi dichiara obbligatoria la cattura, mentre in altri casi, o perchè trattasi di reati non punibili con pena detentiva, o perchè la pena prevista in astratto è inferiore ad una data misura, è esclusa ogni possibilità di cattura. Tra l’una e l’altra ipotesi l’AG rimane libera di apprezzare in concreto l’esistenza del presupposto dell’urgenza (cattura facoltativa).” (*Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 453-454).

este risco é presumido pode conduzir, em muitos casos, a prisões automáticas e despidas de qualquer caráter cautelar.

As complicações no tratamento das medidas cautelares processuais penais não se esgotam no plano legislativo; ao contrário, estendem-se ao campo da atividade jurisdicional e da delicada tarefa de fundamentação dos provimentos judiciais desta natureza.

E, de fato, quando se passa a analisar a fundamentação dos decretos cautelares, em especial das prisões cautelares, percebe-se que o *periculum libertatis* – frequentemente – resta identificado com a gravidade do delito e, por isso, da eventual pena a ser imposta ou simplesmente com rótulos sensacionalistas, tais como “crime hediondo”, “tráfico de substâncias entorpecentes” ou “crime organizado”, como observa Aury Lopes Júnior.⁶²⁴ Assim, a exigência de elementos concretos e objetivos a demonstrar os pressupostos de cautelaridade cede espaço a decisões em muito distantes da demonstração da necessidade da providência cautelar.

Desta forma, a solução encontrada por intérpretes e por operadores do sistema jurídico consiste em atribuir aos ditames legais uma interpretação condizente à natureza cautelar de providências adotadas no curso das investigações ou da ação penal condenatória e sem descurar dos valores inseridos em nossa ordem constitucional, a condenar quaisquer considerações prévias de culpabilidade. Estas colocações fazem-se totalmente pertinentes ao ordenamento jurídico brasileiro, em que a disciplina normativa da prisão temporária e da prisão preventiva suscita inúmeras críticas da doutrina, como será demonstrado em momento oportuno.⁶²⁵ Por ora, há de se ressaltar brevemente em que consiste a polêmica doutrinária em torno das mencionadas medidas cautelares.

3.6.3 DISCIPLINA NORMATIVA DA PRISÃO TEMPORÁRIA E DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com relação à prisão temporária, uma análise sumária e literal da Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, não permite compreender prontamente os seus pressupostos cautelares, levando autores a reconhecer a sua inconstitucionalidade por se afastar da necessária natureza cautelar de que se devem revestir prisões anteriores à

⁶²⁴ *Introdução crítica ao ...*, op. cit., p. 204-205.

⁶²⁵ V. Capítulo 4.

condenação definitiva.⁶²⁶ Com intuito de alcançar o caráter cautelar da presente medida, muitos autores indicam a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* na correta interpretação dos dispositivos legais, cuja ausência de técnica pode conduzir a hipóteses de prisões sem revelar a menor necessidade cautelar.

Desta forma, entende-se o *fumus commissi delicti* como presente na exigência de “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes (...)”, todos indicados no artigo 1.º, inciso III, da Lei n.º 7.960/1989. É indispensável, portanto, a demonstração da plausibilidade da imputação iminente, ou que esta mostre com razoáveis probabilidades – atestadas por meio de elementos concretos e objetivos.⁶²⁷ Por óbvio, a avaliação do magistrado deve se estender não somente à autoria ou à participação do indiciado, mas também à comprovação da materialidade dos crimes indicados no dispositivo em tela.

Já o *periculum libertatis* encontra-se representado pelas hipóteses previstas no artigo 1.º, incisos. I e II, da Lei n.º 7.960/1989, a saber: a) a imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial; b) o indiciado não apresentar residência fixa; c) o indiciado não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Ressalta-se, no entanto, que a interpretação dos dispositivos legais não encontra orientação unânime na doutrina, havendo aqueles que defendem a alternatividade dos incisos ou a sua cumulação. Em meio a controvérsia, tem prevalecido o entendimento pela combinação do inciso III com o inciso I ou com o inciso II do artigo 1.º, estando a indicar a presença de um dos delitos arrolados no inciso III e a verificação de uma das hipóteses de *periculum libertatis* previstas no inciso I ou no inciso II.⁶²⁸ Desta forma, as impropriedades de redação da lei são contornadas através de uma análise conjunta dos incisos, atestando a presença dos pressupostos cautelares. Sem

⁶²⁶ Cf. M. L. KARAM, *Prisão e liberdade processuais*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, abr.-jun. 1993, p. 89; F. da C. TOURINHO FILHO, *Processo penal*, vol. III, São Paulo, Saraiva, 2003, p.467.

⁶²⁷ Cf. M. Z. de MORAES, *Prisão temporária*, in *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol III, 2ª ed., p. 922.

⁶²⁸ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 321-322; A. P. GRINOVER, *Limites constitucionais à prisão temporária*, *Revista Jurídica Brasileira*, n.º 207, jan/1995, p. 35-39; A. M. GOMES FILHO, A. S. FERNANDES, A. P. GRINOVER, *As nulidades no ...*, *op. cit.*, p. 363-364; J. W. de FREITAS, *Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 124; F. da C. TOURINHO FILHO, *Processo penal*, vol. III, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 470-471; P. dos S. ANDRÉ, *Prisão Temporária – Medida Cautelar para Crimes Leves?* in *RT 691/396*, p. 398.

dúvida, esta interpretação revela-se a mais consentânea com o princípio constitucional da presunção de inocência.⁶²⁹

Com relação à prisão preventiva e à delimitação de seus pressupostos cautelares, as críticas às fórmulas legais tornam-se ainda mais contundentes, já que se trata da verdadeira pedra de toque das medidas cautelares de caráter pessoal. Os requisitos para a sua decretação, indicados no artigo 312 do Código de Processo Penal, buscam delinear a natureza cautelar da prisão anterior à sentença condenatória definitiva e servem de orientação às demais modalidades de prisão provisória.⁶³⁰

Assim, a imposição da prisão preventiva está a exigir a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*), ao que se acrescenta um dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, a indicar a ocorrência de *periculum libertatis*. Nestes casos, o juiz deverá aferir a real situação de perigo ocasionada pela conduta do acusado ou do investigado, a indicar a necessidade da medida para a garantia da ordem pública ou a garantia da ordem econômica, bem como para afastar sérios prejuízos à instrução criminal ou à futura aplicação da lei penal.⁶³¹

As polêmicas em torno da prisão preventiva situam-se na aferição do caráter cautelar da mencionada providência, quando adotada para garantia da ordem pública ou para garantia da ordem econômica.⁶³² Isto porque as exigências em torno da cautelaridade do processo penal não se satisfazem com referências genéricas à garantia de

⁶²⁹ Sobre a prisão temporária, v. Capítulo 5.

⁶³⁰ Cf. M. Z. de MORAES, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro – análise de sua estrutura normativa para a elaboração e para a decisão judicial*, Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 200. Como destaca o mencionado autor, as preocupações em torno da delimitação legal da prisão preventiva são ainda mais ressaltadas em face do caráter de referência que esta modalidade de prisão provisória apresenta para as demais. Ao discorrer sobre a expressão “ordem pública”, consagrada pelo legislador como critério para se avaliar a necessidade da prisão preventiva, o autor observa que: “ocorre, porém, que tal expressão porosa e sem limites possui um efeito estrutural não apenas para a prisão preventiva, em cujo capítulo foi inserida, mas, por ser essa forma de prisão a base para a verificação de todas as outras modalidades de medidas congêneres, também projeta seus deletérios efeitos às outras prisões provisórias”. (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro – análise de sua estrutura normativa para a elaboração e para a decisão judicial*, Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 200).

⁶³¹ Consoante aponta João Gualberto Garcez Ramos sobre os requisitos da prisão preventiva: “não há qualquer dúvida sobre o cabimento da prisão preventiva se ocorrer apenas um dos requisitos autorizativos. Não é preciso que se somem para justificá-la.” (*A tutela de ..., op. cit.*, p. 344).

⁶³² V. J. G. G. RAMOS, *A tutela de ..., op. cit.*, p. 370-375; A. LOPES JÚNIOR, *Introdução crítica ao ..., op. cit.*, p. 212-224.

ordem pública ou à garantia de ordem econômica, não se vislumbrando nestas hipóteses situações de real necessidade cautelar.⁶³³

Em ordenamentos jurídicos contemporâneos, são recorrentes os casos de prisões provisórias calcadas em requisitos legais genéricos, tais como os indicados, bem como decretadas com fundamento em presunções de fuga ou de periculosidade do acusado.⁶³⁴ Neste último caso, recorre-se à prisão provisória com base única e exclusivamente nos antecedentes do indivíduo, na gravidade do crime perpetrado e na necessidade de se evitar a continuidade das ações criminosas.⁶³⁵ Como ressalta Luigi Ferrajoli, a prisão preventiva escapa ao seu caráter cautelar para assumir a fisionomia de autêntica medida de prevenção social em face de perigosos e de suspeitos, revelando-se – verdadeiramente – antecipação da pena.⁶³⁶

Nestas hipóteses, é natural concluir que a prisão provisória afasta-se de seu caráter cautelar em direção ao outro extremo, isto é, ao das providências de urgência de caráter notoriamente satisfativo e antecipatório.⁶³⁷ A admissibilidade de fórmulas legais amplas e imprecisas para determinar a incidência de prisão preventiva transforma-a em *instrumento* de manobra para saciar o clamor público e a comoção social em face de

⁶³³ Maurício Zanoide de Moraes, acerca da “garantia da ordem pública”, ressalta que: “tal expressão, que na edição do código estava no art. 313, como requisito a ser indicado pelo juiz no caso de prisão preventiva facultativa, foi mantida no atual art. 312, mesmo após a reforma de 1967. Tanto em um quanto em outro dispositivo a expressão não possui qualquer limitação sistêmica para evitar que sirva de porta de entrada de muitos influxos subjetivos, desproporcionais e sem qualquer justificação constitucional”. (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro – análise de sua estrutura normativa para a elaboração e para a decisão judicial*, Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 198-199). Neste sentido, Aury Lopes Júnior destaca que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são providências cautelares, mas medidas de segurança pública, razão pela qual o autor as entende como substancialmente inconstitucionais. (*Introdução crítica ao ...*, *op. cit.*, p. 214).

⁶³⁴ Como observa Luigi Ferrajoli, em que pese o reconhecimento da presunção de inocência pelos ordenamentos jurídicos, a prisão preventiva continuou por estes legitimada, tendo se arraigado “profundamente em todos os ordenamentos europeus, estando presentes nas cartas constitucionais, consolidando-se nos códigos e estendendo-se nas práticas até atingir as bem conhecidas condições patológicas hodiernas. A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, 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 outros crimes” (*Direito e razão ...*, *op. cit.*, p. 509).

⁶³⁵ João Gualberto Garcez Ramos apresenta posicionamentos jurisdicionais acerca da prisão preventiva e a gravidade do fato. (*A tutela de ...*, *op. cit.* p. 356-358).

⁶³⁶ *Direito e razão ...*, *op. cit.*, p. 510.

⁶³⁷ Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão ...*, *op. cit.*, p. 509.

delitos de maior incidência e gravidade, quando, na verdade, esta deveria servir como *instrumento* dos escopos processuais, assim como as demais providências cautelares.⁶³⁸

Os debates em torno desses requisitos e a sua conformação à presunção de inocência serão destacados em momento posterior. Por ora, registre-se apenas as dificuldades de reconhecer os pressupostos e os caracteres de uma providência cautelar em face de tais disposições normativas.⁶³⁹

3.7. PODER GERAL DE CAUTELA

A tutela cautelar coloca-se como instrumento essencial para o desempenho da atividade jurisdicional do Estado. O caráter de relevo desta providência jurisdicional decorre de sua atuação como instituto orientado a evitar que o retardamento na elaboração do provimento definitivo comprometa a efetivação da garantia constitucional de acesso à justiça. A possibilidade de o juiz adotar medidas cautelares com os escopos delineados anteriormente suscita questionamentos no tocante à extensão e ao âmbito deste poder.⁶⁴⁰ Em seguida, apresentam-se os contornos do poder geral de cautela no sistema processual civil e no sistema processual penal.

3.7.1. O PODER GERAL DE CAUTELA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

Em razão de sua importância para a efetividade da atuação jurisdicional, as medidas cautelares encontram uma disciplina específica nos ordenamentos jurídicos atuais. Os sistemas processuais civis dispensam inúmeros dispositivos para traçar os regramentos gerais sobre a tutela cautelar, bem como para prever medidas cautelares específicas para assegurar determinadas situações concretas. Estas medidas cautelares taxativamente disciplinadas em lei são denominadas típicas ou nominadas e representam,

⁶³⁸ Neste sentido, leciona Odone Sanguiné. O autor destaca a inadmissibilidade da utilização do clamor público como fundamento da prisão preventiva, pois se mostra incompatível com os princípios constitucionais da legalidade, da presunção de inocência e da proporcionalidade. Ademais, como ressalta o autor, a inconstitucionalidade em se atribuir semelhante fundamento à prisão preventiva se escora no argumento de que “a prisão preventiva não está concebida como uma pena antecipada que possa cumprir fins de prevenção”. Prossegue o autor: “o alarma social somente é explicável desde a perspectiva da função apaziguadora e de satisfação de demandas de segurança coletiva – arquetípica da pena – da qual está ausente toda perspectiva cautelar propriamente dita. Assim, por muito que se façam declarações rechaçando a ideia de “pena antecipada”, a realidade é que o alarma social somente adquire relevância quando se atende à alteração do sentimento de segurança coletiva, isto é, à reação da coletividade ante o fato.” (*A inconstitucionalidade do clamor ...*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, op. cit., p. 279-280).

⁶³⁹ V. Capítulos 5 e 6.

⁶⁴⁰ Cf. J. R. DOS S. BEDAQUE, *Tutela cautelar e ...*, op. cit., p. 228-229.

muitas vezes, uma opção do legislador por enumerar as providências cautelares a serem adotadas pelos órgãos jurisdicionais.⁶⁴¹

Não obstante, a previsão normativa de medidas cautelares pode não se mostrar suficiente para atender a todas as demandas e as vicissitudes práticas. Nestas hipóteses, cabe ao magistrado adotar medidas cautelares inominadas ou atípicas, uma vez não estarem expressamente previstas e disciplinadas em lei, valendo-se do que se convencionou chamar de poder geral de cautela.

A admissão do poder geral de cautela decorre da própria atividade jurisdicional e do compromisso assumido pela atual Constituição de não excluir à apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito (artigo 5.º, inciso XXXV).⁶⁴² Neste sentido, o sistema processual civil autoriza o juiz a adotar medidas cautelares atípicas, desde que úteis a assegurar a eficácia do processo principal e adequadas a conferir a proteção necessária ao eventual direito de uma das partes, resguardando-o de perigo grave e de difícil reparação.⁶⁴³

Em suma, conforme José Roberto Dos Santos Bedaque, constata-se uma vinculação estrita e “(...) um nexo intenso entre a tutela cautelar e o escopo de efetividade do processo”. A incidência das medidas cautelares destina-se a afastar o risco de ineficácia do provimento jurisdicional definitivo e, desta forma, orienta-se a garantir ao titular de um direito a possibilidade de acesso amplo à jurisdição, confirmando-a como a via em que se

⁶⁴¹ Na realidade, a disposição normativa sobre o poder geral de cautela pode assumir as mais variadas facetas nos ordenamentos jurídicos nacionais. Isto porque a admissão do poder geral de cautela como regramento subsidiário das cautelares típicas ou nominadas ou como vetor normativo fundamental da tutela cautelar reflete uma opção legislativa. Desta forma, como observa Marcellus Polastri Lima, as legislações processuais civis da Alemanha e da França assumem o poder geral de cautela como a regra geral. Por outro lado, ordenamentos jurídicos como o brasileiro, o italiano e o português optaram por enumerar e disciplinar medidas cautelares específicas, apresentando a regra concernente ao poder geral de cautela como dispositivo subsidiário. (*Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 85).

⁶⁴² Cf. M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 80-82. Destaca-se a observação de José Roberto dos Santos Bedaque: “A tutela cautelar é, sem dúvida, componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, pois constitui importante instrumento de sua efetividade. Destinada a evitar o perigo de ineficácia do processo, bem como aquele decorrente do mero retardamento na entrega da prestação final, integra a garantia constitucional do amplo acesso à justiça e da ampla defesa. Por isso, ao lado das modalidades expressamente previstas e devidamente nominadas, dispõe o sistema de regra geral, admitindo o amplo poder cautelar do julgador, como meio de assegurar a utilidade da tutela principal” (*Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 229).

⁶⁴³ O Código de Processo Civil brasileiro assim dispõe: “Art. 798. 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 grave ou de difícil reparação. Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

tem a possibilidade de se obter um “(...) resultado próximo daquele que a satisfação voluntária lhe traria”.⁶⁴⁴

O poder geral de cautela tem por característica a discricionariedade, segundo o entendimento de Galeno Lacerda. Nos termos apresentados pelo autor, a previsão de cláusula genérica de outorga da proteção cautelar – sem se vincular a casos específicos ou a medidas cautelares previamente nominadas – revela uma liberdade de atuação a ser exercida nos limites traçados em lei.⁶⁴⁵

A norma ampla e abstrata que introduz o poder cautelar geral pressupõe o desempenho ponderado e prudente do magistrado ao determinar, em conformidade com seu justo arbítrio e com as peculiaridades do caso, as medidas cautelares adequadas a garantir a efetividade do provimento principal.⁶⁴⁶⁻⁶⁴⁷

Destarte, consoante destaca Marcellus Polastri Lima, a atuação do poder geral de cautela é admitida dentro dos parâmetros legais e mediante a comprovação dos pressupostos e dos requisitos para a adoção da medida cautelar, não se vislumbrando “um atuar absoluto” dos magistrados.⁶⁴⁸

Há que se ter presente, portanto, a necessidade da proteção cautelar a justificar a prestação jurisdicional sumária e urgente. Como destaca José Roberto dos Santos Bedaque, a incidência da tutela cautelar deve orientar-se sempre pelo risco de dano

⁶⁴⁴ *Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 229-230.

⁶⁴⁵ *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, Tomo I, 2.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 138

⁶⁴⁶ Cf. G. LACERDA, *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, Tomo I, 2.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 138. Ademais, prossegue o autor: “A esta altura convém precisar o conceito de discricção. Discricção não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da lei. Corresponde à idéia das lacunas necessárias na ordem jurídica, tão bem elaborada por ZILTEMANN. Há situações em que a lei, por defeito de abstração e generalidade, se vê impossibilitada de determinar a regra de conduta para as peculiaridades infinitas dos casos concretos. Muito melhor do que o legislador, haverá o juiz de prover a respeito. Por isso, a necessidade da lacuna, para a liberdade legal da discricção. (...)” (*Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, Tomo I, 2.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 138-139).

⁶⁴⁷ A previsão do poder geral de cautela, encontrada no art. 798 do Código de Processo Civil brasileiro, é objeto de leitura distinta por José Roberto dos Santos Bedaque. Não entende o mencionado autor que se possa afirmar a existência de poder discricionário do juiz quanto às cautelares inominadas: “No caso do juiz, não parece existir tal liberdade de escolha entre mais de uma solução legítima. Somente existe uma solução correta, cabendo ao juiz encontrá-la. Caso não tenha sucesso, sua decisão será modificada por órgãos superiores. O que existe, conforme já visto, é a falta de conteúdo preciso a determinados vocábulos, o que acaba dando ao juiz maior liberdade de interpretação. Isso, todavia, não significa discricionariedade”. (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 233, nt. 340).

⁶⁴⁸ *Op. cit.*, p. 90. Galeno Lacerda ressalta que: “Assim, o poder cautelar inominado está sujeito aos mesmos pressupostos e condições das cautelas jurisdicionais, indicados nas disposições gerais do Código sobre o processo cautelar, como legitimação processual e *ad causam* das partes, competência do juiz, aparência de direito, perigo de mora e receio de lesão” (*Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, tomo I, 2.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 157-158).

irreparável ou de difícil reparação e concretamente demonstrado, sendo que “não basta, evidentemente, argumentar apenas com a demora, ainda que patológica, do processo”.⁶⁴⁹ Sem tais limites, “(...) a tutela cautelar inominada se transformaria em via sumária de solução de conflitos”, alternativa reservada somente ao legislador.⁶⁵⁰

Ademais, a providência cautelar excepcional e inominada não será admitida, na hipótese de serem previstas no ordenamento jurídico medidas cautelares típicas e específicas, assim como não poderá substituir medida cautelar nominada expressamente prevista para a espécie, que, no entanto, não atendeu plenamente aos requisitos legais para ser concedida.⁶⁵¹

Desta forma, o poder geral de cautela coloca-se em caráter subsidiário, somente se revelando legítima a sua atuação em face da ausência de tutela jurisdicional, cautelar ou não, adequada à satisfação plena do direito.⁶⁵²

3.7.2. O PODER GERAL DE CAUTELA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

No processo penal, a discussão acerca da admissibilidade e dos limites do poder geral de cautela torna-se, sem dúvida, mais tormentosa. A relevância dos interesses em jogo e a complexidade das decisões no campo processual penal revelam a maior preocupação dispensada pelos estudiosos no reconhecimento de medidas cautelares atípicas, decretadas e concretizadas à revelia de quaisquer prescrições legais.

A atualidade deste debate é indiscutível, notadamente em face da notória exiguidade de providências cautelares, da ausência de rigor sistemático em seu tratamento pelo legislador processual penal brasileiro e de sua respectiva defasagem em relação à

⁶⁴⁹ *Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 231.

⁶⁵⁰ Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 231; S. SANCHES, *Poder cautelar geral do juiz – no processo civil brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 103-104, 106-107.

⁶⁵¹ Cf. A. A. de SOUZA, *O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, in RT 856/470, p. 491. Por outro lado, José Roberto dos Santos Bedaque entende possível a atuação do poder geral de cautela nas hipóteses em que a cautelar nominada não foi concedida por ausência de requisitos legais. (*Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 230). Nesta esteira, o importante é fixar que o recurso a providências cautelares inominadas somente se justifica em face da ausência de medidas cautelares específicas, o que se revela como verdadeira premissa seguida pelos ordenamentos jurídicos que prevêem o poder cautelar geral. Neste sentido, Galeno Lacerda: “O poder genérico e inominado não cabe se existirem no ordenamento jurídico outros meios típicos de tutela, previstos para a espécie. Esta regra limitativa da discrição geral vem expressa na doutrina e na jurisprudência, praticamente, de todos os países que adotam a cautela atípica. Note-se que os meios típicos, que a excluem, nem sempre possuem natureza cautelar. Basta que neles se preveja ato processual que atinja ao mesmo objetivo da medida de segurança” (*Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, Tomo I, 2.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 159).

⁶⁵² Cf. J. R. dos S. BEDAQUE, *Tutela Cautelar e ...*, op. cit., p. 230.

criminalidade contemporânea, o que compromete, em muito, a efetividade da prestação jurisdicional e submete os magistrados a verdadeiros impasses em face da dicotomia entre *prisão cautelar e liberdade* a que se vêem constantemente atados.⁶⁵³

Em relação às medidas cautelares processuais penais, o entendimento dominante orienta-se pela restrição destas providências às espécies previstas no ordenamento jurídico, bem como por sua subordinação a uma disciplina normativa limitada e específica, não se podendo cogitar, como lembra Antônio Magalhães Gomes Filho, de um “poder geral de cautela”, “através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil”.⁶⁵⁴⁻⁶⁵⁵

Com efeito, a natureza e a extensão da tutela cautelar em âmbito processual penal demandam contornos mais precisos e mais determinados do que os

⁶⁵³ Cf. A. A. de SOUZA, *O abuso do direito de requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 856, p. 480; R. L. BENUCCI, *A cautelaridade no processo penal – medidas cautelares reais*, in *Revista dos Tribunais*, n. 785, mar. 2001, p. 472; R. P. ALVES, *O poder geral de cautela no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 799, p. 427-428, 430. Como destaca o este último autor: “O desalentador quadro de medidas cautelares apresentado por nosso Código, não obstante todos os esforços levados a efeito pelo legislador nos últimos anos, contribui para a inegável ineficácia do processo criminal, distanciando-o, realisticamente, dos cânones de efetividade que tão de perto vêm informando a atual legislação processual civil. Tal realidade leva a que a prestabilidade da futura sentença de mérito de veja protegida por uma malha processual bastante pobre, conduzindo a que, em diversas hipóteses, os deletérios efeitos do tempo sobre o processo levem a um real esvaziamento da prestação jurisdicional, contribuindo, assim, para o desprestígio do chamado “sistema de justiça” (*O poder geral de cautela no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 799, p. 430).

⁶⁵⁴ Prossegue o autor: “Tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira repressão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta”. (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 57). Neste sentido, R. P. de C. BARROS, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 58; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 68-69; R. L. TUCCI, R. DELMANTO JÚNIOR, *et. all*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 120; F. M. de A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 93, 95-96; A. LOPES JÚNIOR, *A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 203, out./2009, p. 07-08.

⁶⁵⁵ Com efeito, toda e qualquer restrição a direitos individuais adotada em caráter cautelar deve vir – expressamente – prevista em lei, notadamente as restrições à liberdade individual. Neste sentido, o artigo 5.º, inciso II, da Constituição brasileira de 1988 determina que: “II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o que é reforçado pelas prescrições encontradas em diversos documentos internacionais, tais como: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (“Art. 9.º. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. (...) 3. (...) A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”); Convenção Americana de Direitos Humanos (“Art. 7.º. Direito à liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. 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. (...)”).

disponíveis no sistema processual civil, “onde geralmente a antecipação indevida pode vir a ser posteriormente reparada pecuniariamente”.⁶⁵⁶ Estas considerações revelam-se sobremaneira essenciais relativamente às medidas cautelares de caráter pessoal, as quais incidem sobre a própria pessoa do imputado, infligindo-lhes severas restrições à sua liberdade e à sua dignidade, o que, certamente, não comporta uma utilização indiscriminada por parte dos magistrados.⁶⁵⁷

Ademais, as exigências alusivas à legalidade estrita em matéria de restrições à liberdade individual levam à inadmissibilidade de “normas processuais absolutamente vagas e imprecisas”, como anota Roberto Delmanto Júnior. Sem dúvida, a atuação legislativa nestes termos faz com que reste esvaziada por completo a garantia e a proteção da Lei em face de prescrições normativas demasiadamente amplas e ausentes de um significado exato sobre as limitações a direitos fundamentais.⁶⁵⁸

Neste sentido, os espaços de discricionariedade na concretização das medidas cautelares relegados pelo legislador ao prudente crivo judicial não destoam das exigências de legalidade estrita, desde que, por óbvio, a discricionariedade na escolha da providência cautelar mais adequada não redunde em arbitrariedade, o que somente se controlará através da respectiva motivação da decisão judicial.⁶⁵⁹

Assim, constata-se que a veemente contrariedade a medidas cautelares inominadas em âmbito processual penal encontra correspondência e um importante reforço na obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, de forma a revelar-se este dever de motivação a outra face da exigência de legalidade estrita na determinação de providências cautelares processuais penais.

⁶⁵⁶ Cf. A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, pp. 56-57.

⁶⁵⁷ Neste sentido, Odone Sanguiné observa que: “(...) todo acto limitativo de derechos fundamentales debe producirse con sujeción al principio de legalidad y, en consecuencia, la prisión provisional sólo podrá adoptarse con observancia del principio de taxatividad de los motivos legales que justifican el sacrificio de este derecho fundamental.” (*Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 225).

⁶⁵⁸ *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 69.

⁶⁵⁹ Cf. F. M. de A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 94-95. Conforme destaca o autor: “Necessário frisar que *discricionariedade* não se confunde com *arbitrariedade*, sendo conceitos inclusive antagônicos. Enquanto, no primeiro caso, o juiz atua dentro dos limites fixados pela lei, no segundo, ele extrapola os limites fixados ou age mesmo de forma ilegal”. (*Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 95). Ao se apontar a discricionariedade jurisdicional na atuação de medidas cautelares não se está admitindo o poder geral de cautela no processo penal. A discricionariedade a que se refere consiste no âmbito de atuação judicial para a seleção da providência cautelar no caso concreto. Este tema será novamente retomado no Capítulo 6.

Com efeito, não há restrição cautelar à liberdade individual sem previsão em lei; ao passo que não se deve admitir decisão judicial que imponha semelhante restrição sem o devido amparo legal.⁶⁶⁰ Entendimento contrário conduz ao arbítrio e “(...) não se coaduna, de forma alguma, com a grandiosidade da função judicante”.⁶⁶¹

Nesta esteira, à exigência de legalidade estrita na disciplina das medidas cautelares adotadas no processo penal, especialmente as de caráter pessoal, soma-se o imperativo dirigido ao juiz de não empregar analogia ou interpretação extensiva em seu atuar. De fato, o controle jurisdicional deve-se pautar por uma interpretação restrita das hipóteses legais autorizadoras dessas providências excepcionais, dando sempre prevalência à liberdade individual.

Neste sentido, deve o magistrado empenhar-se em uma análise rigorosa dos pressupostos e dos requisitos das providências cautelares de caráter pessoal, de sorte a não as utilizar de forma indiscriminada ou como modo de impor sanções atípicas ao indivíduo.⁶⁶²

⁶⁶⁰ Neste sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho: “Disso resulta, diante do que se afirmou sobre as funções da garantia da motivação, que também a adoção dos provimentos cautelares deve vir adequadamente justificada, segundo as características da cognição realizada: com relação ao direito que fundamenta a cautela, trata-se de apresentar argumentos que mostrem a sua *probabilidade*, ao passo que em relação ao *periculum in mora* deve ser convenientemente demonstrada a sua efetiva ocorrência”. (*A motivação das decisões penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 219). Como destaca Fábio Machado de Almeida Delmanto: “São em situações como essas, portanto, que a garantia da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) assume papel ainda de maior importância, não só como garantia política, mas também como garantia processual do acusado, permitindo seja a decisão judicial impugnada mediante *habeas corpus* ou por meio de recurso próprio, se cabível”. (*Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 95).

⁶⁶¹ Cf. R. L. TUCCI e R. DELMANTO JÚNIOR *et all.*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁶² Como destaca Weber Martins Batista, “como tais providências visam a garantir um resultado meramente provável, o que é mais do que possível, mas é menos do que certo, o legislador e o juiz precisam, eles também, de muita cautela, aquele ao estabelecer, este ao interpretar as regras que tratam da concessão da medida.” (*Liberdade Provisória*, *op. cit.*, p. 06). Assim, vale lembrar que a exigência de legalidade não se resume – unicamente – à tipificação legal das medidas cautelares restritivas aos direitos individuais; além disso, a o princípio da legalidade se completa com o exercício da atividade jurisdicional, como bem observa Fábio Machado de Almeida Delmanto, exigindo que “(...) as medidas somente sejam aplicadas quando satisfeitas, *no caso concreto*, as exigências postas pelo legislador, e desde que observados os princípios e garantias constitucionais pertinentes” (*Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 94). Outro ponto que merece destaque – e já mencionado ao tratar do poder geral de cautela no sistema processual civil – consiste na impossibilidade de se recorrer ao poder geral de cautela para decretar medidas cautelares em casos para os quais havia previsão de medidas típicas, mas que não puderam ser concedidas por não completarem os requisitos legais. Neste sentido, ressalta Rogério Pacheco Alves: “É importante ressaltar que a inadequação da cautelar atípica, nestes exemplos, resultará da impossibilidade de afastamento dos requisitos de cautelares típicas já estabelecidos, restritivamente, pelo legislador. Realmente, a disciplina legal de tais medidas – que representam inegável limitação a direitos individuais constitucionalmente tutelados – seria reduzida a nada se se pudesse, ausentes os requisitos legais, chegar ao mesmo resultado, vedado por lei, por intermédio do poder geral de cautela. Seria possível afirmar, assim, que o poder cautelar genérico do magistrado atuará apenas

Em suma, o princípio da legalidade – sob a óptica da taxatividade das medidas cautelares processuais penais – assume o caráter de vetor fundamental neste sistema de providências cautelares, de modo a tornar estritamente adstrito às determinações normativas o exercício da discricionariedade jurisdicional neste campo.⁶⁶³

É certo, no entanto, que a conclusão acima delineada tem encontrado ressalvas na doutrina, de forma a aconselhar uma distinção entre, de um lado, as medidas cautelares processuais penais de caráter pessoal e, de outro lado, as medidas cautelares processuais penais patrimoniais e relativas às provas para um melhor exame da matéria.⁶⁶⁴

Isto porque a inadmissibilidade do poder geral de cautela no processo penal somente tem encontrado sólido respaldo no que concerne à prisão cautelar, não sendo escassas as manifestações doutrinárias⁶⁶⁵ e jurisprudenciais admitindo-se, em relação às demais providências cautelares, a possibilidade de seu exercício por parte dos

naqueles campos não disciplinados, em específico, pelo legislador, não sendo possível a substituição de medidas cautelares típicas pelas inominadas.” (*O poder geral de cautela no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 799, p. 441).

⁶⁶³ Cf. G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, CEDAM, 2000, p. 349-350. Vale ressaltar os comentários dos autores acerca do artigo 272 do Código de Processo Penal italiano, que assim prescreve: “Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo”. Segundo os autores, apesar da formulação não muito adequada do dispositivo, pois parece conferir a ideia de regra ao que, sem dúvida, deve ser exceção (isto é, a prisão cautelar), não se deve excluir a importância desse enunciado: “Tuttavia, soprattutto grazie all’impiego dell’avverbio “soltanto”, evidentemente espressivo di una precisa volontà del legislatore, non sembra potersi comunque dubitare del **significato garantistico del principio** così enunciato, **sotto il profilo della tassatività**, in quanto diretto a vincolare rigorosamente alla previsione legislativa (cioè ai soli “casi e modi” previsti dalla legge, secondo la nota formula costituzionale) l’esercizio della discrezionalità del giudice in materia di “limitazioni alle libertà della persona”. (*Compendio di procedura penale*, Padova, CEDAM, 2000, p. 349-350). Ademais, destaca-se que as disposições gerais do diploma processual penal italiano sobre as medidas cautelares retomam as orientações contidas na própria Constituição italiana, que, em seu artigo 13, determina: “La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, nè qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non 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. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”.

⁶⁶⁴ Cf. M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁶⁵ Cf. M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 119; R. P. ALVES, *O poder geral de cautela no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 799, p. 431. Neste sentido, destaca Rogério Pacheco Alves: “Não será possível, a título de tutela cautelar geral, igualmente, a decretação de prisão fora dos casos, *numerus clausus*, previstos e disciplinados pelo legislador, ou seja, a decretação de *prisões atípicas*. Com efeito, sendo a liberdade um dos pilares do chamado Estado Democrático de Direito, compondo, ao lado do direito à vida, o campo mais significativo dos direitos do homem, a interpretação deve ser restritiva, não se admitindo, de maneira alguma, a criação de modalidade de restrição diversa das já disciplinadas pela lei”. (*O poder geral...*, in *Revista dos Tribunais*, *op. cit.*, p. 440-441).

magistrados, ainda que em caráter notoriamente “parcimonioso e extraordinário”, como ressalta Marcellus Polastri Lima.⁶⁶⁶

A verdade é que estas construções doutrinárias e jurisprudenciais abriram caminho ao exercício do poder geral de cautela no processo penal – de igual maneira – com relação às providências cautelares restritivas de direitos fundamentais. Desta forma, alguns autores passaram a reconhecer no poder geral cautelar um importante instrumento para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional e para combater prisões cautelares desproporcionais, escapando à bipolaridade do sistema processual penal brasileiro através de medidas cautelares restritivas a outros direitos individuais distintos da liberdade de locomoção.⁶⁶⁷

Neste sentido, medidas cautelares inominadas de apreensão de passaporte, de afastamento provisório do exercício profissional ou de interrupção de atividade econômica tornaram-se comuns nos juízos criminais, sempre embasadas em seu caráter favorável à liberdade de ir e vir e na máxima de que “quem pode o mais”, que é a decretação da prisão cautelar, “pode o menos”, isto é, a imposição de quaisquer outras restrições menos gravosas e incidentes sobre direitos individuais de menor envergadura.⁶⁶⁸

Nesta esteira, há quem entenda que a restrição das medidas cautelares processuais penais às espécies expressamente contempladas em lei revelaria um desproporcional confinamento da atividade jurisdicional, indevidamente justificado sob o argumento da tipicidade processual – equivalente à tipicidade substancial – das normas que disciplinam as providências cautelares.

Em seu entendimento, as normas que tratam das medidas cautelares têm natureza exclusivamente processual, admitindo, como ressalta Rogério Pacheco Alves, a

⁶⁶⁶ *Tutela cautelar no ...*, op. cit., p. 119. Destacando o posicionamento da jurisprudência, R. L. TUCCI, R. DELMANTO JÚNIOR et al., *Sistematização das medidas ...*, in *revista do Advogado*, op. cit., p. 120.

⁶⁶⁷ Cf. R. P. ALVES, *O poder geral de cautela no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 799, p. 431-432. Nesta esteira, A. A. de SOUZA, *O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 856, p. 487; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, op. cit., p. 119.

⁶⁶⁸ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 201 – 202; R. P. ALVES, *O poder geral de cautela no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 799, p. 434-435. Neste sentido, ressalta Alexander Araujo de Souza: “Decerto, soaria ilógico que o Juiz Criminal, quando devidamente instado a resguardar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, por haver prova do crime, possa decretar uma cautela restritiva da liberdade como a prisão preventiva (que restringe o bem individual maior), e não lhe seja lícito, em idêntica situação, tutelar a eficácia processual por intermédio de outra medida que limite outros direitos individuais de menor envergadura” (*O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n.856, p. 487).

“(...) incidência dos princípios gerais do direito em busca da efetividade da atuação jurisdicional, tornando possível, desta forma, a aplicação, no campo processual penal, da norma contida no art. 798 do CPC (...)”, nos termos do artigo 3.º do Código de Processo Penal.⁶⁶⁹ Assim, a imposição de providências cautelares inominadas em âmbito processual penal encontra-se devidamente sustentada em lei e representa a busca de efetividade da prestação jurisdicional, objetivo notoriamente reconhecido à tutela cautelar.⁶⁷⁰

Neste momento, algumas considerações mostram-se imprescindíveis. O exercício do poder geral de cautela compreende duas hipóteses essenciais: a) em uma primeira hipótese, a decisão jurisdicional poderá ter por objetivo atender a uma situação com o intuito de favorecer os direitos individuais; b) em uma segunda hipótese, a decisão jurisdicional poderá voltar-se a restringir direitos individuais. No primeiro caso, o exercício do poder geral de cautela pelo juiz pode conduzir a medidas orientadas a, por exemplo, em hipótese específica da execução penal, determinar a imediata liberação de pessoa presa por engano. Já nos casos de restrição aos direitos individuais, o exercício do poder geral de cautela poderá conduzir à adoção de providências cautelares mais severas ou mais favoráveis aos direitos dos indivíduos em comparação àquelas expressamente disciplinadas pelo legislador.

Como se pode notar, as medidas cautelares acima mencionadas, tais como a apreensão de passaporte ou o afastamento provisório do exercício profissional, situam-se entre as providências inominadas orientadas à restrição de direitos individuais.

À primeira vista, as providências cautelares em questão podem sugerir uma situação jurídica mais favorável à liberdade de locomoção do indiciado ou do

⁶⁶⁹ Portanto, para o autor, “(...) seja no crime, seja cível, sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função soberana de julgar, deve o magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição. E tal possibilidade vai encontrar no poder geral de cautela um dos seus mais poderosos instrumentos também na seara processual penal.” No entendimento do autor, o magistrado, ao conceder medidas cautelares processuais penais atípicas ou inominadas, não estará agindo à revelia da lei. O seu comportamento encontra-se devidamente fundamentado no artigo 3.º do Código de Processo Penal e no artigo 798 do Código de Processo Civil, além de cumprir com o compromisso constitucional de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional. Assim, comprovados os pressupostos que autorizam a concessão da providência cautelar, deve o magistrado conceder a medida adequada, sob pena de esvaziamento do objetivo do processo cautelar. (*O poder geral ...*, in *Revista dos Tribunais*, *op. cit.*, p. 431-432).

⁶⁷⁰ Como destaca Rogério Pacheco Alves, o objetivo proclamado da tutela cautelar consiste em assegurar a efetividade e a utilidade de futuro pronunciamento jurisdicional. Desta forma, é fácil reconhecer a incompatibilidade entre mencionados escopos com a idéia estrita de tipicidade. Neste ponto, lembra o autor que “(...) o processo cautelar nasceu justamente por intermédio da adoção de cautelas atípicas, vindo o legislador, ao depois, tratar de seu disciplinamento na lei, sempre ressaltando a possibilidade de decretação de cautelas inominadas.” (*O poder geral ...*, in *Revista dos Tribunais*, *op. cit.*, p. 433).

acusado. No entanto, estas conclusões não passam de opções falaciosas. Isto porque ausentes os pressupostos e os requisitos para imposição de prisão cautelar, o seu caráter desproporcional não deve servir de justificativas à adoção de medidas cautelares inominadas. Com efeito, a única solução legalmente instituída e em consonância com a nossa ordem constitucional consiste em preservar o indivíduo em liberdade, não se podendo admitir quaisquer restrições a seus direitos fundamentais que não estejam devidamente previstas e disciplinadas em lei.⁶⁷¹

Ocorre que, à luz da proporcionalidade, os magistrados optam por restrições a direitos individuais não contempladas pelo legislador, sob o argumento de que as medidas cautelares em tela se mostram menos ofensivas à liberdade individual e atendem, igualmente, aos propósitos proclamados pelas famigeradas prisões cautelares.

Em suma, apresentam-se medidas cautelares revestidas de ares inovadores, com as notórias vantagens das tradicionais providências cautelares e ausentes os seus principais defeitos. Nesta esteira, Marcellus Polastri Lima entende admissível o uso do poder geral de cautela pelo juiz penal, como forma de impor restrições cautelares não previstas em lei e mais benéficas ao acusado, sempre que a prisão cautelar mostrar-se desproporcional.⁶⁷²

Nesta linha, Rogério Schietti Machado Cruz sustenta, de igual modo, a possibilidade de o juiz penal valer-se de medidas alternativas à prisão não previstas em lei, desde que menos gravosas aos direitos individuais e úteis a assegurar os escopos processuais independentemente da segregação cautelar. Esta atuação jurisdicional observaria, como destaca o autor, o caráter excepcional da prisão cautelar e revelaria uma

⁶⁷¹ Neste sentido, André Pires de Andrade Kehdi: “Analisando-se a legislação pátria, porém, verifica-se que a retenção do documento de identidade internacional não está prevista entre as medidas restritivas de liberdade aplicáveis contra o imputado. De fato, considerando que a liberdade é a regra democrática, e como vive entre nós o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF), “*regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário*”, se não for o caso de responder o réu ao processo preso por força das hipóteses excepcionais do art. 312 do CPP, qualquer restrição somente poderá ser-lhe imposta se estiver em liberdade provisória, com ou sem fiança. Ainda assim, dependerá de taxativa previsão legal”. (*A retenção do passaporte como medida cautelar alternativa à prisão provisória*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 172, mar. 2007, p. 15-16).

⁶⁷² *Op. cit.*, p. 123.

interpretação normativa mais condizente e favorável à efetividade dos direitos fundamentais.⁶⁷³

O esquema legal de medidas cautelares pessoais encontra-se extremamente defasado e, em certas ocasiões, a imposição de uma prisão cautelar não se apresenta a providência mais adequada à preservação dos escopos processuais. De fato, os efeitos deletérios acarretados pela estada no cárcere não aconselham, no mais das vezes, a submissão de acusados ou de investigados a semelhante experiência sem que estejam firmes os pressupostos que autorizam a sua decretação. Estas considerações, no entanto, demonstram a necessidade de renovação das medidas cautelares através de reformas legislativas devidamente discutidas e aprovadas.

Na realidade, se não se verificam os pressupostos e os requisitos para a imposição de uma prisão cautelar, a única solução legalmente instituída e em consonância com a nossa ordem constitucional consiste em preservar o investigado ou o acusado em liberdade, não se podendo admitir quaisquer restrições a seus direitos fundamentais que não estejam devidamente tipificadas e previstas em lei.⁶⁷⁴ Os questionamentos em torno do poder geral de cautela e das medidas cautelares inominadas no processo penal serão novamente abordados, quando do tratamento das medidas restritivas aos direitos individuais à luz da proporcionalidade.⁶⁷⁵

⁶⁷³ *Prisão cautelar – dramas ...*, op. cit., p. 178.

⁶⁷⁴ Neste sentido, as observações de Alberto Zacharias Toron, bem como os julgados citados pelo autor em *Retenção do passaporte do acusado – constrangimento ilegal*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 88, mar. 2000, p. 15. Ademais, ressalta André Pires de Andrade Kehdi: E nem se diga que seria possível, por força do art. 3º do CPP, impor tal medida com base no poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil. Afinal, é “*inadmissível restrição ao direito de ir e vir por interpretação extensiva, ou aplicação analógica do dispositivo legal, bem como com base em princípios gerais do direito*”, pelo que a “*autorização de restrição à liberdade individual tem que constar de texto expreso de lei. É o que deflui de diversos dispositivos da Carta Magna*”. Não por outra razão, está o Congresso Nacional preocupado em prever expressamente no Código de Processo Penal a medida em discussão.” (*A retenção do passaporte como medida cautelar alternativa à prisão provisória*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 172, mar. 2007, p. 15-16).

⁶⁷⁵ V. Capítulo 6.

CAPÍTULO 4 - PRISÃO E OUTRAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE CARÁTER PESSOAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMPARADO

A previsão constitucional da prisão provisória representa uma solução de compromisso assumida pelo constituinte, já que, ao lado do reconhecimento da presunção de inocência do imputado, este teve de lidar com os imperativos sociais relacionados à ordem e à segurança, e acomodar as preocupações com o decurso do tempo consumido pela administração da Justiça e a constante ameaça que este representa para o resultado efetivo e útil do processo.

Este confronto entre as exigências de justiça individual e os interesses sociais relacionados à persecução penal permeia as discussões nos sistemas jurídicos contemporâneos, não se vislumbrando algum que tenha alcançado uma solução satisfatória a este que se apresenta como um dos maiores questionamentos do processo penal.⁶⁷⁶

Neste momento, o objetivo consiste em apresentar os sistemas processuais penais de outros países, utilizando, para tanto, o método comparativo. O escopo essencial deste método consiste em alcançar a melhor compreensão da própria ordem jurídica por meio do estudo comparativo das normas e dos institutos de sistemas jurídicos estrangeiros.⁶⁷⁷ Ao examinar paralelamente ao direito nacional as disposições similares dos direitos estrangeiros, é possível conhecer em maior profundidade a natureza, a característica e a função da prisão e de outras medidas cautelares de caráter pessoal, bem como analisar a forma como os Estados lidam com o confronto entre a necessidade da prisão provisória e a presunção de inocência.

O exame das legislações estrangeiras pesquisadas orientar-se-á pelos seguintes aspectos: em primeiro lugar, procurar-se-á realizar uma exposição das disposições constitucionais relacionadas à presunção de inocência e ao direito à liberdade, tendo em vista que estes conferem limites às medidas cautelares. Em seguida, partindo desses pressupostos, o objetivo será apresentar os requisitos e as condições de aplicação das medidas de restrição aos direitos individuais adotadas no curso da persecução penal, expondo-se as espécies de medidas admitidas pelo ordenamento jurídico analisado. Desta

⁶⁷⁶ Neste sentido, O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 29; M. Z DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 385.

⁶⁷⁷ Cf. S. S. SHECAIRA e A. CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 167.

forma, será possível estabelecer um cotejo entre as principais disposições do direito estrangeiro e a ordem jurídica brasileira.

4.1. SISTEMA PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS

4.1.1. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AO DIREITO À LIBERDADE

O ordenamento jurídico português, na esteira dos Estados Democráticos de Direito, comprometido com a observância e a efetividade dos direitos e das garantias individuais, traçou as diretrizes que orientam o sistema cautelar processual penal na Constituição da República de 1976. A este respeito, as disposições contidas nos artigos 27 e 28 da referida Carta constitucional são essenciais para a compreensão da tutela da liberdade individual.⁶⁷⁸

Com uma postura afirmativa, o constituinte português, inicialmente, reconhece o direito fundamental à liberdade e à segurança (artigo 27, 1). Em seguida, as limitações ao direito de liberdade são apontadas em dois itens sucessivos, o que demonstra a submissão destas restrições ao regramento geral da liberdade. Neste sentido, o constituinte anuncia, em seu artigo 27, 2, que: “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da sua liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”.

Em um nítido reforço à excepcionalidade da prisão cautelar, o ordenamento constitucional português admite a restrição da liberdade em caráter provisório somente nas condições e no prazo determinados em lei. O delineamento de um sistema processual penal consentâneo com a garantia dos direitos fundamentais é, ainda, reafirmado com o reconhecimento da presunção de inocência do arguido, nos termos do artigo 32º da Constituição da República de 1976, segundo o qual: “2. Todo o arguido se

⁶⁷⁸ Conforme o artigo 28 da Constituição da República de 1976: “1. A prisão sem causa formada será submetida, em um prazo máximo de 48h, à decisão judicial de validação ou manutenção, devendo o juiz conhecer as causas de detenção, comunicar-las ao detento, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa; 2. A prisão preventiva não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por qualquer outra medida mais favorável prevista na lei; 3. A decisão judicial que ordene ou que mantenha uma medida de privação de liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa de confiança do detento, por este indicados; 4. A prisão preventiva, antes e depois da formação da causa, está sujeita aos prazos previstos pela lei”.

presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Verifica-se, por conseguinte, à semelhança com a ordem jurídica pátria, a liberdade é fixada como regra, apenas podendo ser excepcionada diante do preenchimento dos requisitos legais. No direito brasileiro, este posicionamento é ratificado por meio da presunção de inocência contida tanto no texto constitucional, quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

4.1.2. REQUISITOS E CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COAÇÃO ADMISSÍVEIS

Na esteira das disposições constitucionais sobre a liberdade individual e a excepcionalidade da prisão cautelar, o Código de Processo Penal português, em seu Livro IV, disciplina as denominadas medidas de coação e de garantia patrimonial. No Título I, o legislador infraconstitucional estabelece as condições gerais de aplicação das medidas de coação e de garantia patrimonial, na esteira dos princípios que orientam a atuação da tutela cautelar, tais como o princípio da legalidade (artigo 191º) e o princípio da adequação e da proporcionalidade (artigo 193º). Em outras passagens, no entanto, o Código de Processo Penal português também retoma o princípio da precariedade, em seus artigos 215º e 218º, e o princípio da subsidiariedade da prisão preventiva, conforme os artigos 202º e 209º.

O princípio da legalidade inaugura o regramento das medidas de coação e de garantia patrimonial, retomando a exigência constitucional de lei, em sentido estrito, para a imposição de qualquer providência de caráter cautelar.⁶⁷⁹ Nesta esteira, o artigo 191º assevera que as restrições, totais ou parciais, à liberdade das pessoas devem estar previstas em lei, sendo, portanto, taxativas as medidas cautelares orientadas à tamanha limitação.

Em seu artigo 193º, n. 1, o Código de Processo Penal português enuncia o princípio da adequação e da proporcionalidade, determinando que as medidas de coação e de garantia patrimonial a serem aplicadas devem demonstrar-se “adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas”. A observância da proporcionalidade somente se

⁶⁷⁹ Assim dispõe o dispositivo mencionado: “Artigo 191º (Princípio da legalidade). 1. A liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação e de garantia patrimonial previstas na lei”.

mostra viável em face do extenso rol de medidas de coação à disposição dos magistrados, em uma gradação crescente em vista de sua intervenção nos direitos fundamentais.

A disciplina legal da adequação e da proporcionalidade, como vetor do sistema de medidas de coação e de garantia patrimonial, prossegue com o reconhecimento do caráter subsidiário e de *ultima ratio* da prisão preventiva. O sistema cautelar estruturado pelo Código de Processo Penal português reserva a prisão preventiva a hipóteses restritas e excepcionais, em que as demais medidas de coação demonstraram-se inadequadas ou ineficientes.⁶⁸⁰ Por fim, a proporcionalidade, tal como conceituada pelo código em tela, impõe limites à execução das medidas de coação e de garantia patrimonial, ao determinar que estas não devam prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as providências cautelares adotadas.⁶⁸¹

Por sua vez, as condições gerais de aplicação das medidas de coação vêm estabelecidas nos artigos 192º e 194º e desdobram-se, por um lado, em um pressuposto positivo e, por outro, em um pressuposto negativo.⁶⁸² Quanto ao primeiro pressuposto, indica-se a necessidade de um processo penal em andamento, bem como a prévia constituição como arguido da pessoa submetida à medida (artigo 192º, n. 1).⁶⁸³ Como enuncia M. Maia Gonçalves, estas exigências têm por finalidade possibilitar meios de defesa adequados ao acusado.⁶⁸⁴ Quanto ao aspecto negativo, a imposição de uma medida de coação pressupõe a inexistência de fundados motivos para a incidência de uma causa de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal (artigo 192º, n. 2).

Em seguida, o artigo 194º dispõe sobre a decisão de aplicação da medida de coação, assim como sobre a sua notificação ao arguido. Como se constata do sistema processual português, a imposição de uma medida de coação pressupõe prévio requerimento do Ministério Público (artigo 194º, n. 1) e decisão judicial, à exceção do termo de identidade e de residência, disciplinado no artigo 196º, que pode ser determinado

⁶⁸⁰ Cf. M. M. GONÇALVES, *Código de processo penal anotado*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 436; L. M. B. CAMPOS, *Sistema procesal penal de Portugal*, in E. S. HENDLER, (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 352.

⁶⁸¹ Cf. artigo 193º, n. 1, do Código de Processo Penal português.

⁶⁸² Cf. L. M. B. CAMPOS, *Sistema procesal penal de Portugal*, in E. S. HENDLER, (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 352.

⁶⁸³ Ademais, nos termos do artigo 194º, n. 2, a aplicação de medida de coação, seja no curso do inquérito ou da ação penal, é precedida, sempre que possível e conveniente, da oitiva do arguido.

⁶⁸⁴ *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 435.

por despacho do Ministério Público.⁶⁸⁵ O juiz somente pode adotar medidas de coação de ofício após a fase do inquérito (artigo 194º, n. 1).

O requerimento do Ministério Público, obrigatório no curso do inquérito, suscita a discussão na doutrina acerca da possibilidade de o juiz, desvinculando-se dos termos requeridos por aquele órgão estatal, decidir por medida de natureza diversa ou mais grave.⁶⁸⁶ Há quem entenda que o juiz de instrução, na fase de inquérito, encontra-se adstrito a um controle formal da existência dos pressupostos legais da medida formulada pelo Ministério Público, abstendo-se de considerar medida diversa ou mais grave.⁶⁸⁷ No entanto, não se trata de posicionamento unânime.⁶⁸⁸ O dispositivo em comento destaca-se, ademais, por ressaltar o dever de motivação da decisão de aplicação da medida, exigindo a enunciação dos motivos de fato da decisão e a advertência das consequências do descumprimento das obrigações impostas.

Ainda no âmbito das condições gerais de aplicação, a imposição das medidas de coação obedece à quantidade de pena aplicável ao crime que justifica a providência. Neste sentido, o artigo 195º dispõe sobre a determinação da pena para esta finalidade, indicando que se deve atender ao máximo da pena correspondente ao crime, consideradas as causas qualificadoras e os privilégios.⁶⁸⁹

4.1.3. MEDIDAS DE COAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS

As medidas de coação admitidas no sistema processual penal português encontram-se reunidas no Título II do Livro IV, que trata das medidas de coação e de garantia patrimonial. Em seguida, o estudo de cada medida em espécie.

⁶⁸⁵ Cf. M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 437.

⁶⁸⁶ Lembre-se que, no sistema processual penal português, de índole acusatória, o inquérito criminal representa a primeira fase do processo penal, sendo de titularidade do Ministério Público, conforme dispõe o artigo 53º, n. 2, b, do Código de Processo Penal português. Neste momento, ocorre a investigação criminal, com o auxílio da polícia, com o objetivo de reunir elementos suficientes para a decisão de acusação ou de arquivamento do Ministério Público (artigo 262º e artigo 263º do Código de Processo Penal). (C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 18).

⁶⁸⁷ Com efeito, este o entendimento de M. Maia Gonçalves, para quem a atuação do juiz, decidindo por medida diversa ou de natureza mais grave do que a requerida pelo Ministério Público, poderá comprometer a sua imparcialidade, com as consequências dos impedimentos e suspeições (*Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 437).

⁶⁸⁸ Neste sentido, M. Maia Gonçalves traz a notícia de decisões judiciais, em que, mesmo no curso do inquérito, o juiz aplicou medida de coação mais grave do que a postulada pelo Ministério Público (*Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 438).

⁶⁸⁹ Cf. M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 438.

4.1.3.1. TERMO DE IDENTIDADE E DE RESIDÊNCIA

Trata-se da medida de coação disciplinada no artigo 196º do Código de Processo Penal português. A submissão a termo de identidade e de residência não se encontra vinculada aos pressupostos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*, haja vista a exceção contida no artigo 204º do Código de Processo Penal português.⁶⁹⁰ Esta circunstância, no entanto, não impede que se identifiquem as exigências de urgência e de *periculum libertatis*, o que a coloca como uma “autêntica medida cautelar e de polícia”.⁶⁹¹ Com efeito, a medida de coação em tela apresenta nítido objetivo de resguardar o desenvolvimento do processo e de afastar o risco de não mais ser encontrado o arguido, assegurando a sua localização para receber notificações e comunicações relacionadas ao processo.⁶⁹²

Justamente por isto, a medida analisada acarreta, além da identificação do arguido e da indicação de sua residência ou do local a ser encontrado (artigo 196º, n. 1 e n. 2), a obrigação de comparecer perante a autoridade competente e de manter-se à sua disposição, bem como a proibição de mudar-se de residência ou de ausentar-se por mais de cinco dias, sem comunicar a nova residência ou o local em que possa ser encontrado (artigo 196º, n. 3, *a e b*).

A competência para a aplicação do termo de identidade e de residência, na origem, atribuída ao juiz e ao Ministério Público, foi estendida aos órgãos de polícia criminal com a nova redação conferida ao dispositivo pela Lei n.º 59/98.⁶⁹³ Por fim, registre-se que a medida pode ser cumulada com qualquer das medidas de coação ou de garantia patrimonial (artigo 196º, n. 4).

4.1.3.2. CAUÇÃO

⁶⁹⁰ Para Fábio Machado de Almeida Delmanto, o fato de o termo de identidade e residência encontrar-se afastado das exigências cautelares, definidas no artigo 204º do Código de Processo Penal português, suscita dúvidas acerca de sua constitucionalidade. Isto porque, a exemplo de outras medidas de coação, o termo de identidade e residência acarreta restrições ao acusado, tais como a obrigação de comparecimento à autoridade competente e a obrigação de não mudar de residência ou ausentar-se sem prévio aviso. Esta circunstância deveria impor a observância dos pressupostos cautelares. Não obstante, o que se nota é que a aplicação da medida apenas exige a prévia constituição do arguido (*Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 219-220).

⁶⁹¹ Cf. C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁹² Cf. C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁹³ Cf. M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, *op. cit.*, 2001, p. 440.

Trata-se de medida de coação disciplinada no artigo 197º do Código de Processo Penal português, sendo somente aplicável aos crimes punidos com pena de prisão (artigo 197º, n. 1). De resto, a lei não traz outras regras a orientar a imposição desta medida, como anota M. Maia Gonçalves, deixando à prudente avaliação do juiz o seu cabimento, observando-se, ademais, as suas finalidades e a adequação e a proporcionalidade ao caso concreto.⁶⁹⁴ Apenas quanto ao montante da caução, o Código de Processo Penal português determina que se observem os fins de natureza cautelar a que se destina a medida, a gravidade do crime imputado, o dano por este ocasionado e a condição sócio-econômica do argüido (artigo 197º, n. 3).

Em sendo impossível ao argüido prestar a caução, ou apresentando graves dificuldades ou inconvenientes em prestá-la, o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento, substituí-la por outra medida de coação, com exceção da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, em face de sua manifesta incompatibilidade (artigo 197º, n. 2; artigo 205º).⁶⁹⁵

A prestação, o reforço e a quebra da caução encontram-se disciplinados nos artigos 206º a 208º do Código de Processo Penal português. Como medida de coação, a caução apresenta caráter nitidamente cautelar, já que tem por finalidade assegurar o comparecimento do argüido aos atos e aos termos do processo, bem como resguardar o adimplemento dos demais deveres processuais que lhe são atribuídos.⁶⁹⁶

Justamente por este motivo, a caução considera-se quebrada, quando: a) verificar-se a falta injustificada do argüido a ato processual a que deva comparecer (artigo 208º, n. 1); b) constatar-se o descumprimento das obrigações derivadas de medida de coação que tiver sido imposta (artigo 208º, n. 1).⁶⁹⁷ Com a quebra da caução, o valor dado em garantia reverte-se ao Estado (artigo 208º, n. 2).

⁶⁹⁴ *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 441.

⁶⁹⁵ Nos termos do artigo 205º do Código de Processo Penal português: “A aplicação de qualquer medida de coação, à exceção da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, pode sempre ser cumulada com a obrigação de prestar caução”.

⁶⁹⁶ Cf. C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, op. cit., p. 40; M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 455.

⁶⁹⁷ Como destaca M. Maia Gonçalves, em obediência ao princípio do contraditório, os motivos que levam à quebra da caução devem ser avaliados pelo juiz, ouvidos o Ministério Público e o argüido, já que consistem em condutas culposas deste último (*Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 456).

A competência para a aplicação da caução é das autoridades judiciárias, não sendo admissível a imposição da medida em comento por parte do Ministério Público. Este, no entanto, deve ser, obrigatoriamente, ouvido antes da decisão judicial, em obediência ao princípio do contraditório.⁶⁹⁸ Cabe ao juiz determinar o reforço ou a modificação da caução, caso sucedam circunstâncias que tornem a caução previamente prestada insuficiente, ou demandem a sua substituição por outro meio legalmente admissível (artigo. 207º). Estas providências têm por finalidade quer agravar a garantia prestada pelo arguido, quer substituí-la por modalidade menos onerosa.⁶⁹⁹

A caução, como medida de coação, tem objetivos distintos da caução econômica, medida de garantia patrimonial, prevista no artigo 227º do Código de Processo Penal português (artigo 227º, n. 4). Enquanto a caução, como providência coativa, tem por finalidade assegurar o adimplemento das obrigações processuais por parte do arguido, a caução econômica orienta-se a outros fins, de natureza patrimonial, entre os quais: assegurar o pagamento da pena pecuniária, das custas do processo e demais dívidas para com o Estado relacionadas ao evento criminoso, bem como o pagamento da indenização e de outras obrigações civis derivadas do crime (artigo 227º, n. 1 e n. 2).⁷⁰⁰

4.1.3.3. OBRIGAÇÃO DE APRESENTAÇÃO PERIÓDICA

Trata-se de medida de coação prevista no artigo 198º do Código de Processo Penal português, sendo aplicável aos crimes punidos com pena de prisão de máximo superior a seis meses. Assim como a disciplina legal da caução, a lei não elabora outros requisitos a orientar a imposição desta medida, como anota M. Maia Gonçalves, deixando ao critério do juiz a avaliação do seu cabimento, observando-se, em qualquer caso, as suas finalidades e a adequação e a proporcionalidade ao caso concreto.⁷⁰¹ Em linhas gerais, o legislador apenas preocupou-se em advertir o juiz para que considere as

⁶⁹⁸ Cf. M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 441.

⁶⁹⁹ Cf. M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 456.

⁷⁰⁰ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 221; C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, op. cit., p. 40-41; M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 455. Não sendo observada pelo arguido a prestação da caução econômica, o legislador autoriza o Ministério Público ou o lesado a requerer ao juiz o arresto de bens do arguido, em montante suficiente para assegurar as obrigações patrimoniais decorrentes do fato criminoso. Neste caso, a lei dispensa o requerente de demonstrar o fundado receio de perda da garantia patrimonial (artigo 228º, n. 1) (Cf. C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, op. cit., p. 40-41).

⁷⁰¹ *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 443.

exigências profissionais do argüido e o local onde habita no momento de determinar a medida.

A obrigação de apresentação periódica acarreta ao argüido o dever de apresentar-se a uma entidade judiciária ou a um órgão de polícia criminal em dias e em horários preestabelecidos. A medida, como se pode observar, institui um nítido controle sobre a pessoa do argüido, mantendo-o à disposição das autoridades jurisdicionais e evitando que ele venha a furtar-se ao processo penal.⁷⁰² Tem-se, portanto, uma providência cautelar menos gravosa aos direitos fundamentais, além de eficiente para assegurar o bom andamento do processo penal.⁷⁰³

A competência para a aplicação da obrigação de apresentação periódica é do juiz, não sendo admissível a imposição da medida em comento por parte do Ministério Público. Este, no entanto, necessariamente será ouvido antes da decisão judicial, em obediência ao princípio do contraditório.⁷⁰⁴ Em caso de violação, abre-se ao juiz a possibilidade de substituí-la por outra medida mais adequada e eficiente aos fins do processo.⁷⁰⁵

4.1.3.4. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES, DE PROFISSÃO OU DE DIREITOS

Trata-se de medida de coação disciplinada no artigo 199º do Código de Processo Penal português, sendo aplicável tão-somente aos crimes punidos com pena de prisão de máximo superior a dois anos. A medida tem por objetivo impedir a obstrução da instrução criminal, com “a eventual frustração das provas” por parte do arguido, já que muitas destas provas podem encontrar-se à disposição dos titulares de cargos públicos, além de evitar a “dissipação de bens alheios” e a continuidade da atividade criminosa, o que justifica as hipóteses de suspensão do poder familiar, da tutela ou da curatela, por exemplo.⁷⁰⁶

A suspensão do exercício de funções, de profissão ou de direitos compete ao juiz, com exclusividade, não podendo ser adotada por parte do Ministério Público ou

⁷⁰² Cf. C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, op. cit., p. 41.

⁷⁰³ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 222.

⁷⁰⁴ Cf. M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 443.

⁷⁰⁵ Neste sentido, o artigo 203º do Código de Processo Penal português.

⁷⁰⁶ Cf. C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, op. cit., p. 42. Nota-se que os objetivos associados a esta medida distanciam-se das finalidades atribuídas à tutela cautelar. Neste sentido, tão-somente o fim de impedir a obstrução da prova coaduna-se com as finalidades das medidas cautelares.

por ordem de autoridade policial. Ademais, registre-se a possibilidade de sua cumulação com outras medidas legalmente admissíveis, como expressamente previsto no artigo 199º, n. 1.

A medida de coação ora em comento pode envolver a suspensão do exercício: a) de função pública; b) de profissão ou de atividade, cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou de uma homologação da autoridade pública; c) do poder parental, da tutela, da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito (artigo 199º, n. 1, *a, b, c, d*). Assim que decretada, a medida é comunicada à autoridade administrativa, civil ou judiciária competente para efetivá-la (artigo 199º, n. 2).

Em face da ausência de uma regulamentação mais extensa, valem, aqui, as observações acerca da discricionariedade judicial para imposição da medida e da incidência da adequação e da proporcionalidade neste julgamento.⁷⁰⁷ E, de fato, a obediência à proporcionalidade é destacada ao se admitir a suspensão do exercício de um direito somente nos casos em que a sua interdição possa vir a ser decretada como decorrência do crime imputado (artigo 199º, n. 1, parte final).⁷⁰⁸ Com efeito, se a restrição não se mostra admissível ao final do processo, como resultado de uma sentença penal condenatória, com maior razão não se poderá impor semelhante limitação a título cautelar, por evidente ofensa à proporcionalidade.

4.1.3.5. PROIBIÇÃO DE PERMANÊNCIA, DE AUSÊNCIA E DE CONTATOS

Trata-se de medida de coação prevista no artigo 200º do Código de Processo Penal português, aplicável aos crimes dolosos punidos com pena de prisão de máximo superior a três anos, e de competência da autoridade judiciária.⁷⁰⁹⁻⁷¹⁰ A referida

⁷⁰⁷ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 222; M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 444.

⁷⁰⁸ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 223.

⁷⁰⁹ Como destaca M. Maia Gonçalves, a medida de coação em comento somente pode ser decretada nos casos em que se admite a incidência da prisão preventiva, tornando-a uma medida substitutiva desta última modalidade de tutela cautelar (*Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 446).

⁷¹⁰ Registre-se, apenas, que, em sua redação originária, o Projeto de Lei que alterou o artigo 200º do Código de Processo Penal português admitia que o juiz ou, mediante concessão deste, o Ministério Público ou o órgão de polícia criminal, pudessem conceder as autorizações ao arguido para ausentar-se para o estrangeiro, ou da povoação, da freguesia ou do conselho do seu domicílio. No entanto, como noticia M. Maia Gonçalves, o Tribunal Constitucional de Portugal, por solicitação do Presidente da República, declarou a inconstitucionalidade da norma (*Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 445-446).

medida⁷¹¹ admite, ainda, cumulação com a obrigação de apresentação periódica, nos termos do artigo 200º, n. 4. Na realidade, a proibição de permanência, de ausência e de contatos é cumulável com qualquer outra medida de coação, com a ressalva da prisão preventiva e da fixação de residência.

Ademais, registre-se que a obrigação de não se ausentar para o estrangeiro é acompanhada da entrega do passaporte do arguido à autoridade judiciária e da comunicação às autoridades competentes, com vistas a não concessão ou a não renovação do documento, além de aviso às autoridades responsáveis pelo controle das fronteiras (artigo 200º, n. 3).

As proibições de permanência, de ausência e de contatos servem ao objetivo de assegurar que o arguido permaneça à disposição do juízo. Com isto, afasta-se o risco de fuga, evitando a obstrução do procedimento criminal e a frustração de eventual condenação.⁷¹²

4.1.3.6. OBRIGAÇÃO DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO

Trata-se de medida de coação prevista no artigo 201º do Código de Processo Penal português, sendo aplicável aos crimes dolosos punidos com pena de prisão de máximo superior a três anos. A obrigação de permanência na habitação, medida de competência exclusiva da autoridade judiciária, abrange a obrigação de o arguido não se ausentar de sua própria habitação ou de outra em que no momento resida, ressalvada a ausência mediante autorização (artigo 200º, n. 1).

⁷¹¹ A medida de coação de proibição de permanência, de ausência e de contatos pode abranger as seguintes obrigações, de modo cumulativo ou em separado: a) de não permanecer, ou de não permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação, freguesia ou conselho ou em residência onde o crime tenha sido cometido ou habitem os ofendidos, os seus familiares ou pessoas em face das quais novos crimes podem ser cometidos; b) de não se ausentar para o estrangeiro, bem como de não se ausentar da povoação, da freguesia, ou do conselho do lugar de seu domicílio, exceto para lugares predeterminados, nomeadamente o local de trabalho, ressalvada, em todos os casos, a ausência mediante autorização; c) de não contactar determinadas pessoas ou não frequentar certos lugares ou certos meios (artigo 200º, n. 1, a, b, c, d).

⁷¹² Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 224. Carlos Alberto Simões de Almeida ressalta os objetivos da medida de coação analisada, explicando que as proibições do artigo 200º, n. 1 obstam “(...) que o arguido se subtraia ao procedimento criminal, e possível sancionamento, pela limitação dos seus movimentos ao espaço territorial nacional, o que se procura conseguir pela privação de posse ou do direito de obtenção do passaporte e, bem assim, com a comunicação às autoridades responsáveis pelo controlo de fronteiras, para que impeçam a eventual fuga do arguido. Como certamente se concordará, a medida é de duvidosa eficácia, sobretudo se atentarmos que a circulação é livre no actual “*Espaço Schengen*” europeu e, mesmo tratando-se de deslocações para países terceiros, é bastante fácil alcançá-los a partir de outros países da Comunidade Económica Europeia (*Medidas cautelares e ...*, op. cit., p. 43-44).

Esta medida apresenta uma configuração muito semelhante à prisão preventiva, por isso, reiteradamente, denominada de “prisão domiciliária”, estando, inclusive, sujeita aos prazos de duração da prisão preventiva (artigo 218º).⁷¹³ No entanto, a medida de coação ora analisada não se mostra tão gravosa à liberdade de circulação como a custódia provisória, ainda que seja mais severa do que as medidas de coação até então estudadas.⁷¹⁴ Ainda assim, a proximidade entre as duas medidas fez com que o próprio legislador processual penal dispensasse à obrigação de permanência na habitação tratamento semelhante ao da prisão preventiva.⁷¹⁵

A análise da medida de coação torna evidente que o legislador tem por objetivo afastar o perigo de fuga, assegurar a disponibilidade do arguido para os demais atos processuais, além de impedir a obstrução da prova.⁷¹⁶ Com isto, compreende-se a maior flexibilidade que a introdução desta medida propiciou ao sistema cautelar processual penal, reafirmando o carácter subsidiário da prisão preventiva, de assento constitucional.⁷¹⁷

A obrigação de permanência na habitação comporta duas espécies de restrição, distinguindo-se em face da intensidade da limitação à liberdade de circulação: a) permanência total ou absoluta, sendo a obrigação de o arguido não se ausentar, em momento algum, de sua residência ou do local onde resida; b) permanência parcial, em que

⁷¹³ Cf. C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, op. cit., p. 44; M. M. GONÇALVES, *Código de processo ...*, op. cit., 2001, p. 447.

⁷¹⁴ Para António Carlos Duarte-Fonseca, a medida de obrigação de permanência na habitação, ainda que em sua modalidade menos restritiva, representa um modo de privação de liberdade “(...) que só não é, apesar de tudo, tão gravosa como a cumprida na prisão porque a execução desta comprime sempre mais direitos, liberdades e garantias (v. nº 3 do art. 193º do CPP) e implica a permanência num local e num cenário estranhos, com rituais impositivos muito próprios”. Ademais, ressalta o autor que a própria localização da medida em comento não é casual. De fato, tendo inserido a obrigação imediatamente antes da prisão preventiva e em seguida às proibições de permanência, de ausência e de contatos, o legislador construiu um critério de ordenação crescente, segundo a gravidade da medida para a liberdade do arguido (*Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional*, in *Revista do Ministério Público*, n. 80, ano 20, out./dez. 1999, p. 86-88).

⁷¹⁵ Como destacado, as medidas receberam tratamento idêntico em diversos aspectos, tais como: o desconto na duração da pena privativa de liberdade e na pena de multa aplicadas, em igual proporção; vedação de cumulação com a caução ou de substituição desta medida nas hipóteses do artigo 197º, n. 2; o prazo de duração da medida, regime de suspensão e restituição à liberdade do arguido (artigos 215º, 216º e 217º); redução dos prazos procedimentais (artigos 276º, n. 1, e 306º, n. 1); e prioridade na tramitação dos feitos (artigos 297º, n. 2, e 312º, n. 2) (Cf. A. C. DUARTE-FONSECA, *Obrigação de permanência ...*, in *Revista do Ministério Público de Lisboa*, op. cit., p. 88-89).

⁷¹⁶ Cf. C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, op. cit., p. 45.

⁷¹⁷ Cf. Cf. A. C. DUARTE-FONSECA, *Obrigação de permanência ...*, in *Revista do Ministério Público de Lisboa*, op. cit., p. 83.

se admite a ausência do argüido do local em que resida mediante autorização judicial, por períodos curtos e excepcionais ou por períodos determinados e regulares.⁷¹⁸

O Código de Processo Penal português autoriza que a fiscalização do cumprimento da obrigação de permanência na habitação possa ser feita através da utilização de meios técnicos de controle à distância, nos termos previstos em lei.

Neste sentido, a Lei n.º 122/99, de 20 de agosto, em consonância com o artigo 161º, alínea c, da Constituição da República, estabelece a regulamentação da utilização de meios técnicos de controle à distância para fiscalização da obrigação de permanência na habitação determinada pelo artigo 201º do Código de Processo Penal português.

O controle, designado pela referida Lei de vigilância eletrônica, depende do consentimento do argüido (artigo 2º), prestado pessoalmente perante o juiz e com assistência do defensor técnico, o qual pode, ainda, ser revogado a qualquer tempo. Ademais, ressalta-se a preocupação do legislador em obter o consenso das demais pessoas que convivem com o argüido e que poderiam, por este motivo, serem afetadas pela permanência obrigatória deste em determinado lugar.

Tendo em vista a necessidade de efetivar no plano concreto a vigilância eletrônica, a Lei n.º 122/99 incumbiu ao Instituto de Reinserção Social a execução da referida medida (artigo 5º). Esta entidade é encarregada de instalar os meios de vigilância eletrônica, sem qualquer ônus para o argüido. Ademais, no curso da execução da medida, afirma-se a necessidade de respeitar a dignidade da pessoa do argüido, igualmente atentando para a sua situação pessoal, familiar, laboral e social (artigos 3º e 4º).

4.2. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ESPANHOL

4.2.1. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AO DIREITO À LIBERDADE

⁷¹⁸ Cf. Cf. A. C. DUARTE-FONSECA, *Obrigação de permanência ...*, in *Revista do Ministério Público de Lisboa*, *op. cit.*, p. 87. Como destaca M. Maia Gonçalves, estes dois graus da medida não são absolutos e incommunicáveis, haja vista que poderá ser concedida autorização para o argüido se ausentar na modalidade permanência total, desde que existam circunstâncias a justificar a exceção. Isto porque as medidas de coação contêm em si a cláusula *rebus sic stantibus*, como lembra o autor, estando sujeitas às variações das condições que justificaram a sua imposição (*Código de processo ...*, *op. cit.*, 2001, p. 447).

O ordenamento jurídico espanhol, na esteira do movimento de afirmação dos direitos fundamentais nas ordens constitucionais contemporâneas, inseriu, na Constituição de 1978, o direito à liberdade e à segurança, como direito fundamental de toda pessoa, assegurando que ninguém poderá ser privado de sua liberdade, senão com a observância do estabelecido pela constituição e nos casos e na forma previstos em lei.⁷¹⁹

A Constituição Espanhola, em consonância com o seu proclamado objetivo de assegurar a liberdade e a segurança individuais, ocupou-se das garantias frente às privações de liberdade, ao recriminar a detenção preventiva arbitrária e excessiva, além de nomear detalhadamente os direitos reservados aos detentos.⁷²⁰ A disciplina constitucional do direito de toda pessoa à liberdade e à segurança se encerra com a previsão do *habeas corpus*, como o remédio contra toda restrição ilegal desses direitos, a que se segue a determinação ao legislador ordinário da fixação do prazo máximo de duração da prisão provisória.⁷²¹

Nota-se, portanto, a preocupação central do constituinte em abordar as intervenções mais intensas à liberdade individual.⁷²² Os requisitos constitucionais transformam-se em verdadeiros critérios de validade de qualquer privação da liberdade, lembrando que a remissão à lei não autoriza o legislador a estabelecer medidas restritivas

⁷¹⁹ O artigo 17 da Constituição espanhola de 1978 dispõe que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. Como se pode notar, o dispositivo em tela trata da “(...) plena autodeterminación del propio movimiento corporal, la “libertad física” (STC 23/1985, de 15 de febrero) o la libertad de orientar la propia acción (STC 341/1993, de 18 de noviembre), aunque no puede cobijarse el artículo 17.1 CE una libertad general de autodeterminación individual (...) La seguridad personal es la garantía contra la arbitrariedad en las restricciones, y especialmente en las privaciones, de esa libertad ejecutadas, ante todo, por el poder público”. (Cf. J. GARCÍA TORRES; J. L. R. PAGÉS, *Libertad y seguridad personales*, in M. A. REYES (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 147).

⁷²⁰ O artigo 17 da Constituição espanhola de 1978 determina, ainda, que: “2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario par la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

⁷²¹ Por último, o artigo 17 da Constituição espanhola de 1978 dispõe que: “4. La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máxima de duración de la prisión provisional”.

⁷²² Cf. J. GARCÍA TORRES; J. L. R. PAGÉS, *Libertad y seguridad personales*, in M. A. REYES (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 147. Não obstante, como destacam os autores, a proteção do direito à liberdade e à segurança individuais estende-se, igualmente, em face das restrições menos intensas do que a privação arbitrária da liberdade, o que se pode notar por outros dispositivos da constituição (artigo 53.1).

livremente. Estas deverão corresponder à finalidade de proteção de direitos e de valores constitucionalmente reconhecidos, não poderão ostentar um grau de indeterminação que acarrete insegurança na sua efetivação, nem estender-se por prazo de duração incerto ou ilimitado, bem como não deverão distanciar-se da proporcionalidade.⁷²³

Em atenção aos dispositivos constitucionais, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola, datada de 1882, encarrega-se da disciplina das medidas cautelares de carácter pessoal adotadas no curso do processo penal.

4.2.2. MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE

As medidas cautelares de carácter pessoal admitidas no sistema processual penal espanhol encontram-se reunidas no Livro II “Del sumario”, Título IV “De la citación, de la detención y de la prisión provisional”, Título VII “De la libertad provisional del procesado”. Em seguida, o estudo de cada medida em espécie.

4.2.2.1. A CITAÇÃO CAUTELAR

A citação cautelar é considerada medida cautelar no sistema processual penal espanhol, tendo sido por isto destacada neste tópico.⁷²⁴ Trata-se da medida disciplinada no artigo 486 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tendo por objetivo providenciar a oitiva da pessoa a quem se atribui a prática de um ato punível.⁷²⁵

Esta providência, no entanto, poderá converter-se em ordem de detenção judicial, caso a pessoa citada não compareça e não apresente causa legítima de impedimento.⁷²⁶ Destaca-se, por último, que a autoridade jurisdicional, no curso da

⁷²³ Cf. J. GARCÍA TORRES; J. L. R. PAGÉS, *Libertad y seguridad personales*, in M. A. REYES (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 148.

⁷²⁴ Cf. J. L. B. DE QUIROGA, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004, p. 815; C. ÁVILA *el all.*, *El sistema procesal penal español*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 77; A. M. L. NAVARRETE, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1988, p. 266.

⁷²⁵ O artigo 486 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõe que: “La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención”.

⁷²⁶ Nos termos do artigo 487 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “Si el citado, con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención”.

instrução, poderá determinar o comparecimento de quantas pessoas lhe pareça adequado ouvir, por resultar contra elas indícios fundados de culpabilidade.⁷²⁷

4.2.2.2. A DETENÇÃO

A detenção, como medida cautelar de caráter pessoal, tem suas raízes no próprio ordenamento constitucional espanhol, na medida em que o constituinte preocupou-se em assegurar a excepcionalidade desta providência e asseverar a liberdade como a regra geral.⁷²⁸ A disciplina normativa da detenção, não obstante, foi atribuída ao legislador ordinário, o qual se encarregou desta medida nos artigos 489 a 501 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

A medida em comento, de competência da autoridade judiciária, sendo também atribuída às autoridades policiais e facultada aos particulares, tem por objetivo a limitação do direito à liberdade do imputado, com o fim de colocá-lo à disposição da autoridade judicial, ou, ainda, caso este já se encontre em custódia, de se decidir sobre esta limitação, devolvendo-lhe a sua liberdade ou aplicando-lhe medida cautelar menos restritiva.⁷²⁹

Justamente por estes motivos, a detenção encerra algumas particularidades em face das demais providências cautelares, em especial quanto ao caráter jurisdicional e quanto ao caráter provisório. Quanto ao primeiro, a detenção tem como nota diferencial a possibilidade de ser determinada por autoridade jurisdicional distinta do juiz de instrução competente, por autoridade policial ou, ainda, pode resultar de atividade particular. Quanto ao segundo, o aspecto da provisoriedade é ressaltado na detenção, uma vez que a sua duração já vem limitada por ordem constitucional, cabendo à autoridade

⁷²⁷ Neste sentido, o artigo 488 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

⁷²⁸ Neste sentido, o artigo 17 da Constituição espanhola transcrito acima. Como aponta Vicente Gimeno Sendra, o objeto material da detenção é o direito de liberdade de circulação previsto no artigo 17 da Constituição espanhola. Desta forma, o autor conclui que toda privação de liberdade, a menos que se trate de uma pena de prisão ou de uma prisão provisória, consiste em uma detenção e, por isso, submetida às limitações constitucionais e legais. Ademais, o autor adverte, na esteira do Tribunal Constitucional espanhol, que “(...) un cambio de *nomen iuris* de la privación de libertad (“retención”, “intervención personal”, etc.) resulta indiferente a los efectos de estimar o no vulnerado el artículo 17 de la Constitución, que en cualquier caso requiere su desarrollo normativo mediante *Ley Orgánica*” (*Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 267).

⁷²⁹ Cf. J. L. B. DE QUIROGA, *Tratado de derecho ...*, op. cit., p. 816; V. G. SENDRA, *Lecciones de derecho...*, op. cit., p. 266-267.

competente decidir acerca da restrição à liberdade do indivíduo da forma mais breve possível.⁷³⁰

A disciplina normativa da detenção, na *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, inicia-se com o enunciado do princípio da legalidade, já afirmado em sede constitucional, segundo o qual ninguém poderá ser detido, senão nos casos e na forma prescritos em lei.⁷³¹ Não obstante, as disposições normativas dedicadas à detenção são alvo de severas críticas, em virtude de seu caráter amplo e indeterminado, o que compromete a efetividade do princípio da legalidade e, por conseguinte, da segurança jurídica.⁷³²

O diploma processual penal espanhol distingue três espécies de detenção, que se referem aos casos, em que a detenção pode ser realizada por uma autoridade judicial, por uma autoridade policial ou, ainda, por particulares.⁷³³ Em primeiro lugar, a detenção exercida por particulares encontra-se prevista no artigo 490 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que traz as hipóteses, de modo exaustivo, em que uma pessoa está facultada por lei a realizar a detenção de outra.⁷³⁴ Em suma, a faculdade estabelecida aos particulares reúne casos de flagrante delito (artigo 490, n. 1 e n.2)⁷³⁵, de fuga empreendida por aquele que se encontra submetido à custódia legal (artigo 190, n. 3 a n. 6)⁷³⁶ e, por fim, de rebeldia por parte do acusado ou do condenado (artigo 490, n. 7).⁷³⁷

⁷³⁰ Cf. V. G. SENDRA, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 267.

⁷³¹ Artigo 489 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”.

⁷³² Neste sentido, a observação de Jacobo López Barja de Quiroga, para quem: “es particularmente importante que los supuestos legales de detención sean interpretados de forma muy restrictiva” (*Tratado de derecho ...*, op. cit., p. 816).

⁷³³ O ordenamento jurídico espanhol reconhece a detenção, tal como prevista na Constituição espanhola, que pressupõe uma privação de liberdade de curta duração, com o objetivo de realizar averiguações voltadas à elucidação dos fatos. Superada esta fase de esclarecimento dos fatos, desde que reunidos elementos suficientes à imputação a uma pessoa determinada o cometimento do delito, podem ser adotadas medidas restritivas ou privativas de liberdade, em caráter cautelar (Cf. V. M. CATENA, *Lección 17 – la libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas*, in V. G. SENDRA, V. M. CATENA, V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 279-280).

⁷³⁴ Trata-se, portanto, de uma faculdade estendida ao cidadão, ao contrário da detenção promovida pela autoridade policial, que se revela obrigatória. Justamente por isto, a detenção realizada por particular reúne um número menor de hipóteses legais, quando comparada com a detenção determinada por autoridade judicial. Neste sentido, V. G. SENDRA, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 269; C. ÁVILA *el all.*, *El sistema procesal penal español*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 78.

⁷³⁵ Artigo 490 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “cualquier persona puede detener: 1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo. 2. al delincuente *in flagranti*.”

⁷³⁶ Artigo 490 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “cualquier persona puede detener: 3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese

Em razão da sua excepcionalidade, a detenção realizada por particular encerra um prazo extremamente curto de duração. É certo que o artigo 496 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* determina ao particular, a autoridade judicial ou o agente de polícia responsável pela detenção, que apresente a pessoa detida, em vinte e quatro horas, ao juiz mais próximo, a fim de se decidir sobre a sua situação.⁷³⁸ Não obstante, a interpretação que tem sido feita pela doutrina é ainda mais restritiva, orientando-se, notadamente, pela finalidade do instituto. Ora, se o objetivo da detenção por particular é colocar o detido à disposição da autoridade judicial ou da autoridade policial, esta providência deve ser adotada imediatamente pelo particular, não se encontrando na lei autorização para que este realize “(...) diligencia alguna de investigación o identificación sobre la persona del detenido”.⁷³⁹

Em segundo lugar, a detenção realizada por autoridade policial que, ao contrário da detenção exercida por particulares, consiste em uma obrigação imposta por lei aos funcionários de polícia judicial, bem como às demais autoridades legitimadas a cercar a liberdade das pessoas e a adotar “diligências de prevenção”, como denomina Vicente Gimeno Sendra.⁷⁴⁰

Os casos que autorizam a medida encontram-se previstos no artigo 492 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* e reúnem, no entendimento do mencionado autor, os pressupostos próprios das medidas cautelares: imputação contra uma pessoa determinada (*fumus commissi delicti*) e perigo de fuga (*periculum libertatis*).⁷⁴¹ Ao primeiro pressuposto, refere-se o artigo 492, n. 1, que, na verdade, remete às hipóteses de detenção por particular (artigo 490). Ao segundo pressuposto, referem-se as hipóteses do artigo 492,

impuesto por sentencia firme. 5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.”

⁷³⁷ Artigo 490 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “cualquier persona puede detener: 7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.”

⁷³⁸ Artigo 496 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes arts, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas.”

⁷³⁹ Cf. V. G. SENDRA, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 269. Ademais, este o entendimento de C. ÁVILA el all., *El sistema procesal penal español*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 79. No entanto, destaca-se interpretação coerente com a redação legal de Jacobo López Barja de Quiroga, advertindo que se trata, contudo, de um prazo máximo (*Tratado de derecho ...*, op. cit., p. 817).

⁷⁴⁰ *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 270.

⁷⁴¹ *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 272.

n. 2 a 4, as quais aludem ao risco de o imputado subtrair-se à atividade jurisdicional, comprometendo a efetividade processual.⁷⁴²

Quanto ao prazo de duração da detenção, o artigo 496, já mencionado quando da análise da detenção exercida por particulares, estabelece um prazo máximo de vinte e quatro horas, dentro do qual a autoridade policial deverá colocar em liberdade a pessoa detida ou apresentá-la à autoridade jurisdicional mais próxima.

Não obstante, a Constituição espanhola já determina limites temporais à detenção cautelar, prescrevendo que esta não poderá se estender por mais tempo do que o estritamente necessário para as averiguações voltadas ao esclarecimento dos fatos, observado, em todo o caso, o prazo máximo de setenta e duas horas, após o qual a pessoa deverá ser colocada em liberdade ou apresentada à autoridade jurisdicional (artigo 17. 2). Este dispositivo vem reproduzido no artigo 520 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que, na esteira do texto constitucional, estabelece o prazo máximo de setenta e duas horas de duração para a detenção cautelar.⁷⁴³ Neste curto período, por óbvio, pretende o legislador assegurar a realização de diligências notoriamente policiais, orientadas ao reconhecimento de identidade e à declaração do detido, não havendo espaço para a realização de atos de instrução.⁷⁴⁴

A evidente contradição entre os dispositivos suscitou o pronunciamento do Tribunal Constitucional, que entendeu prevalecer o texto constitucional.⁷⁴⁵ Desta forma,

⁷⁴² Neste sentido, o artigo 492 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõe que: “La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: 2. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional. 3. Al procesado por delito a que este señala pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal Competente. 4. Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran la dos circunstancias siguientes: 1. Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2. Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él”.

⁷⁴³ Artigo 520 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la Autoridad judicial.”

⁷⁴⁴ Cf. V. G. SENDRA, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 273.

⁷⁴⁵ Cf. V. G. SENDRA, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 273; C. ÁVILA *et al.*, *El sistema procesal penal español*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 80-81. Trata-se do prazo ordinário ou de caráter geral da detenção cautelar. A legislação espanhola,

o prazo máximo de duração da detenção cautelar é de setenta duas horas, consoante o artigo 17.2 da Constituição Espanhola e o artigo 520 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ressalta-se, no entanto, a adesão de alguns doutrinadores espanhóis ao prazo, ainda vigente, estabelecido no artigo 496 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, já que a função do dispositivo constitucional era de apenas limitar, em termos máximos, a discricionarieidade do legislador ordinário, não havendo impedimento a que este reduza a duração da medida cautelar em comento.⁷⁴⁶

Em terceiro lugar, encontra-se a detenção realizada por autoridade judicial, sendo reunidas sob esta espécie as detenções judiciais promovidas de ofício, bem como os demais casos de detenções particulares ou por autoridades legitimadas confirmadas em juízo.⁷⁴⁷ Desta forma, a detenção judicial pode ter como pressuposto o não cumprimento de uma ordem de comparecer perante o juízo por citação cautelar (artigo 487); o cometimento de infração penal no curso de uma sessão de julgamento, como expressão do exercício do poder do presidente do Tribunal (artigo 684); e as hipóteses de detenção autorizadas pelo artigo 492 e pelo artigo 494, que demandam a apresentação imediata da pessoa detida à autoridade judicial.⁷⁴⁸

Nos termos do artigo 497 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, a autoridade judicial dispõe de um prazo de setenta e duas horas para resolver sobre a detenção, optando por convertê-la em prisão cautelar ou restituindo à pessoa detida a sua

no entanto, estabelece prazos extraordinários de detenção. Como aponta Jacobo López Barja de Quiroga, são eles: “(...) os casos de estado de alarma, excepción y sitio (art. 116 CE y regulado por LO 4/1981, de 1 de junio de 1981), en los que la detención puede durar hasta diez días (art. 161), y en los supuestos de terrorismo la detención puede prorrogarse hasta durar cinco días (art. 520 bis. 1).” (*Tratado de derecho ...*, op. cit., p. 818).

⁷⁴⁶ Cf. V. G. SENDRA, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 273; C. ÁVILA *el all.*, *El sistema procesal penal español*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 80-81. Ademais, a postura do legislador ordinário é alvo de crítica por parte de Jacobo López Barja Quiroga: “(...) En efecto, pues, como en ésta se establece un plazo máximo, bien puede el legislador ordinario señalar un plazo más corto y, precisamente, nos encontramos con dos normas de igual rango, y en la misma ley, en la que se establecen dos plazos diferentes: en el art. 496 es de veinticuatro horas mientras que en el art. 520 es de setenta y dos. En la práctica se acude al plazo del art. 520, es decir, al de las setenta y dos horas”. (*Tratado de derecho ...*, op. cit., p. 818).

⁷⁴⁷ Trata-se de detenção confirmatória. Por isto, a detenção judicial deve ser entendida “(...) como la prolongación de aquella que realizara un particular o la autoridad policial”. Nestes casos, ao juiz competente cabe solucionar a questão da pessoa detida no prazo de setenta e duas horas, determinando a sua liberação, convertendo a detenção em prisão provisória ou adotando medida cautelar diversa (C. ÁVILA *el all.*, *El sistema procesal penal español*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 82).

⁷⁴⁸ Cf. C. ÁVILA *el all.*, *El sistema procesal penal español*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 82; J. L. B. DE QUIROGA, *Tratado de derecho ...*, op. cit., p. 824.

liberdade.⁷⁴⁹ Em se tratando de entrega da pessoa detida a juiz incompetente⁷⁵⁰, as soluções legais são outras e vinculam-se aos fundamentos da detenção.⁷⁵¹

Com relação ao prazo, o artigo 497 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* determina a adoção, por parte da autoridade judicial, de qualquer das providências cabíveis no prazo de setenta e duas horas.

4.2.2.3. A PRISÃO PROVISÓRIA

A prisão provisória importa a privação de liberdade do imputado, com o objetivo de assegurar o desenvolvimento da instrução criminal e a eventual execução da sentença condenatória. Como providência de caráter cautelar, a prisão provisória requer a existência de um fato caracterizado como delito e a demonstração de elementos bastantes de autoria.⁷⁵² Assim como a detenção, a medida comporta restrição a direito fundamental e, por isso, deve observar os ditames da legalidade e da proporcionalidade, reservando-se aos casos mais graves e delimitados em lei.⁷⁵³

Trata-se da medida cautelar disciplinada nos artigos 502 a 519 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, sendo admitida tão-somente nos delitos punidos com pena

⁷⁴⁹ Nos termos do artigo 497 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa, y la detención se hubiese hecho según lo dispuesto en los números 1, 2 y 6, y caso referente al procesado del 7 del artículo 490, y 2, 3, y 4 del artículo 492, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado. Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado.”

⁷⁵⁰ O tratamento legal da detenção judicial distingue os casos em que a pessoa detida é apresentada ao juiz competente ou a juiz incompetente para conhecer da causa. Isto porque: “(...) recuérdese que el art. 496 obliga a poner al detenido a disposición del juez más próximo al lugar de la detención, lo que no siempre coincide con aquele que resulta competente” (Cf. C. ÁVILA *el all.*, *El sistema procesal penal español*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 82).

⁷⁵¹ Neste sentido: a) nos casos de detenção estabelecidos no artigo 490, n. 6 e n. 7, e no artigo 492, n. 2 e n. 3, o juiz deverá realizar “(...) una diligencia expresiva de la persona que hubiere hecho la detención, de su domicilio y demás circunstancias bastantes para buscarla e identificarla, de los motivos que ésta manifestase haber tenido para la detención, y del nombre, apellido y circunstancias del detenido. (...) Inmediatamente después serán remitidas estas diligencias y la persona del detenido a disposición del Juez o Tribunal que conociese de la causa” (artigo 497); b) nos casos de detenção compreendidos no artigo 490, n. 1 e n. 2, e no artigo 492, n. 4, “(...) el Juez de instrucción a quien se entregue practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido, según proceda, en el término señalado en el artículo 497”. Em seguida, remeterá ao juiz competente as diligências e a pessoa detida (artigo 498); c) nos casos de detenção compreendidos no artigo 490, n. 3, 4, 5 e 7, o juiz “(...) dispondrá que inmediatamente sea remitido al establecimiento o lugar donde debiere cumplir su condena” (artigo 500).

⁷⁵² Cf. C. ÁVILA *el all.*, *El sistema procesal penal español*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 83. Ademais, nos termos do artigo 503, n. 1, 2.º, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, a prisão provisória somente poderá ser decretada, quando concorrerem os requisitos indicados, entre os quais: “2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”.

⁷⁵³ Cf. J. L. B. DE QUIROGA, *Tratado de derecho ...*, op. cit., p. 825.

máxima igual ou superior a dois anos, bem como nos crimes apenados com pena privativa de liberdade de duração inferior, se o imputado, nos termos do artigo 503, n.1, apresentar “antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso”. É certo que o limite estabelecido neste dispositivo é afastado em determinadas hipóteses legais (artigo 503, n. 1, 3.º, e n. 2), em seguida enfrentadas, mas o seu reconhecimento é relevante para assentar o caráter excepcional da medida analisada.

Nos termos do artigo 503 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, a prisão provisória deve, obrigatoriamente, visar a um dos objetivos taxativamente indicados no dispositivo, revelando o caráter de cautela instrumental da medida. São eles: a) assegurar o comparecimento do imputado aos atos processuais, quando se pode inferir racionalmente um risco de fuga. Para a avaliação deste risco de fuga, consideram-se, cumulativamente, a natureza do delito, a gravidade da pena que se pode aplicar ao imputado, a sua situação familiar, laboral e econômica e, por fim, “(...)a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido” (artigo 503, n. 1, 3.º, a); b) evitar a ocultação, a alteração ou a destruição das fontes de prova relevantes para o julgamento, desde que ocorra risco fundado e concreto para tanto. Segue-se, no entanto, a advertência de que a prisão não será decretada, nas hipóteses em que este risco decorra tão somente do exercício do direito de defesa ou da falta de colaboração do imputado no curso da investigação. Novamente, o legislador insere elementos para orientar a avaliação judicial, destacando a capacidade de o imputado ter acesso por si ou através de terceiros às fontes de prova, bem como de o imputado influenciar sobre outros imputados, testemunhas, peritos ou outrem (artigo 503, n. 1, 3.º, b); c) evitar que o imputado possa atuar contra bens jurídicos da vítima (artigo 503, n. 1, 3.º, c); d) nos crimes dolosos somente, para evitar a reincidência, sendo a avaliação deste risco pautada pelas circunstâncias do fato e pela gravidade dos delitos que poderiam ser cometidos (artigo 503, n. 2).⁷⁵⁴

Os limites de pena apresentados logo ao início, no artigo 503, n. 1, 1.º, que inaugura a disciplina normativa da medida, são afastados em determinados casos,

⁷⁵⁴ A prisão provisória com o escopo de impedir o cometimento de novos delitos não se coaduna com o princípio da presunção de inocência. Esta finalidade apresenta nítido caráter substancial e relaciona-se aos fins de prevenção especial da pena. Admiti-la à prisão provisória equivale a identificar prisão provisória e pena, antecipando-se os efeitos de uma punição a um indivíduo presumidamente inocente, o que se revela inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 30-31.

quando reunidos os pressupostos indicados na lei. Assim, na hipótese descrita na letra *a* do parágrafo anterior, não se observam os limites de pena, quando “a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores” (artigo 502, n. 1, 3.º, *a*). Na hipótese da letra *c*, quando o imputado atuar contra bens jurídicos da vítima (artigo 502, n. 1, 3.º, *c*). Na hipótese da letra *d*, quando se tratar de imputado associado a demais pessoas, de forma organizada, para a prática de delitos ou quando aquele desenvolver atividades delitivas com habitualidade (artigo 503, n. 2).⁷⁵⁵

O sistema processual penal espanhol preocupou-se em estabelecer prazos máximos de duração da prisão provisória, os quais se estendem por uma escala variável de acordo com o fundamento de decretação da medida e a quantidade de pena cominada ao delito. Assim, nos termos do artigo 504 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, o estado de detenção provisória durará o tempo imprescindível para alcançar qualquer dos fins previstos no artigo 503, e desde que subsistam os motivos que justificaram a sua decretação, não podendo exceder a: a) um ano, nos casos do artigo 503, n. 1, 3.º, *a* ou *c*, e n. 2, sendo os delitos apenados com pena privativa de liberdade igual ou inferior a três anos; b) dois anos, nos casos do artigo 503, n. 1, 3.º, *a* ou *c*, e n. 2, sendo os delitos apenados com pena privativa de liberdade superior a três anos; c) seis meses, nos casos do artigo 503, n. 1, 3.º, *b*.⁷⁵⁶

Ainda com relação à duração da prisão provisória, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* estabelece que, os prazos de duração de um ano e de dois anos poderão ser prorrogados pela autoridade jurisdicional, quando as circunstâncias evidenciarem que a causa não poderá ser julgada naqueles prazos, devendo-se observar o limite de uma só prorrogação de até dois anos, quando se tratar de delito com pena privativa de liberdade superior a três anos; e de até seis meses, quando se tratar de delito com pena privativa de liberdade igual ou inferior a três anos (artigo 504, n. 2). Na hipótese

⁷⁵⁵ Nos termos do artigo 503, n. 2, parte final, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “(...) No obstante, el límite previsto en el ordinal 1 del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad”.

⁷⁵⁶ Ainda sobre o cômputo do prazo de duração, o artigo 504, n. 5, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõe que: “Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa. Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia”.

de condenação do imputado submetida a recurso, a prisão provisória poderá ser prorrogada até o limite de metade da pena imposta na sentença (artigo 504, n. 2, parte final).

Com o evidente propósito de tornar efetiva a regulamentação dos prazos da prisão provisória, o legislador espanhol estabelece que, assim que a medida cautelar exceder dois terços de sua duração máxima, a autoridade jurisdicional competente e o Ministério Fiscal comunicarão esta circunstância ao presidente da sala de governo e ao fiscal-chefe do tribunal correspondente, a fim de que se adotem as medidas necessárias para conferir máxima celeridade ao procedimento. Ademais, determina a prioridade na tramitação do processo.⁷⁵⁷

A providência coercitiva pode revelar-se em três modalidades: a prisão provisória com comunicação, sem comunicação e atenuada. A prisão provisória com comunicação é a regra geral do sistema cautelar, em que o imputado é recolhido a um centro penitenciário, observando-se os ditames dos artigos 522 a 526 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. A prisão provisória incomunicada, de caráter excepcional, importa severas restrições aos direitos básicos do imputado, inclusive o de comunicação com o seu advogado, o qual será necessariamente designado de ofício, e não poderá exceder o prazo de cinco dias (artigos 509, 510 e 527). Por fim, a prisão atenuada, na verdade, hipótese de arresto domiciliário, admitida quando por razão de enfermidade do imputado o encarceramento envolver grave risco para a sua saúde ou quando este se encontrar submetido a tratamento de desintoxicação.⁷⁵⁸

A medida em comento, de competência exclusiva da autoridade jurisdicional, cessa em face do desaparecimento dos motivos que justificaram a sua

⁷⁵⁷ Artigo 504, n. 6, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “Cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, el juez o tribunal que conozca de la causa y el ministerio fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe del tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad. A estos efectos, la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto de todos los demás”.

⁷⁵⁸ Conforme o artigo 508 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “1. El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa. 2. En los casos en los que el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida”.

adoção, concedendo-se também a liberdade devido ao transcurso dos prazos máximos de prisão provisória fixados em lei. Não obstante, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* estabelece uma exceção nos casos relacionados a “bandas armadas o de individuos terroristas o rebeldes”, suspendendo a liberação pelo prazo de um mês, em face de recurso do Ministério Fiscal contra a determinação jurisdiccional.⁷⁵⁹

4.2.2.4. A LIBERDADE PROVISÓRIA

Trata-se de medida cautelar prevista nos artigos 528 e seguintes da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, revelando-se uma alternativa à prisão provisória.⁷⁶⁰ Com efeito, a liberdade provisória, de competência exclusiva da autoridade jurisdiccional, tem por fundamento a ausência de motivos suficientes para decretação da medida extrema, embora existam elementos concretos a indicar a responsabilidade pessoal do acusado.⁷⁶¹ A medida tem por objetivo assegurar o comparecimento do imputado aos atos e aos termos processuais, sem importar as restrições mais intensas características da prisão provisória.⁷⁶²

Este, de fato, o interesse primordial do sistema processual penal espanhol: reservar a prisão preventiva para as situações de extrema e de comprovada necessidade, incentivando o recurso a medidas menos gravosas ao direito de liberdade e, igualmente, adequadas a promover os mesmos objetivos da prisão provisória.⁷⁶³ Nesta esteira, a liberdade provisória revela-se uma providência cautelar de destaque, pois proporciona certa vinculação do acusado ao processo penal, sem impor-lhe as inconveniências do encarceramento.

⁷⁵⁹ Conforme o artigo 504 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Este prazo de suspensão de um mês não incide, quando já esgotados os prazos de duração e de prorrogação da prisão provisória fixados em lei.

⁷⁶⁰ Cf. C. ÁVILA *el all.*, *El sistema procesal penal espanhol*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 85;

⁷⁶¹ Cf. J. L. B. DE QUIROGA, *Tratado de derecho ...*, *op. cit.*, p. 833; C. ÁVILA *el all.*, *El sistema procesal penal espanhol*, in E. S. HENDLER (coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 85. Como anota Fábio Machado de Almeida Delmanto, na prisão provisória “(...) o descrédito do juiz para com o acusado é total, na medida em que não lhe resta alternativa a não ser o seu encarceramento. Já na liberdade provisória, confere-se certo crédito ao acusado, que fica obrigado a cumprir determinadas obrigações, sob pena de se lhe imponem outras medidas em cumulação ou até mesmo a prisão, se admitida em lei” (*Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 235).

⁷⁶² Cf. J. L. B. DE QUIROGA, *Tratado de derecho ...*, *op. cit.*, p. 833. Neste sentido, o artigo 530 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá *apud acta* obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte”.

⁷⁶³ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 234.

Em linhas gerais, a liberdade provisória poderá ser adotada com ou sem fiança, cabendo a autoridade jurisdicional determinar a quantidade e a qualidade da fiança a ser prestada, o que deverá ser feito considerando a natureza do delito, o estado social e os antecedentes do acusado, e as demais circunstâncias a indicar a maior ou menor probabilidade de o acusado evadir-se.⁷⁶⁴ Em relação à situação jurídica do acusado, a liberdade provisória obriga-o a comparecer em juízo, quando convocado, podendo a autoridade jurisdicional determinar a retenção de seu passaporte, a fim de garantir o cumprimento da obrigação.⁷⁶⁵

4.2.2.5. O AFASTAMENTO CAUTELAR

Trata-se de medida cautelar prevista no artigo 544 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, sendo aplicável nos casos dos crimes indicados no artigo 57 do Código Penal espanhol (*Ley Orgánica* 10/1995, de 23 de novembro).⁷⁶⁶ A medida em comento, de competência exclusiva da autoridade jurisdicional, tem por objetivo impor ao acusado as medidas arroladas no artigo 544 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, a saber: (1) a proibição de residir em um determinado lugar, bairro, município, província ou outra entidade local, ou Comunidade Autônoma; (2) a proibição de ir a determinados lugares, bairros, municípios, províncias ou outras entidades locais, ou Comunidades Autônomas; (3) a proibição de aproximar-se ou de comunicar-se, com a graduação que seja precisa, com determinadas pessoas (artigo 544 *bis*).

A medida cautelar em tela, adotada em decisão fundamentada, deve revelar-se estritamente necessária para a proteção da vítima, servindo, igualmente, de critérios para a sua escolha a situação econômica do acusado, os requisitos de sua saúde, a sua situação familiar e a sua atividade profissional.

Em face do descumprimento de qualquer das medidas, a autoridade jurisdicional determinará o comparecimento do acusado em audiência, a fim de se adotar a prisão provisória ou outra medida cautelar de maior limitação à liberdade pessoal,

⁷⁶⁴ Neste sentido, o artigo 529 e o artigo 531 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Como anota Jacobo López Barja de Quiroga, a quantidade e a qualidade da fiança encontram-se intimamente relacionadas com o risco de o acusado subtrair-se à atuação da justiça. Logo, não se voltam a garantir eventual responsabilidade civil decorrente da infração penal (*Tratado de derecho ...*, *op. cit.*, p. 834).

⁷⁶⁵ Conforme o artigo 530 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* já transcrito.

⁷⁶⁶ Nos termos do artigo 57 do Código Penal espanhol, trata-se dos delitos de homicídio, aborto, lesões, contra a liberdade, tortura, contra a integridade moral, a liberdade sexual, a intimidade, o direito à própria imagem e a inviolabilidade do domicílio, a honra, o patrimônio e a ordem sócio-econômica.

considerando, para esta finalidade, os motivos, as circunstâncias e a gravidade da falta, sem prejuízo das responsabilidades que dela possam resultar.⁷⁶⁷

4.2.2.6. A ORDEM DE PROTEÇÃO

Trata-se da medida cautelar prevista no artigo 544 *ter.* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. A ordem de proteção às vítimas de violência doméstica foi concebida pela Lei 27/2003, de 31 de julho, tendo sido introduzida no diploma processual penal espanhol através da LO 15/2003, de 25 de novembro. A medida em comento, de competência do juiz de instrução, poderá ser adotada em face de indícios fundados do cometimento de um delito ou de uma falta contra a vida, a integridade física ou moral, a liberdade sexual, a liberdade ou a segurança de pessoas no âmbito de seu convívio familiar.⁷⁶⁸

Neste ponto, é interessante notar que a ordem de proteção assegura à vítima de violência doméstica um “estatuto integral de proteção”, uma vez que estabelece

⁷⁶⁷ O artigo 544 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõe que: “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculcado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización. En caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

⁷⁶⁸ O artigo 173. 2 do Código Penal espanhol traz o rol de pessoas a que se refere a medida em comento: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”.

medidas de caráter civil e de caráter penal, bem como medidas de assistência e de proteção social.⁷⁶⁹ A providência em tela reúne, de modo simultâneo, restrições à liberdade do agressor, com o fim de evitar a sua aproximação da vítima, e medidas orientadas à segurança e à estabilidade da pessoa ofendida e de sua família. Estas, por sua vez, deverão ser permanentemente informadas sobre a situação processual do imputado, bem como sobre o alcance e a vigência das medidas cautelares adotadas.⁷⁷⁰ Registre-se, por último, que a ordem de proteção é inscrita em um Registro Central para a proteção das vítimas de violência doméstica.

4.2.2.7. OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Entre as medidas cautelares de caráter pessoal reconhecidas no ordenamento jurídico espanhol, destaca-se a proibição de ausentar-se do território nacional, prevista no artigo 765.2 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, podendo ser adotada nos processos decorrentes de fatos envolvendo o uso e a circulação de veículos automotores, bem como nos casos imputados com domicílio ou residência habitual no exterior.⁷⁷¹

Observa Jacobo López Barja de Quiroga a impropriedade técnica do legislador ordinário, que optou por uma redação indireta da medida em comento. Com efeito, a disposição normativa remete às hipóteses e aos requisitos em face dos quais o juiz

⁷⁶⁹ O artigo 544 *ter.* 5 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõe que: “La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública”.

⁷⁷⁰ O artigo 544 *ter.* 9 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõe que: “La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria”.

⁷⁷¹ Cf. o artigo 765. 2 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “En los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor el Juez o Tribunal podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, a los imputados que no estén en situación de prisión preventiva y que tuvieran su domicilio o residencia habitual en el extranjero, para ausentarse del territorio español. Para ello será indispensable que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho punible, designen persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerles, con la prevención contenida en el artículo 775 en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y que presten caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional y su presentación en la fecha o plazo que se les señale. Igual atribución y con las mismas condiciones corresponderá al Juez o Tribunal que haya de conocer de la causa (...)”.

poderá autorizar ao imputado a saída do território nacional, o que, de outro modo, estabelece verdadeira proibição de ausentar-se do país.⁷⁷²

Para obter a autorização para ausentar-se, deverá o imputado atender às determinações do dispositivo, entre as quais: oferecer garantia suficiente para as responsabilidades pecuniárias derivadas do delito; indicar representante com domicílio fixo no país para receber as comunicações processuais e prestar caução não pessoal para assegurar a liberdade provisória e a sua apresentação no termo assinalado.⁷⁷³

O sistema processual penal espanhol prevê, ademais, como medida cautelar de caráter pessoal, a privação da permissão de conduzir veículos automotores, sendo aplicável aos casos de crimes cometidos na sua condução.⁷⁷⁴

4.3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ALEMÃO

4.3.1. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Em primeiro lugar, cabe examinar as disposições da ordem constitucional alemã relacionadas à tutela da liberdade pessoal. Assim como os demais ordenamentos jurídicos já analisados, a Constituição da República Federativa Alemã, de 23 de maio de 1949, estruturada sob o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana, estabelece aos indivíduos direitos e liberdades de índole fundamental, os quais admitem, não obstante, restrições em caráter excepcional e desde que observada a legalidade desta intervenção.⁷⁷⁵

Entre o rol de direitos fundamentais, a que a Constituição Alemã outorga aplicabilidade direta e eficácia jurídica, insere-se o direito à liberdade pessoal, estendendo-se a este, portanto, a possibilidade de restrições determinadas em lei, a fim de resguardar

⁷⁷² *Op. cit.*, p. 853.

⁷⁷³ Nos termos do artigo 765.2, parte final, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “Si el imputado no compareciese, se adjudicará al Estado el importe de la caución y se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en el artículo 843, salvo que se cumplan los requisitos legales para celebrar el juicio en su ausencia.”

⁷⁷⁴ Cf. artigo 529 *bis* e artigo 764.4, parágrafo 2.º, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

⁷⁷⁵ Cf. o artigo 1.º da Constituição da República Federativa Alemã, que assim dispõe: “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”.

demais direitos e liberdades individuais e valores de ordem social, como o normal desenrolar da persecução penal. Ademais, a Constituição da República Federativa da Alemanha não trata, de modo específico, da prisão provisória, como intervenção ao direito à liberdade pessoal, sendo, de fato, reduzidas as referências ao processo penal no texto constitucional.⁷⁷⁶

4.3.2. CONDIÇÕES GERAIS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL E DISCIPLINA DA PRISÃO PREVENTIVA

As medidas coercitivas de caráter pessoal admitidas no sistema processual penal alemão encontram-se disciplinadas no Livro I, Capítulo 9 “Prisão e Detenção Provisória”, do Código de Processo Penal (*das Strafprozessordnung*). O sistema processual penal alemão prevê a prisão em flagrante e a prisão preventiva como modalidades de privação de liberdade a título provisório no curso da persecução penal. A par destas espécies de prisão provisória, o ordenamento jurídico alemão contempla medidas alternativas à privação extrema da liberdade, como será referido adiante.

A prisão preventiva do direito alemão deve observar pressupostos materiais e formais para a sua decretação, conforme previsto no § 112 e no § 114 do Código de Processo Penal alemão.⁷⁷⁷ Os pressupostos de ordem material revelam que a prisão preventiva somente será aplicada se houver fundada suspeita da prática de infração penal que admita a imposição da medida em caráter cautelar e de responsabilidade do imputado, devendo concorrer, de igual modo, motivo para a prisão.

Os motivos para a decretação da prisão preventiva encontram-se reunidos no mesmo dispositivo citado, § 112 do Código de Processo Penal alemão, e consideram-se presentes, quando, com fundamento em fatos determinados: a) demonstrar-se a fuga ou o perigo de fuga do imputado; b) o comportamento do imputado puder comprometer a instrução criminal, mediante a destruição, a manipulação, a modificação, a supressão ou a falsificação de provas; por meio de conduta ilícita e de má-fé relativamente a corréus,

⁷⁷⁶ Cf. C. A. S. DE ALMEIDA, *Medidas cautelares e ...*, op. cit., p. 110.

⁷⁷⁷ Sidnei Agostinho Benetti, em estudo comparativo entre as disciplinas da prisão preventiva no direito brasileiro e no direito alemão, observa que o ordenamento brasileiro, a exemplo dos sistemas processuais penais italiano, espanhol e português, recebe influência do tratamento dos provimentos cautelares do processo civil, ao contrário do que se verifica no ordenamento alemão. De fato, o Código de Processo Penal alemão prevê pressupostos de ordem material, relacionados ao crime e ao seu agente, e pressupostos de ordem formal, referentes à forma de efetivação da prisão. (*Prisão provisória – direitos alemão e brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 669, jul./1991, p. 270).

testemunhas ou peritos, ou quando recorrer a terceira pessoa para a prática de tais comportamentos, em todos os casos, ameaçando a aquisição da verdade.⁷⁷⁸

Ademais, o § 112 do Código de Processo Penal alemão prevê que, ainda quando não se verificarem os motivos anteriores, a prisão preventiva poderá ser decretada, se houver fundada suspeita de cometimento de determinadas infrações, consideradas de maior gravidade, devidamente indicadas pelo legislador. Por fim, o ordenamento em tela ainda admite a medida, se houver risco de cometimento de novos crimes, quando o imputado, por sua conduta, colocar em risco a vida ou a integridade física de outrem.

Nesta esteira, o § 112a do Código de Processo Penal alemão estende a aplicação da prisão preventiva em face de fundada suspeita do cometimento de infrações penais de especial gravidade, novamente individualizadas pelo legislador, ou em virtude da reiteração ou da continuidade de ofensa grave à ordem judicial, caracterizada por determinadas infrações penais previstas no Código Penal alemão e na Lei sobre Estupefacientes.

Em ambos as hipóteses, o legislador teve por objetivo afastar o fundado receio de reincidência em delitos graves, bem como obstar a continuidade da atividade criminosa, ressaltando, em todo o caso, a observância da proporcionalidade da medida, ao submeter a sua decretação, na última hipótese, à expectativa de aplicação de pena privativa de liberdade superior a 1 (um) ano.⁷⁷⁹

Nota-se, portanto, uma preocupação recorrente em toda a disciplina da prisão preventiva no direito alemão com relação à proporcionalidade, sendo reservada como medida extrema e *ultima ratio*. A prisão preventiva deverá guardar adequação à gravidade da infração penal e à pena cominada ao delito, não sendo admitida relativamente a infrações penais para as quais não seja prevista a pena privativa de liberdade.⁷⁸⁰

⁷⁷⁸ Cf. J. B. MAIER, *La ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 77-78.

⁷⁷⁹ Como já mencionado, a prisão provisória nestes termos, isto é, com o escopo de impedir o cometimento de novos delitos não se coaduna com o princípio da presunção de inocência. Esta finalidade apresenta nítido caráter substancial e relaciona-se aos fins de prevenção especial da pena. Neste caso, a prisão deixaria de ostentar caráter cautelar para se revelar nítida antecipação de pena. Neste sentido, L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 30-31.

⁷⁸⁰ Cf. E. SCHLÜCHTER, *Compendio di procedura penale tedesca*, 2.^a ed., Milani, CEDAM, 1998, p. 83; S. A. BENETTI, *Prisão provisória – direitos alemão e brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 669, jul./1991, p. 272; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 243. Como destaca Ellen Schlüchter, ainda que a proporcionalidade não fosse objeto de referência expressa pelo legislador processual

Os dispositivos que fazem referência a esta ideia de proporcionalidade na decretação da prisão preventiva são expressos ao declarar que a prisão preventiva não será ordenada no caso em que não se mostrar proporcional à relevância dos fatos sob análise ou à pena ou às medidas de segurança esperadas (§ 112, I). Mais adiante, o § 122a revela que a prisão preventiva somente será adotada, nos delitos ali discriminados, quando houver a expectativa de aplicação de pena privativa de liberdade de 1 (um) ano.

Ademais, o § 113 limita a decretação da prisão preventiva na hipótese de infrações penais, a que sejam cominadas pena privativa de liberdade de até seis meses ou pena pecuniária de até 180 dias-multa, ao dispor que somente poderá ser determinada a privação da liberdade por perigo de fuga, quando o imputado já tiver subtraído ao processo uma vez, ou tiver preparado a sua fuga; não tiver na República Federal nenhum domicílio ou residência fixos; ou não puder certificar-se sobre a sua pessoa. Nestes casos, a prisão preventiva não poderá adotar por fundamento o perigo de obscurecimento da prova.

Quanto aos pressupostos formais, o Código de Processo Penal alemão determina que a prisão preventiva será executada mediante mandado escrito da autoridade jurisdicional competente, o qual deverá indicar o imputado, os elementos que permitam individualizar a infração penal a ele atribuída, os fundamentos da prisão preventiva e os fatos que ancoram a fundada suspeita de responsabilidade do imputado e os motivos da prisão.⁷⁸¹

Com relação à prisão preventiva, é relevante destacar quatro aspectos, a saber: o procedimento observado após o cumprimento do mandado de prisão, em outras palavras, a decisão sobre a manutenção da prisão; a suspensão ou a revogação da ordem de prisão preventiva; e, por fim, a duração da prisão preventiva;

Nos termos do § 115 do Código de Processo Penal alemão, após o cumprimento da ordem de prisão preventiva, o preso deverá ser apresentado, até o dia seguinte, ao juiz competente, ou, sendo impossível, ao juiz do local mais próximo, o qual deverá tomar as seguintes providências: a) comunicar a prisão a um familiar do preso ou a

penal, trata-se de um dos vetores de observância obrigatória no tratamento das medidas coercitivas processuais penais. Como destaca em sua obra, a aplicação de medidas coercitivas é essencial para uma eficaz atividade de repressão penal, ao passo que a sua atuação conforme o Estado de Direito exige que se adote a reserva de lei, a reserva jurisdicional e a proporcionalidade como os três princípios genéricos nesta matéria (*Compendio di procedura penale tedesca*, 2.^a ed., Milani, CEDAM, 1998, p. 82-83).

⁷⁸¹ Cf. § 114 do Código de Processo Penal alemão.

pessoa por este indicada, exceto se esta comunicação puder acarretar risco para as investigações; b) interrogar o preso; c) após o interrogatório, decidir se mantém a prisão preventiva e o seu regime de cumprimento, caso esta venha a ser confirmada.⁷⁸²

A manutenção da prisão preventiva encontra-se condicionada à verificação dos seus pressupostos materiais, isto é, a fundada suspeita de cometimento do delito, prova da materialidade e a existência de motivo para a prisão.⁷⁸³

Não obstante, o juiz também poderá optar pela suspensão da prisão preventiva e, conseqüente, adoção de medidas coercitivas substitutivas, considerando o motivo que embasou a ordem de prisão.⁷⁸⁴ A suspensão da prisão preventiva é regulada no § 116 do Código de Processo Penal alemão, e tem por fundamento a possibilidade de recorrer a medidas substitutivas à prisão preventiva menos invasivas à liberdade pessoal e que atendam aos mesmos objetivos que aquela providência.⁷⁸⁵

As medidas substitutivas da prisão preventiva do sistema processual penal alemão observam, portanto, o motivo que levou à decretação da ordem de prisão e são selecionadas pelo ordenamento processual, justamente, de acordo com o perigo que se busca evitar. Como destaca Fábio Machado de Almeida Delmanto, a substituição da prisão preventiva por medidas menos gravosas e em atenção ao seu objetivo “(...) está em consonância com o princípio da proporcionalidade”.⁷⁸⁶

Neste sentido, em caso de perigo de fuga, o juiz deve suspender a execução da prisão preventiva, quando medidas menos drásticas mostrarem-se suficientes a alcançar os objetivos da detenção, em especial, não se tratando, portanto, de rol taxativo: a ordem de apresentação periódica ao juiz, ao órgão de acusação ou a órgão por eles determinado; a ordem para não deixar o domicílio, o local de residência ou uma

⁷⁸² Cf. § 114 e § 115 do Código de Processo Penal alemão. Neste sentido, S. A. BENETTI, *Prisão provisória – direitos alemão e brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 669, jul./1991, p. 272.

⁷⁸³ Cf. S. A. BENETTI, *Prisão provisória – direitos alemão e brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 669, jul./1991, p. 271.

⁷⁸⁴ Cf. S. A. BENETTI, *Prisão provisória – direitos alemão e brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 669, jul./1991, p. 273; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 245.

⁷⁸⁵ O sistema processual penal alemão admite a suspensão da prisão preventiva, adotando-se medida substitutiva, em atenção ao motivo de decretação desta prisão. Como destaca Claus Roxin, “en tanto el fin de la prisión preventiva lo permita, la ejecución de la orden de detención debe o puede ser sustituida por emdidas menos graves”. Mais adiante, destaca que a suspensão da execução da prisão preventiva pode ser adotada tanto ao se determinar a ordem de detenção, como também após a sua realização. (*Derecho procesal penal*, trad. por J. B. MAIER, Buenos Aires, del Puerto, 2000, p. 272).

⁷⁸⁶ *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 245.

determinada localidade, sem a permissão do juiz ou do órgão de acusação; a ordem de não deixar o domicílio, a não ser sob a supervisão de pessoa determinada; a prestação de caução adequada, por si ou por outra pessoa.⁷⁸⁷

Em caso de perigo de perturbação da atividade probatória, o juiz poderá suspender a execução da prisão preventiva, quando medidas menos gravosas atenderem, de modo adequado, à expectativa de minimizar consideravelmente esse risco, tendo sido indicada pelo legislador alemão, apenas a título de exemplo, a proibição de contato do imputado com corréus, testemunhas e peritos. Como destaca Claus Roxin, as incertezas quanto à efetividade da medida justificam a circunstância de a suspensão, neste caso, ser meramente uma faculdade judicial. Ademais, destaca o autor, não ser admissível a prestação de caução como medida substitutiva nesta hipótese.⁷⁸⁸

Em caso de risco de reincidência, no caso de a prisão preventiva ter sido determinada nas hipóteses definidas no § 112a, a ordem de prisão poderá ser suspensa, desde que presente expectativa adequada e fundamentada de que o imputado observará instruções e, com isto, seja possível alcançar a finalidade da detenção.⁷⁸⁹

Em todas estas hipóteses de suspensão da prisão preventiva por medidas substitutivas menos gravosas, o juiz ordenará a execução da ordem de prisão, quando o imputado infringir, de modo grave, as obrigações e as limitações que lhe foram impostas; o imputado adotar providências para fuga, ou desaparecer de modo voluntário e sem justificativa; quando resultar infundada a confiança nele depositada, e, por último, quando circunstâncias novas e supervenientes fizerem necessária a prisão.⁷⁹⁰

A revogação da ordem de prisão preventiva deverá ser feita de ofício pela autoridade jurisdicional, em quatro hipóteses previstas no ordenamento processual penal alemão, a saber: quando o juiz verificar que não mais subsistem os pressupostos materiais

⁷⁸⁷ Cf. § 116, I, do Código de Processo Penal alemão.

⁷⁸⁸ *Derecho procesal penal*, trad. por J. B. MAIER, Buenos Aires, del Puerto, 2000, p. 272.

⁷⁸⁹ Cf. § 116, III, do Código de Processo Penal alemão. Como observa Claus Roxin, o legislador alemão não previu a possibilidade de suspensão da ordem de prisão preventiva nos casos do § 112, III. De fato, os objetivos definidos neste dispositivo não guardam caráter instrumental ou final, assim, no pensamento do autor, não faria sentido falar em “medidas menos graves”. No entanto, o autor defende que, desde que se assentou o entendimento de que o § 112, III, deverá ser aplicado com o fim de, exclusivamente, assegurar o procedimento, “(...) surge, entonces, del principio de proporcionalidad, que también en el supuesto de los delitos mencionados en el § 112, III, puede ser suspendida la ejecución de la prisión preventiva cuando es suficiente la aplicación de medios menos graves” (*Derecho procesal penal*, trad. por J. B. MAIER, Buenos Aires, del Puerto, 2000, p. 272).

⁷⁹⁰ Cf. § 116, IV, do Código de Processo Penal alemão.

que autorizaram a prisão preventiva, ou quando a manutenção da detenção revelar-se desproporcional à relevância da causa ou à expectativa de pena ou de medida de segurança.

Ainda, o legislador alemão determina a revogação da ordem de prisão preventiva nas hipóteses de absolvição do acusado, ainda que submetida a decisão a recurso, quando for recusada a abertura do procedimento oral ou quando for o processo arquivado de forma não provisória.⁷⁹¹ Por último, a ordem de detenção prolatada antes da ação penal deverá ser revogada, quando houver requerimento da autoridade processante neste sentido, tratando-se de hipótese em que, excepcionalmente, o juiz estará vinculado em sua decisão, como destaca Claus Roxin.⁷⁹²

4.3.3. OUTRAS MEDIDAS COERCITIVAS DE CARÁTER PESSOAL

O sistema processual penal alemão prevê como medidas coercitivas de caráter pessoal a liberdade provisória, a detenção provisória e medidas substitutivas da prisão preventiva.

A detenção provisória, no ordenamento jurídico alemão, pode se apresentar em quatro espécies distintas: a detenção em flagrante (§ 127, I, 1); a detenção oficial com o intuito de garantir a identificação do indivíduo (§ 127, I, 2); a detenção oficial para assegurar a prisão preventiva (§ 127, II) e a detenção para assegurar a realização do procedimento acelerado (§ 127b).⁷⁹³

A liberdade provisória, como já demonstrado, pode ser adotada na hipótese de suspensão da prisão preventiva. Além desta medida, o ordenamento jurídico alemão prevê outras medidas menos gravosas que podem substituir a prisão preventiva na hipótese de sua suspensão. Na esteira das considerações já feitas acerca da suspensão da prisão preventiva, destacam-se como medidas coercitivas substitutivas: a) a obrigação de apresentação periódica ao juízo; b) a limitação de residência; c) o recolhimento domiciliar;

⁷⁹¹ Cf. § 120 do Código de Processo Penal alemão.

⁷⁹² *Derecho procesal penal*, trad. por J. B. MAIER, Buenos Aires, del Puerto, 2000, p. 273.

⁷⁹³ Cf. C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, 25.^a ed., trad. por G. E. CÓRDOBA e D. R. PASTOR, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 278-279.

d) a prestação de caução; e) a proibição de entrar em contato com determinadas pessoas; e) a limitação de residência com a proibição de ausentar-se da localidade ou do país.⁷⁹⁴

4.4. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ITALIANO

4.4.1. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO RELACIONADAS À LIBERDADE PESSOAL E À PRISÃO PROVISÓRIA

A Constituição italiana de 1947 assegura, em seu artigo 13, a inviolabilidade da liberdade pessoal e cerca este direito de índole fundamental de garantias essenciais à construção de um ordenamento jurídico democrático. Ademais, a ordem constitucional italiana expressamente reconhece que este direito, como todos os direitos fundamentais, não se apresenta absoluto, sendo admitidas restrições em seu âmbito de proteção em caráter excepcional. Os contornos necessários à legitimidade destas restrições encontram-se delineados no próprio dispositivo ora comentado, resumindo-se à exigência de ato motivado de autoridade jurisdicional e somente nos casos e na forma previstos em lei.

A par da reserva de lei e da obrigatoriedade de controle jurisdicional das restrições à liberdade pessoal, o texto constitucional italiano admite que em casos excepcionais de necessidade e de urgência, taxativamente descritos em lei, as autoridades de segurança pública possam adotar medidas providências provisórias.

Nestas hipóteses, em decorrência da ausência de um controle jurisdicional prévio, como impõe a redação deste mesmo dispositivo, as restrições à liberdade pessoal deverão ser comunicadas, em quarenta e oito horas, à autoridade jurisdicional, a fim de que esta convalide a medida nas próximas quarenta e oito horas, sob pena de o ato perder seus efeitos.

Há, sobretudo, uma preocupação do constituinte italiano com o termo máximo de encarceramento preventivo, notadamente em face do caráter excepcional desta restrição. Em face da natureza inviolável do direito à liberdade, a lei deverá estabelecer os limites máximos de duração da restrição provisória, em atenção à proporcionalidade e ao

⁷⁹⁴ Neste sentido, o § 116 do Código de Processo Penal alemão. Cf. C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, 25.^a ed., trad. por G. E. CÓRDOBA e D. R. PASTOR, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 272-273; S. A. BENETI, *Prisão provisória – direitos alemão e brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n. 669, jul. /1991, p. 273.

caráter cautelar de que se revestem as medidas restritivas pessoais.⁷⁹⁵ Ademais, a Constituição italiana condena a violência física e moral cometida em face da pessoa submetida à privação de sua liberdade, ressaltando a ilegitimidade de qualquer forma de coerção em face do imputado.⁷⁹⁶

4.4.2. CONDIÇÕES GERAIS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

O Código de Processo Penal italiano, de 1988, trata das medidas cautelares de caráter pessoal em seu Livro IV, “*misure cautelare*”, dedicando o Título I às “*misure cautelari personali*”, artigos 272 a 315, o Título II às “*misure cautelari reali*”, artigos 316 a 325. Em seguida, o Livro V, denominado “*indagine e udienza preliminare*”, disciplina os institutos do *fermo* e do *arresto in flagranza*, em seus artigos 379 a 391.

Em toda a disciplina das medidas cautelares pessoais no ordenamento processual penal italiano, há uma preocupação constante em reafirmar os princípios que orientam a incidência destas restrições à liberdade pessoal. Em seus dispositivos, o Código de Processo Penal italiano de 1988 retoma as orientações já assentadas no texto constitucional, e nomina como premissas básicas do sistema cautelar a exigência de reserva de lei para a limitação à liberdade pessoal (artigo 272), a reserva de jurisdição (artigo 279), a excepcionalidade das restrições ao direito à liberdade através do reconhecimento expresso do princípio da adequação e da proporcionalidade na escolha da medida (artigo 275) e o necessário resguardo aos direitos das pessoas submetidas às medidas cautelares, enunciada pelo legislador italiano como o princípio da “*salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a misure cautelari*” (artigo 277).

⁷⁹⁵ Cf. V. CRISAFULLI e L. PALADIN, *Commentario breve alla costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, p. 87. Como ressaltam estes autores acerca da determinação constitucional de fixação de prazo de duração para a prisão provisória: “Consegue da ciò che il legislatore nel fissare i termini massimi della carcerazione preventiva non deve ad essa attribuire una durata che assuma in concreto il carattere obiettivo di una pena, bensì deve stabilire un *ragionevole* limite di durata tale non vanificare la prevista garanzia” (*Commentario breve alla costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, p. 87). Ademais, Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferrajoli também destacam que a Constituição italiana aborda diretamente a questão da duração máxima do cárcere preventivo. Os autores destacam, ademais, que a imposição constitucional de um limite máximo para a prisão provisória não se exaure na fixação de termos legais de duração. Há pontos fundamentais, que constituem “(...) i pilastri sui quali poggia l’intera struttura del sistema delle cautele nel procedimento penale”, que os autores sintetizam em princípios que serão referidos no texto, tais como: a presunção de não culpabilidade; a garantia de liberdade moral da pessoa submetida às medidas cautelares; a garantia a direitos mínimos da pessoa; a garantia de reserva de lei; a garantia de reserva de jurisdição e o direito à reparação por uma detenção injusta (*Manuale di diritto processuale penale*, 4.^a ed., Padova, CEDAM, 2001, p. 234).

⁷⁹⁶ Cf. V. CRISAFULLI e L. PALADIN, *Commentario breve alla costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, p. 86.

A disciplina normativa das medidas cautelares inicia-se com o reconhecimento de limitações à liberdade pessoal e a exigência de legalidade e de taxatividade neste campo. Assim, o princípio da legalidade inaugura o tratamento da tutela cautelar no Código de Processo Penal italiano, muito embora a formulação eleita pelo dispositivo não tenha se mostrado adequada, já que parece conferir a ideia de regra às restrições à liberdade, as quais, sem dúvida, devem ser exceção.⁷⁹⁷

A estrutura do sistema cautelar processual penal italiano assenta-se, ademais, na exigência de controle jurisdicional na adoção de medidas cautelares. A reserva de jurisdição atua juntamente à legalidade das limitações à liberdade pessoal, de modo que a presença da autoridade judicial revela-se como uma garantia de legalidade das restrições e das privações a este direito. Por sua vez, o controle desta atividade jurisdicional é realizado pela motivação das decisões, em que se permite aferir a real existência dos pressupostos e dos requisitos dispostos em lei para a limitação.⁷⁹⁸

Ademais, o ordenamento jurídico italiano estabelece, no artigo 274 do Código de Processo Penal, *esigenze cautelari*, que correspondem a três requisitos selecionados em lei para a incidência das medidas cautelares.⁷⁹⁹ Nos termos do dispositivo

⁷⁹⁷ O artigo 272 do Código de Processo Penal italiano enuncia que a liberdade pessoal somente pode ser limitada nos casos previstos em lei: “Art. 272 (Limitazioni alle libertà della persona) - 1. Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo”. Como destacam Giovanni Conso e Vittorio Grevi, o dispositivo optou por um enunciado em forma negativa, como se a restrição à liberdade fosse a regra, e não a exceção: “questa formulazione, esprimendo ‘in positivo’ una garanzia che le carte fondamentali dei diritti (ivi compreso l’art. 13 Cost.) di solito proclamato facendo più propriamente leva sulla formula negativa, potrà forse apparire non del tutto felice, in quanto lascia ancora piuttosto in ombra quel rapporto di ‘regola’ ad ‘eccezione’ che sempre dovrebbe presiedere alla definizione dei confini tra il diritto di libertà e le sue restrizioni” (*Compendio di procedura penale*, Milani, CEDAM, 2000, p. 349). Por sua vez, Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferrajoli entendem que a colocação do advérbio “soltanto” na norma do artigo 272 do Código de Processo Penal italiano é proposital: “se la norma fosse stata strutturata nel senso che ‘le libertà della persona possono essere limitate soltanto con le misure cautelari coercitive o interdittive previste dalle disposizioni del codice’, se ne sarebbe dedotto che nessu’altra forma di coercizione o d’interdizione si sarebbe potuto rinvenire in altre leggi. In tal caso, infatti, l’avverbio ‘soltanto’ avrebbe avuto il preciso significato d’individuare un rigoroso principio di tipicità e di tassatività delle misure” (*Manuale di diritto ...*, *op. cit.*, p. 246).

⁷⁹⁸ Cf. A. A. DALIA e M. FERRAJOLI, *Manuale di diritto ...*, *op. cit.*, p. 245-246.

⁷⁹⁹ Conforme dispõe o artigo 274 do Código de Processo Penal italiano: “Art. 274 (Esigenze cautelari) - 1. Le misure cautelari sono disposte: a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini, relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l’acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d’ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti; b) quando l’imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione; c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di

em comento, trata-se da: a) situação de concreto perigo para a aquisição ou para a genuinidade da prova; b) hipótese de fuga ou de perigo concreto de fuga; c) situação de concreto risco de cometimento de delitos graves fundamentada nas circunstâncias do caso e na personalidade do agente.

Em que pese o legislador italiano ter identificado este terceiro requisito como “exigências cautelares”, nota-se que a incidência das medidas encontra-se vinculada à específica modalidade e circunstâncias do fato, bem como à personalidade do imputado, sendo esta deduzida de seu comportamento ou de atos concretos ou de seus antecedentes penais. Em face da situação descrita, subsiste o concreto perigo de que o indivíduo venha a cometer graves delitos com o uso de armas ou outros meios de violência pessoal ou dirigidos contra a ordem constitucional, ou ainda delitos de criminalidade organizada ou mesmo de espécies iguais de crimes o qual se imputa. No caso de a situação de perigo se referir ao cometimento de crimes da mesma espécie daquele pelo qual se procede, a medida de custódia cautelar somente é aplicável se se tratar de delitos para os quais é prevista a pena de reclusão não inferior no máximo a quatro anos.

É notório o intuito do legislador italiano em orientar a aplicação das medidas cautelares ao determinar estes requisitos de sua incidência. Neste sentido, a determinação de parâmetros em lei para controlar a escolha e a atuação de restrições à liberdade e a outros direitos individuais é desejável e reflete uma preocupação com a garantia destes direitos. No entanto, deve-se reconhecer que os contornos trazidos pelo sistema processual penal nesta terceira “exigência cautelar” em muito se distanciam de tutelas desta natureza. Os parâmetros de valoração assinalados nesta hipótese remetem a considerações de ordem substancial, incompatíveis com medidas de caráter estritamente instrumental, transformando-as de providências cautelares em nítidas medidas de segurança pública e com caráter de prevenção.⁸⁰⁰

O sistema processual penal italiano prevê medidas cautelares de caráter pessoal ordenadas conforme um critério de graduação dos meios em relação ao fim visado. A previsão de medidas alternativas à prisão provisória consistiu, na verdade, em um

altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni”.

⁸⁰⁰ Neste sentido, G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milani, CEDAM, 2000, p. 353-354.

objetivo proclamado já nos projetos de elaboração de reforma do Código de Processo Penal italiano e veio atendido pelo atual diploma normativo.⁸⁰¹

Neste sentido, é natural que o princípio da adequação e da proporcionalidade tenha sido enunciado pelo legislador italiano como um dos vetores a orientar a aplicação das medidas cautelares de caráter pessoal. A escolha do juiz da medida cautelar a ser imposta no caso concreto deve observar os critérios dispostos no artigo 275 do Código de Processo Penal italiano, que impõe a avaliação da específica idoneidade de cada medida e reserva à custódia cautelar o caráter de *ultima ratio*, somente eleita no caso de as demais revelarem-se inadequadas (artigo 275, 3).⁸⁰²

A previsão do artigo 277 do Código de Processo Penal italiano, ao reservar à pessoa submetida à providência cautelar o exercício dos direitos individuais compatível com as exigências cautelares do caso concreto, estabelece uma nítida norma de garantia à posição subjetiva do indivíduo. A necessária observância dos direitos da pessoa submetida às medidas cautelares revela-se um dado essencial de um sistema processual democrático e exprime “um elementar cânone de civilidade jurídica”.⁸⁰³

Na esteira da ordem constitucional italiana, que recria a violência física e moral às pessoas encarceradas preventivamente, o dispositivo em comento tem por objetivo estabelecer precisos limites à intervenção excepcional representada pela prisão provisória, na medida em que tutela os direitos, cujo exercício não se revele incompatível com as exigências da medida cautelar.⁸⁰⁴

4.4.3. ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES

O Código de Processo Penal italiano disciplina as medidas cautelares em seu Livro IV, reservando o Título I para as medidas cautelares de caráter pessoal, e o Título II para o tratamento das medidas cautelares reais. As medidas cautelares pessoais

⁸⁰¹ Cf. G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milani, CEDAM, 2000, p. 366-368; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 192.

⁸⁰² Cf. G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milani, CEDAM, 2000, p. 355-358; D. SIRACUSANO et al., *Diritto processuale penale*, vol. I, 2.^a ed., Milani, Giuffrè, 1996, p. 446-447.

⁸⁰³ Cf. G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milani, CEDAM, 2000, p. 362. Como observam Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferrajoli, o dispositivo em comento revela que o legislador segue uma lógica “(...) do mínimo sacrifício della libertà personale e di massimo rispetto della dignità della persona (...)” (*Manuale di diritto ...*, op. cit., p. 240).

⁸⁰⁴ Cf. G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milani, CEDAM, 2000, p. 362.

dividem-se em duas classes de providências distintas: a) as medidas coercitivas (artigos 280 a 286) e b) as medidas interditivas (artigos 287 a 290).

As medidas cautelares pessoais coercitivas e interditivas apresentam, em comum, o fato de constituírem ingerência estatal a direitos fundamentais no curso da persecução penal. Não obstante, estas medidas cautelares distanciam-se quanto à natureza do direito objeto da restrição. As medidas coercitivas comprimem a esfera de liberdade individual, ao passo que as medidas interditivas comportam limitações ao exercício de faculdades ou de direitos relacionados ao *status* ou à atividade profissional do acusado.⁸⁰⁵

As espécies de medidas coercitivas previstas no Código de Processo Penal italiano são: a) a proibição de sair do país (*il divieto di espatrio*); b) a obrigação de comparecimento à polícia judiciária (*l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria*); c) a proibição de permanecer em locais determinados (*il divieto di dimora*); d) a obrigação de permanecer em locais determinados (*l'obbligo di dimora*).

Estas são as medidas coercitivas denominadas de *le misure di mera coercizione*, como anotam Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferrajoli. Ao seu lado, situam-se as medidas coercitivas definidas como *misure di coercizione custodiale*, que são: a) o arresto domiciliar (*gli arresti domiciliari*); b) a custódia em cárcere (*la custodia in carcere*); c) a custódia em local de tratamento (*la custodia in luogo di cura*).⁸⁰⁶

As medidas interditivas disciplinadas no Código de Processo Penal italiano são três, todas as hipóteses de providências cautelares pessoais: a) a suspensão do exercício do poder familiar (*la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori*); b) a suspensão do exercício de uma profissão ou de um ofício público (*la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio*) e c) a proibição temporária de exercitar determinada atividade profissional ou empresarial (*il divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali*).

O Código de Processo Penal ainda disciplina, no Livro IV, dedicado às medidas cautelares, a aplicação provisória de medidas de segurança. Em seus artigos 312 e

⁸⁰⁵ Cf. A. A. DALIA e M. FERRAJOLI, *Manuale di diritto ...*, op. cit., p. 258-259.

⁸⁰⁶ Como anotam os autores: “le misure limitative delle libertà collaterali alla libertà personale sono dette misure di mera coercizione, mentre le misure incidenti sulla libertà personale sono definite misure di coercizione custodiale” (*Manuale di diritto ...*, op. cit., p. 259).

313, o diploma normativo em comento disciplina as condições gerais de aplicação da medida de segurança, bem como o procedimento para a sua adoção.

Nota-se que a incidência das medidas de segurança em caráter provisório somente poderá ter lugar, se encontrarem-se presentes graves indícios de cometimento (artigo 312), e restar demonstrada a inoccorrência de causa que exclua o crime ou que isente o acusado de pena (artigo 273, 2). As medidas de segurança provisórias pressupõem, para a sua atuação, o reconhecimento da culpabilidade do agente e equiparam-se às medidas cautelares apenas para fins de impugnação (artigo 313, 3).

Ao lado das medidas cautelares, o ordenamento jurídico italiano apresenta o *arresto in flagranza* e o *fermo* como medidas pré-cautelares, em virtude das características destes institutos. Trata-se de medidas notoriamente precárias, limitadas em sua duração a um período breve e que apresentam por característica a ausência de controle jurisdicional prévio. Neste sentido, destaca-se o entendimento de Franco Cordero, que inclui o *arresto in flagranza* e o *fermo* como medidas de *subcautele*, bem como o entendimento Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferrajoli, que classificam a prisão em flagrante e o fermo como medida pré-cautelar pessoal.⁸⁰⁷

4.5. COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE MEDIDAS RESTRITIVAS DE CARÁTER PESSOAL DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS E DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em face das contribuições trazidas pelos ordenamentos jurídicos comparados, a discussão acerca das medidas cautelares alternativas e substitutivas à prisão provisória no cenário nacional é enriquecida com novos elementos e experiências.

A investigação em torno de medidas cautelares alternativas e substitutivas tem por objetivo responder à inflação da prisão provisória, o que não somente contribui para a banalização do instituto, como também promove intervenções ilegítimas aos direitos fundamentais. Isto porque o recurso à prisão provisória é, muitas vezes, eleito

⁸⁰⁷ Cf. F. CORDERO, *Procedura penale*, 3.^a ed., Milani, Giuffré, 1995, p. 463; A. A. DALIA e M. FERRAJOLI, *Manuale di diritto ...*, op. cit., p. 248-249.

por ausência de outras opções na lei processual penal, impondo-se a privação à liberdade sem que se reúnam os pressupostos de sua incidência.⁸⁰⁸

Neste sentido, o legislador pátrio, no Projeto de Lei n.º156/2009, que reforma o Código de Processo Penal brasileiro, retoma medidas restritivas pessoal à liberdade e a outros direitos individuais contemplados em sistemas jurídicos estrangeiros. Desta forma, assim que aprovado o texto de lei projetado, o sistema processual penal nacional passará a contar com as seguintes medidas: I – prisão provisória; II – fiança; III – recolhimento domiciliar; IV – monitoramento eletrônico; V – suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; VI – suspensão das atividades de pessoa jurídica; VII – proibição de frequentar determinados lugares; VIII – suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; IX – afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; X – proibição de ausentar-se da comarca ou do País; XI – comparecimento periódico em juízo; XII – proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; XIII – suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; XIV – suspensão do poder familiar; XV – bloqueio de endereço eletrônico na internet; XVI – liberdade provisória (artigo 533).

Nota-se que muitas das medidas indicadas no referido Projeto de Lei encontram inspiração em outros sistemas processuais penais, já que se encontravam previstas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros apresentados.⁸⁰⁹

Neste sentido, o ordenamento jurídico italiano estabelece as seguintes medidas: proibição de sair do país; obrigação de comparecimento à polícia judiciária; proibição de permanecer em determinados lugares; arresto domiciliar; custódia cautelar no cárcere; suspensão do exercício de um ofício ou serviço público; proibição temporária de exercer determinada atividade profissional ou empresarial. Com efeito, estas medidas assemelham-se, respectivamente, às medidas propostas pelo legislador pátrio de proibição de ausentar-se da comarca ou do País; comparecimento periódico em juízo; afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; recolhimento domiciliar; prisão provisória; suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; suspensão das atividades de pessoa jurídica.

⁸⁰⁸ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 66-67. Sobre as críticas à bipolaridade do sistema processual penal brasileiro, v. item 5.8. Capítulo 5.

⁸⁰⁹ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p.259-261.

Por sua vez, o sistema processual penal português estabelece como medidas cautelares de coação a obrigação de apresentação periódica; a suspensão do exercício de funções, de profissões e de direitos; proibição de permanência, de ausência e de contatos; obrigação de permanência na habitação, com a possibilidade de utilizar meios eletrônicos à distância para controle da medida; prisão preventiva. Há, portanto, uma proximidade com as medidas previstas no Projeto de Lei n.º 156/2009, o qual estabeleceu, inclusive, a possibilidade de monitoramento eletrônico.⁸¹⁰

No ordenamento jurídico espanhol, destacam-se as medidas cautelares pessoais de prisão provisória e de liberdade provisória mediante fiança, as quais encontram providências correspondentes no sistema processual penal brasileiro. Ademais, na Espanha, para os crimes fixados no artigo 57 do Código Penal espanhol, pode o juiz proibir que o acusado resida em determinados lugares ou frequente-os, ou que se aproxime de determinada pessoa ou com ela se comunique.⁸¹¹

Estas medidas, como visto, guardam semelhança com o afastamento do lar ou de outro local de convivência com a vítima e com a proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, ressalta-se que a medida de afastamento do lar ou de outro local de convivência com a vítima também se aproxima da medida cautelar para casos de violência doméstica prevista no ordenamento jurídico espanhol.

Ademais, especificamente para os crimes de trânsito, é prevista, na Espanha, a medida cautelar de privação de usar a permissão para conduzir veículo, em paralelo, portanto, com a medida de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave do Projeto de Lei n.º 156/2009.

Por fim, a suspensão de funções ou de cargos públicos do sistema espanhol encontrou guarida na previsão de suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública do Projeto de Lei brasileiro. No entanto, há uma diferença

⁸¹⁰ Cf. artigo 533, inciso IV, e artigos 591 a 594 do Projeto de Lei n.º 156/2009.

⁸¹¹ Neste sentido, dispõe o artigo 57 do Código de Processo Penal espanhol: Artículo 57 - Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años.

importante de um sistema para outro, visto que, na Espanha, a referida suspensão é imposta automaticamente para os processados por delitos cometidos por bandos armados ou por elementos terroristas ou rebeldes, o que desnatura a cautelaridade da medida, sendo, portanto, inadmissível a inserção de um dispositivo deste teor em um sistema processual penal comprometido com a presunção de inocência.

Ao comparar o sistema processual penal alemão vigente com o Projeto de Lei n.º 156/2009 brasileiro, especificamente em relação ao regramento das medidas restritivas pessoais, nota-se um paralelismo entre as medidas atinentes à liberdade pessoal, como a prisão provisória e a liberdade provisória. Além disso, o recolhimento domiciliar; a suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; a proibição de ausentar-se da comarca ou do País; o comparecimento periódico em juízo; e a proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada propostos pelo legislador brasileiro assemelham-se com as seguintes medidas do ordenamento jurídico alemão: arresto domiciliar (medida cautelar suspensiva ou substitutiva da prisão provisória); proibição de exercício de profissão (medida cautelar coercitiva); proibição de ausentar-se de determinada zona (medida cautelar suspensiva ou substitutiva da prisão provisória); obrigação de comparecimento periódico do acusado em juízo ou outro órgão designado (medida cautelar suspensiva ou substitutiva da prisão provisória); e proibição de o acusado contatar co-acusados, testemunhas ou peritos (para evitar obscurecimento de prova).

Em atenção à necessidade de conferir aplicabilidade e coerência sistemática às medidas restritivas de caráter pessoal, o Projeto de Lei n.º 156/2009 também prevê condições gerais a orientar sua aplicação no caso concreto e, principalmente, o modo pelo qual deve ocorrer a seleção da medida mais adequada, necessária e proporcional em face da realidade fática. Neste sentido, os artigos 525 a 532 do referido Projeto de Lei determinam o regramento de caráter geral, os critérios de escolha da medida, a regra da proporcionalidade que deve nortear a atuação jurisdicional, entre outras determinações.

Este modelo de sistematização da matéria, iniciando-se pela própria reunião das medidas cautelares adotadas no curso da persecução penal em um título próprio do Código de Processo Penal, já representa um avanço de relevo do Projeto de Lei n.º 156/2009, tendo em vista a ausência de tratamento coerente e sistemático da tutela cautelar processual penal no ordenamento jurídico brasileiro vigente. Neste sentido, também os ordenamentos jurídicos apresentados ocupam-se de critérios gerais de aplicação

das medidas restritivas de caráter pessoal adotadas no curso do processo penal, como se pôde notar dos dispositivos mencionados.

Ademais, nota-se uma preocupação constante dos ordenamentos jurídicos estrangeiros analisados com a proporcionalidade na incidência das medidas restritivas a direitos individuais no curso da persecução penal. Neste sentido, não há dúvida de que a previsão de medidas restritivas a direitos individuais diversas da prisão colaboram com a proporcionalidade das intervenções estatais nos direitos fundamentais no âmbito processual penal. Como visto, a sub-regra da necessidade demanda um exame comparativo entre medidas restritivas a direitos fundamentais com o objetivo de selecionar a medida mais eficiente à consecução do objetivo visado e menos gravosa a estes direitos.⁸¹²

Além disso, um elenco de medidas restritivas diversas da prisão provisória igualmente contribui para distanciar o sistema processual brasileiro da criticada bipolaridade entre prisão e liberdade provisória. O advento de uma sistematização coerente da matéria e caracterizada pela pluralidade de medidas irá demandar da autoridade judicial análise mais rigorosa no momento de optar pela medida restritiva necessária para a garantia do desenvolvimento da persecução penal e do resultado útil e efetivo do processo.

Neste passo, o Projeto de Lei n.º 156/2009 determina, em seus artigos 527, 529, 556, parágrafo 3.º, e 557, a observância da proporcionalidade na seleção da medida cautelar. Como visto, o ordenamento jurídico italiano já trazia determinação neste sentido no artigo 275 do Código Processual Penal. Na Espanha, a imposição da proporcionalidade na adoção da medida fundamenta-se no artigo 17 da Constituição. Em Portugal, por sua vez, o artigo 193, n.1, do Código de Processo Penal apresenta semelhante previsão. Por fim, na Alemanha, os dispositivos §§ 112, 113 e 116 do Código de Processo Penal cuidam da regra da proporcionalidade norteadora da opção do juiz.

Os ordenamentos jurídicos consultados revelam a ideia constante de excepcionalidade e de proporcionalidade, que deve permear a sistematização das medidas restritivas aos direitos individuais no curso da persecução penal. O exame comparado dos sistemas processuais penais estrangeiros ressalta a intervenção extrema representada pela prisão provisória, a qual deve ser reservado o caráter de *ultima ratio*.

⁸¹² Neste sentido, C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 736; V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 170-171.

A análise dos dispositivos processuais penais dos países apresentados, de igual modo, demonstra a necessidade de se adotar um tratamento sistemático da tutela cautelar, bem como a elaboração de medidas alternativas e substitutivas da prisão provisória, a fim de resguardar a sua utilização como providência excepcional. Como já destacado, a experiência dos ordenamentos jurídicos estrangeiros colabora com a discussão em torno da necessidade de reforma do sistema processual penal brasileiro, que, em face destas considerações, torna-se ainda mais evidente.

CAPÍTULO 5 – AS MEDIDAS RESTRITIVAS DE CARÁTER PESSOAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5. 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como demonstrado, a tutela cautelar no processo penal reúne diversas medidas, seja de natureza pessoal, de natureza patrimonial ou de natureza probatória. Em virtude da proposta do presente estudo, o exame será concentrado nas medidas cautelares de caráter pessoal. Com efeito, não se questiona que a prisão provisória coloca-se entre as providências cautelares processuais penais de maior frequência e de maior gravidade, justamente por resvalar bem jurídico tão caro à pessoa humana: a sua liberdade física.

Neste ponto, ressaltam-se alguns conceitos necessários para o desenvolvimento do presente item. Em princípio, a prisão apresenta-se como a privação da liberdade individual mediante clausura, podendo advir do flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Em termos genéricos, ao conceito de prisão associa-se a ideia de supressão da liberdade individual, determinando-se o recolhimento da pessoa ao cárcere. Ademais, o termo na dogmática jurídica-processual tem sido tratado como sinônimo de captura, de custódia ou de detenção.⁸¹³

⁸¹³ Utiliza-se o termo *captura* para designar o ato da prisão propriamente dita, o ato de apreensão da pessoa. Por sua vez, o termo *custódia* é utilizado com o significado de recolhimento de uma pessoa com o intuito de guarda, de vigilância ou de tutela. Já o termo *detenção* designa a supressão de liberdade efêmera com o intuito de cumprir determinado ato judicial. Ademais, o Direito Penal brasileiro identifica a detenção como modalidade de pena privativa de liberdade. Como anota Luiz Régis Prado, a distinção entre detenção e reclusão mantida pelo Código Penal brasileiro não apresenta natureza ontológica: “a diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto na segunda alternativa – detenção – admite-se a execução somente em regime semi-aberto ou aberto, segundo dispõe o artigo 33, *caput*, do Código Penal”. Trata-se, portanto, de uma distinção meramente quantitativa, com base na maior gravidade do cumprimento da pena de reclusão (*Curso de direito penal brasileiro*, 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 454 e nt. 20). De Plácido e Silva define prisão como: “Prisão. Do latim *prehensio*, de *prehendere* (prender, segurar, agarrar), tanto significa o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa (...) significando o estado de estar *prêso* ou *encarcerado*. Na terminologia jurídica, é o vocabulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de *locomção*, isto é, da *liberdade de ir e vir*, recolhendo-a a um *lugar seguro e fechado*, de onde não poderá sair”. Por sua vez, o autor destaca que: “(...) *reclusão* e *detenção* têm sentidos equivalentes à *prisão*, significando o estado de estar *prêso* ou privado da *liberdade de andar* ou de se *locomover* sem restrições. (...) entanto, na linguagem técnico-jurídica, *reclusão*, *detenção* e *prisão* mostram-se em significações próprias, designando penas privativas de liberdade que se cumprem de modo diferente” (*Vocabulário jurídico*, 2.^a ed., vol. III, São Paulo, Forense, 1967, p.1221). Galdino Siqueira destaca que: “Para denotar os actos restritivos de liberdade pessoal, em matéria de crime, as nossas leis empregam indistinctamente o termo *prisão*, o que não poucas confusões tem produzido. A exemplo da moderna legislação portuguesa, poderíamos empregar os termos *custodia* e *captura*, no sentido em que os francezes usam os termos *arrestation* e *detention*. Os francezes chamam de *arrestation* à prisão de

No Direito Brasileiro, o termo prisão compreende duas situações distintas. Em primeiro plano, ressalta-se a prisão como pena, isto é, como sanção penal específica decorrente de sentença penal condenatória definitiva. Trata-se da consequência jurídica imposta após o desenvolvimento do devido processo legal, e que importa no reconhecimento da ofensa ou da ameaça a bem jurídico penalmente tutelado, bem como na imposição da respectiva punição ao responsável pela conduta.⁸¹⁴ Ao seu lado, o ordenamento jurídico brasileiro também reconhece a prisão sem o caráter de pena, designada, genericamente, como prisão sem pena.⁸¹⁵

alguem, unicamente para obrigar a comparecer perante a autoridade afim de ser interrogado sobre o delito que lhe é imputado, e *detention* especialmente *detencion preventive* ou *preamble*, à conservação de alguém em prisão até o julgamento, ou à prisão de indiciado para que ele fique detido até o julgamento” (*Curso de processo criminal*, 2ª ed., São Paulo, Livraria Magalhães, 1937, p.124).

⁸¹⁴ Com relação ao surgimento da prisão como pena, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior destacam que o advento da pena privativa de liberdade encontra-se vinculado a um contexto histórico e econômico. Neste sentido, a prisão como pena não decorreu de uma preocupação humanística ou de ideias associadas à ressocialização dos apenados. Tratava-se de um instrumento orientado aos propósitos do sistema econômico capitalista que se estabelecia: “No entanto, seria ingenuidade acreditar que a pena de prisão surgiu apenas como uma forma de substituir a pena capital. Na verdade, o desenvolvimento do capitalismo como regime econômico contribui bastante para a implantação da prisão, à medida que foram criadas, inicialmente, na Inglaterra do século XVI e posteriormente de forma mais desenvolvida entre os holandeses, as casas de trabalho, que pretendiam aproveitar a mão-de-obra gratuita e ainda manter o controle sobre ela. (...) O importante era fazer com que o recluso se acostumasse ao modo de produção, submetendo-se a ele e tornando ainda mais fácil o controle social”. Mais adiante, concluem que: “(...) eram incompatíveis os conceitos de prisão como instrumento de controle social (da classe burguesa em ascensão) e prisão tendo como escopo a ressocialização do delinquente. A finalidade seria de controlar, submeter, e não ressocializar” (*Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 34-35).

⁸¹⁵ Como destaca Vicente Greco Filho, a prisão provisória decorre do flagrante delito ou de determinação judicial, tendo em vista a efetivação da persecução penal, devendo-se estar presentes os pressupostos inerentes às providências cautelares. No entanto, como destaca ainda este autor, a prisão no Direito Brasileiro pode assumir as feições de prisão civil e prisão administrativa. Estas modalidades de prisão não serão objeto de estudo no presente trabalho, visto não decorrerem da prática de uma infração penal (*Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 262). Fernando da Costa Tourinho Filho destaca que a prisão de natureza civil apresenta, assim como a prisão disciplinar, caráter compulsório, visto que decretada com o escopo de compelir o cidadão a praticar determinado ato. No ordenamento jurídico brasileiro, admite-se a prisão em decorrência do inadimplemento de prestação alimentícia. Não mais subsiste a prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal reconheceu-a como ato arbitrário e contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Constituição de 1988, tendo sido revogada a Súmula n.º 619. Entre as prisões de natureza disciplinar, apontava-se a prisão definida no artigo 35 da antiga Lei de Falências, hoje, revogada pela Lei n.º 11.101/2005, bem como a prevista no artigo 656 do Código de Processo Penal. O caráter disciplinar da primeira modalidade de prisão residia, justamente, no contexto de imposição da medida. Esta restrição, de no máximo 60 (sessenta dias), destinava-se ao falido que descumpria seus deveres legais, frustrando os objetivos daqueles interessados no processo de falência e dificultando o desenrolar deste. Por sua vez, o artigo 656 do Código de Processo Penal dispõe que: “Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar. Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo”. (Cf. F. da C. TOURINHO FILHO, *Processo penal*, vol. III, 25.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 549-550). Com o advento da Constituição de 1988, em face do disposto em seu artigo 5º, inciso LXI, defendeu-se a abolição da prisão administrativa no Direito Brasileiro. Como anota Fernando da Costa Tourinho Filho, esta previsão, no entanto, não impede que a autoridade administrativa dirija ao

No presente momento, interessa a exata delimitação das finalidades e da amplitude de cada uma das espécies de prisão provisória no ordenamento jurídico brasileiro. Por certo, o legislador constituinte não se mostrou insensível a esta temática, tendo em vista a gama de prescrições relativas ao exercício do poder coercitivo estatal reunidas em nossa Constituição. Sem dúvida, a presença destes vetores constitucionais demanda uma releitura de diversos preceitos da legislação processual penal, elaborados sob a vertente autoritária característica do Estado Novo.⁸¹⁶

Neste contexto, parte-se para a análise das medidas restritivas a direitos fundamentais adotadas no curso da persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, o que será realizado em duas frentes: o direito positivado e o direito projetado. Isto porque, conforme já destacado e será analisado mais adiante, o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de medidas restritivas diversas da prisão provisória, prendendo-se à bipolaridade entre prisão e liberdade provisória constantemente criticada pela doutrina. Desta forma, é necessário fazer uma incursão sobre os projetos de lei acerca de medidas alternativas e substitutivas à prisão em caráter provisório, já que, mais a frente, serão estas medidas também utilizadas nos comentários sobre a proporcionalidade e as medidas restritivas à liberdade pessoal adotadas no curso da persecução penal.

5.2. A PRISÃO PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No sistema processual penal em vigor, a prisão de natureza cautelar poderá derivar do flagrante delito, da decretação da prisão preventiva e da prisão temporária. O Código de Processo Penal disciplina a prisão em flagrante delito, em seus artigos 301 a 310, e a prisão preventiva, nos artigos 311 a 316. Por sua vez, a prisão temporária encontra-se disciplinada pela Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

No tocante às modalidades de prisão provisória, as recentes alterações no Código de Processo Penal promovidas pela Lei n.º 11.689, de 09 de junho de 2008, que modificou o procedimento dos crimes dolosos contra a vida, e pela Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou o procedimento comum, ordinário e sumário, foram responsáveis por um novo desenho do sistema cautelar processual penal brasileiro. Assim,

magistrado competente o pedido de decretação da prisão. Logo, não haveria porque sustentar a extinção da prisão administrativa (*Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul.-set./1994, p. 85-86).

⁸¹⁶ Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 155-159.

no ordenamento processual penal vigente, não há mais a prisão processual decorrente da decisão de pronúncia, prevista no artigo 408, parágrafo 1.º, hoje, reformado, ou a prisão em virtude da sentença penal condenatória recorrível, estabelecida no antigo artigo 594 do Código de Processo Penal.

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer a denominação utilizada para o instituto, tendo em vista a divergência entre os autores quanto à terminologia empregada para designar esta medida de caráter pessoal adotada no curso da persecução penal.⁸¹⁷

De modo tradicional, a doutrina e a jurisprudência têm se referido à *prisão cautelar*, como uma modalidade de medida cautelar de caráter pessoal, com o objetivo de resguardar o processo e o seu resultado. A prisão cautelar, como decorre da natureza assecuratória da medida, não exprime providência de caráter definitivo, caracterizando-se, justamente, por sua provisoriedade. Por esta razão, muitos autores acabam por denominá-la *prisão provisória*, em alusão a esta característica da tutela cautelar. A natureza não definitiva da medida deriva, como se nota, da circunstância de não ser resultado de uma condenação penal transitada em julgado e obtida após o desenvolvimento do devido processo legal. A medida destina-se, portanto, unicamente a fins processuais.⁸¹⁸

Ademais, esta natureza instrumental revelada pela prisão cautelar, já que voltada ao resguardo de objetivos exclusivamente processuais, faz com que diversos autores refiram-se à medida como *prisão processual*. Desta forma, nota-se na doutrina e na jurisprudência a utilização das expressões prisão cautelar, prisão provisória e prisão processual de modo indistinto.⁸¹⁹

Com efeito, neste campo, a exceção ao tratamento de prisão cautelar como prisão processual era reconhecida na obra de Rogério Lauria Tucci, que reservava à prisão decorrente da pronúncia e à prisão decorrente da sentença condenatória recorrível o

⁸¹⁷ Neste ponto, a referência à persecução penal tem por objetivo alcançar não somente a prisão decretada no curso da investigação criminal, mas também a prisão imposta no curso do devido processo legal.

⁸¹⁸ Cf. M. Z. DE MORAES, *Prisão cautelar*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol. III, 2.ª ed., p. 198.

⁸¹⁹ Como aponta Rogério Lauria Tucci: “Prisão provisória é a efetuada no transcorrer da persecução penal, precedentemente ao proferimento de sentença definitiva, ou até que ela se torne irrecorrível”. (*Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 309). Por sua vez, Vicente Greco Filho ressalta que: “A prisão processual tem natureza cautelar, ou seja, visa a proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar.” (*Manual de processo penal*, 6.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 263).

rótulo de prisões tipicamente processuais, por apresentarem como pressuposto a tão-só prolação de um ato decisório, revelando um caráter predominantemente processual.⁸²⁰ Estas modalidades de prisão provisória, entretanto, não subsistem mais no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual estas distinções conceituais revelam interesse marcadamente histórico.⁸²¹

Em face do exposto, o relevante entre as terminologias empregadas é, justamente, a concepção da prisão como medida de natureza cautelar, com finalidade estritamente processual, o que conforma o instituto às exigências da presunção de inocência. De fato, o reconhecimento constitucional deste princípio, bem como a sua inserção em documentos internacionais integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, promoveu importantes reflexos na disciplina da prisão cautelar. Neste passo, a prisão provisória decretada por razões materiais e sem fundamento processual não se coaduna com a perspectiva *cautelar*, sendo inadmissível sob a óptica da presunção de inocência.⁸²²

É certo, no entanto, que a análise das prisões admitidas no curso da persecução penal, demonstra a incidência de medidas decretadas por razões materiais e não motivadas, unicamente, por objetivos processuais.⁸²³ Ora, estas providências não se

⁸²⁰ *Op. cit.*, p. 382-383.

⁸²¹ O autor defendia uma separação entre as cinco modalidades de prisão provisória, então, admitidas no sistema processual penal brasileiro. A prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária são destacadas como medidas nitidamente cautelares, já que servem, exclusivamente, a finalidades processuais, destinando-se “a asseguarção de resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, sempre que o exijam a garantia da ordem pública, ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou a preservação da aplicação da lei penal (cf. arts. 312 do CPP e, com suas peculiaridades, 1.º da Lei 7.960, de 1989)”. Por sua vez, a prisão decorrente da decisão de pronúncia e a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível, não mais em vigor em face das recentes alterações do Código de Processo Penal brasileiro, eram rotuladas como prisões de natureza processual, por apresentarem como pressuposto a prolação de um ato decisório. Como destaca Rogério Lauria Tucci: “As outras duas – decorrente de *decisão de pronúncia* e resultante de *sentença condenatória recorrível* –, tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, assumem natureza marcadamente processual: enquanto as *tipicamente cautelares* firmando-se em *atos extra e meta processuais*, elas ocorrem no âmbito do processo em curso, sendo necessariamente *vinculadas a ato processual*, de que derivam”. Desta forma, o autor aponta para a distinção entre os pressupostos da prisão em flagrante ou de ordem judicial e aqueles das prisões decorrentes de um pronunciamento interlocutório ou condenatório recorrível: “Aqueles dizem com a prática da infração penal em ato, ou com a conjugação das disposições atinentes à *prisão cautelar*. E estes, por sua vez, com a convicção do órgão jurisdicional pronunciante sobre a viabilidade da acusação, encaminhando o processo a julgamento pelo Tribunal do Júri; ou com a certeza sobre a materialidade do fato criminoso e da indigitada autoria.” (*Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 382-383). Para Odone Sanguiné, a distinção estabelecida por Rogério Lauria Tucci adquire importância para efeito de saber quais as modalidades de prisão provisória não contradizem a presunção de inocência. (*Prisão provisória e ...*, in *Fascículos de Ciências Penais*, *op. cit.*, p. 107-108).

⁸²² Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 188. Sobre a possibilidade de compatibilizar-se a prisão por motivos materiais com a presunção de inocência, em razão do caráter relativo de seu conteúdo essencial, v. Capítulo 6.

⁸²³ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 370, nt. 100.

encaixam na sistemática da tutela cautelar, visto que as medidas cautelares atendem a objetivos estritamente processuais. Há, entretanto, hipóteses limites e residuais, em que a prisão apresenta-se como a medida apropriada, ainda que desconectada de razões puramente processuais. Desta forma, uma visão da prisão decretada no curso da persecução penal somente sob a perspectiva da cautelaridade não atende aos ditames da presunção de inocência e não observa o conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais.⁸²⁴

Justamente por isto, Maurício Zanoide de Moraes advoga por um tratamento distinto ao tema da prisão no curso da persecução penal, optando por trabalhar com medidas de coação, ao invés de medidas cautelares como tradicionalmente indicado pela doutrina, com o objetivo de superar a aporia entre a prisão provisória e a presunção de inocência.⁸²⁵ Conforme o autor, a ocorrência excepcional e residual de prisões por motivos materiais no curso da persecução penal, em casos constitucionalmente justificados e comprovadamente proporcionais, não se mostra uma ofensa à presunção de inocência.

De fato, nos termos do autor, a admissão deste fundamento da prisão provisória colabora com o desenvolvimento e com a efetividade do direito fundamental à presunção de inocência, além de exercer uma melhor tutela aos direitos fundamentais.⁸²⁶ É evidente, no entanto, que esta forma de prisão não revela qualquer caráter cautelar, pois já se encontra assentado na doutrina o entendimento do escopo meramente instrumental da tutela cautelar. Ademais, a possibilidade de sua incidência concreta encontra-se na

⁸²⁴ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 370, nt. 100.

⁸²⁵ O autor opta por medidas de coação, tendo em vista a possibilidade excepcional de prisão no curso da persecução por motivos materiais. Ora, como reconhece o autor, “(...) seria um equívoco incluí-la como medida cautelar, uma vez que a doutrina processual, de há muito, fixou que medida cautelar é aquela com finalidade processual e pela qual se visa assegurar o processo e seu resultado. Assim, qualquer prisão material (provisória ou definitiva) não pode ser inserida nesse conceito criado com justificação teleológica específica e doutrinariamente clara”. Neste ponto, a terminologia empregada, “medidas de coação”, inspira-se no atual Código de Processo Penal português, que, em seu Livro IV da Parte Primeira, traz as “medidas de coação e de garantia patrimonial”. O Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América opta por tratar de “medidas de coerção” (capítulo 6 do Título III, do Livro Primeiro). Neste ponto, o autor alterou o seu posicionamento anterior, mencionado acima, pois tratava da prisão no curso da persecução penal como medida cautelar. Segundo os seus ensinamentos, a manutenção deste pensamento impede a admissão de prisão provisória por razões materiais, em hipóteses residuais e excepcionais. Isto porque a medida cautelar tem uma finalidade processual e instrumental bem definida, que não permite esta abertura para motivos de caráter material. Para o autor, esta mudança em seu entendimento tem por objetivo a melhor e maior tutela dos direitos fundamentais, pois continuar defendendo a prisão provisória como providência cautelar não colabora com o desenvolvimento e a efetividade da presunção de inocência. Esta, assim como os demais direitos fundamentais, possui um conteúdo essencial relativo. Desta forma, não se mostra incompatível com a presunção de inocência a decretação de prisão no curso da persecução por motivos processuais e, em casos excepcionais, por motivos materiais. Por esta razão, adota o termo medidas de coação e não medidas cautelares, tendo em vista a restrição ínsita a esta terminologia (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 370, nt. 100).

⁸²⁶ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 370, nt. 100.

dependência de uma nova estruturação do sistema processual penal brasileiro, a estabelecer as hipóteses excepcionais e justificáveis dos alegados motivos materiais.⁸²⁷

5.3. MODALIDADES DE PRISÃO PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.3.1. PRISÃO EM FLAGRANTE

5.3.2. CONCEITO

Inicia-se o tratamento das modalidades de prisão provisória admitidas no ordenamento jurídico brasileiro pela prisão em flagrante delito. A expressão flagrante delito refere-se ao delito no instante mesmo de sua consumação.⁸²⁸ O termo flagrante, como destaca a doutrina processual penal, remonta ao termo em latim *flagrans* ou *flagrantis*, derivado do verbo *flagrare*, que indica algo que está a queimar, a arder, a brilhar ou a resplandecer.⁸²⁹

Neste sentido, José Frederico Marques leciona que a referência à flagrante delito exprime “o crime, cuja prática é surpreendida por alguém no mesmo instante em que o delinqüente executa a ação penalmente ilícita”.⁸³⁰ Justamente por isto, a exata configuração da prisão em flagrante está a exigir, em primeiro lugar e como elemento essencial, a atualidade, o que indica a situação de flagrância, isto é, a ocorrência de um fato delituoso no instante da prisão ou pouco antes.⁸³¹

Ademais, a prisão em flagrante congrega outro elemento essencial, a saber: a visibilidade. De fato, a par do elemento da atualidade, exige-se que o cometimento da infração penal tenha sido assistido por alguém, de modo a possibilitar a confirmação de sua ocorrência e a indicação de sua respectiva autoria. Assim, o flagrante delito propriamente dito encontra-se intimamente relacionado à presença de uma testemunha,

⁸²⁷ V. Capítulo 6.

⁸²⁸ Cf. F. DA C. TOURINHO FILHO, *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul. - set./1994, p. 80.

⁸²⁹ Cf. F. DA C. TOURINHO FILHO, *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul. - set./1994, p. 80. F. M. DE A. DELMANTO anota que o termo flagrante tem origem no termo grego *flegein*, que significa *queimar* (*Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 139).

⁸³⁰ *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, 2ª ed., Campinas, Millennium, 2000, p. 72.

⁸³¹ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 317. Como aponta Edgard Magalhães Noronha, o flagrante revela-se como uma qualificação da infração penal, o modo de se delito em si, visto que se encontra, naquele momento, sendo praticado. Na verdade, apresenta-se como uma qualidade ampla do delito, exprimindo algo notório, patente, visível e manifesto (*Curso de direito processual penal*, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 208).

revelando-se imprescindível que esta não apenas acompanhe o evento, mas efetivamente assista à ação.⁸³² Trata-se, portanto, de um elemento externo que se junta à situação de flagrância.⁸³³

5.3.3. SITUAÇÕES DE FLAGRANTE DELITO

Nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito quem estiver cometendo a infração penal (inciso I); acabar de cometê-la (inciso II); for perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração (inciso III); for encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que faça presumir ser autor da infração (inciso IV).

Como se nota, o diploma processual penal reconhece como sendo quatro as situações de flagrância. Em face da imediatidade visual da prática da infração penal, a doutrina convencionou denominar as duas primeiras modalidades de flagrante real ou flagrante próprio. Por outro lado, a ausência desta característica nas demais espécies indicadas em lei fez com que a doutrina denominasse-as de flagrante impróprio ou de quase-flagrante, na hipótese do inciso III, e de flagrante presumido, na hipótese do inciso IV.

Ora, o real significado do estado flagrância consiste, justamente, na detenção daquele agente surpreendido durante a consecução de uma infração penal, o que se nota apenas na situação descrita no inciso I do artigo 302 do Código de Processo Penal. Desta forma, é evidente que a legislação brasileira, assim como em outros ordenamentos processuais penais, acabou por estender esse conceito a hipóteses diversas, equiparando algumas situações fáticas, em que a infração penal foi cometida há pouco tempo, à situação de flagrância.⁸³⁴

Quanto às primeiras modalidades de prisão em flagrante, denominadas flagrante próprio ou flagrante real, a situação de flagrância resta evidente, já que o agente encontra-se cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la, quando então é

⁸³² Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 96.

⁸³³ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 317.

⁸³⁴ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 186; F. DA C. TOURINHO FILHO, *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul.-set./1994, p. 81.

surpreendido e detido por autoridade policial ou por qualquer pessoa.⁸³⁵ Tratando-se de crime permanente, enquanto não cessada a conduta de ofensa ao ordenamento jurídico, o agente remanesce em estado de flagrância. Por sua vez, relativamente às infrações habituais, tendo em vista a necessidade de uma pluralidade de atos para configuração da infração delitiva, em regra, não se admite a prisão em flagrante, visto que um ato isolado revela-se indiferente ao sistema punitivo.⁸³⁶

Quanto ao flagrante impróprio e ao flagrante presumido, a situação de flagrância encontra uma dificuldade relacionada ao correto sentido das expressões “logo após” e “logo depois” a que faz menção o dispositivo, já que o Código de Processo Penal não se deteve em fixar limites de tempo ou em orientar a sua possível interpretação.⁸³⁷ Tem-se entendido que, na primeira hipótese, a prisão em flagrante, para se mostrar legítima, exige que a perseguição empreendida pela autoridade, pelo ofendido ou, ainda, por qualquer pessoa tome início imediatamente após o fato típico e que se apresente contínua até a efetivação da prisão.⁸³⁸

Por sua vez, na segunda hipótese, o flagrante presumido, não se mostra necessária a imediatidade visual da prática da infração penal. Nestes casos, a detenção do agente não coincide com a presença de testemunhas oculares da efetivação do delito, razão pela qual não se afasta a possibilidade de equívocos. De fato, a existência de objetos ou de instrumentos em poder de determinada pessoa pode não apresentar qualquer vinculação com a autoria da infração penal, a qual deverá, no entanto, restar devidamente comprovada por elementos probatórios.

As situações de flagrância descritas em lei não admitem interpretação extensiva, justamente, tendo em vista o resguardo da relação de imediatidade entre a prisão em flagrante e o fato punível, o que se revela essencial à configuração do estado de

⁸³⁵ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 317.

⁸³⁶ Cf. F. DA C. TOURINHO FILHO, *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul. – set. 1994, p. 81. Como destaca Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a prisão em flagrante nos casos de crimes habituais tem sido objeto de controvérsia na doutrina, tendo prevalecido o entendimento de não ser possível o flagrante em caso de crime habitual. O fundamento deste entendimento, segundo o autor, é a ausência de “certeza visual” do cometimento do delito, já que, no momento de visualização do ato, constata-se um único ato, que, isolado, constitui um indiferente penal (*Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 187-188).

⁸³⁷ Cf. F. DA C. TOURINHO FILHO, *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul. – set. 1994, p. 80.

⁸³⁸ Cf. V. GRECO FILHO, *Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 267.

flagrância e à própria interpretação dos dispositivos legais.⁸³⁹ Como se pode notar, a prisão em flagrante em delito consiste em um ato complexo, já que é possível distinguir três momentos distintos, a saber: a prisão-caputra; a lavratura do auto de prisão em flagrante; e a prisão-detenção.⁸⁴⁰

Ademais, o auto de prisão em flagrante delito é cercado de requisitos de caráter formal, cuja inobservância conduz a invalidade da custódia e a seu imediato relaxamento.⁸⁴¹ Com efeito, o preso deverá ser conduzido à presença da autoridade policial competente⁸⁴², cumprindo a esta presidir a lavratura imediata do auto de prisão em flagrante, procedendo-se à oitiva do condutor e das testemunhas, se houver, e ao interrogatório do conduzido. Neste segundo momento, como se depreende do artigo 304, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, a autoridade policial deverá pronunciar-se sobre a manutenção da prisão em flagrante. Assim, se esta entender pela ausência de elementos indicativos de autoria delitiva do conduzido, ou, ainda, que não se vislumbra situação de flagrância, visto que a prisão não observou as situações legais, não mandará recolher à prisão o detido em flagrante. Nestas hipóteses, deverá, portanto, liberá-lo.

Como se nota, os caracteres especiais da prisão em flagrante justificam a atribuição à autoridade policial de verificar, de modo excepcional e anômalo, a presença do *fumus commissi delicti*. Não obstante, a apreciação da autoridade policial restringe-se à constatação deste pressuposto da tutela cautelar, não se observando qualquer consideração quanto à necessidade de que seja a pessoa recolhida ao cárcere.⁸⁴³

De fato, a necessidade da prisão em flagrante resta aferida em um terceiro momento, sendo este controle indispensável balizado pela autoridade jurisdicional. Não obstante a Constituição de 1988 ter dispensado provimento jurisdicional para a efetivação desta espécie de prisão provisória, é certo também que o legislador constituinte preocupou-se em resguardar os interesses individuais em face de arbitrariedades

⁸³⁹ Cf. V. GRECO FILHO, *Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 267.

⁸⁴⁰ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 184-185.

⁸⁴¹ Cf. V. GRECO FILHO, *Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 271.

⁸⁴² Como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a autoridade policial que detém atribuição, e não competência, para a lavratura do auto de prisão em flagrante é a do local em que ocorrer a prisão-captura, ainda que se trate de localidade diversa da prática do crime (*Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 188-189).

⁸⁴³ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 318.

eventualmente cometidas por autoridades estatais, assegurando a comunicação imediata da prisão em flagrante ao juiz competente.⁸⁴⁴

Como observa Odone Sanguiné, a determinação constitucional revela-se uma providência que tem por objetivo assegurar “(...) a imediata cognição judicial desta forma excepcional de restrição ao direito de liberdade”. De fato, em que pese a situação de flagrância prescindir de uma ordem judicial prévia para a efetivação da prisão, não descuro o constituinte de “garantir a inafastabilidade da efetiva apreciação judicial sobre os pressupostos da privação cautelar do direito à liberdade de locomoção”.⁸⁴⁵

5.3.4. A CAUTELARIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Em face das considerações acerca da tutela cautelar no processo penal realizadas em momento anterior, é de se notar que a prisão em flagrante destaca-se por suas peculiaridades atinentes aos caracteres fundamentais das medidas cautelares. Em regra, a doutrina processual brasileira insere-a como modalidade de prisão cautelar, sem atender à real natureza deste instituto. O entendimento da prisão cautelar como medida processual com escopos estritamente instrumentais e distanciada de fundamentos de ordem material não se coaduna com os contornos da prisão em flagrante apresentados. Por esta razão, torna-se necessário aferir a natureza jurídica deste instituto.⁸⁴⁶

A prisão em flagrante delito revela-se o único exemplar entre as modalidades de prisão provisória a prescindir de ordem judicial devidamente motivada, o que se justifica ante a certeza visual do crime, a demonstrar, de modo irrefutável, um dos pressupostos autorizadores da tutela cautelar: o *fumus commissi delicti*.⁸⁴⁷ O flagrante confere a certeza visual da prática do crime de modo patente e desta visibilidade decorre a obrigação das autoridades e a faculdade dos demais indivíduos de evitar a continuidade delitiva. Justamente por ser a prisão em flagrante uma detenção precária, como observa Aury Lopes Júnior, sem destinar-se ao resguardo dos resultados da persecução penal, mas

⁸⁴⁴ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 184.

⁸⁴⁵ *Prisão provisória e ...*, in *Fascículos de Ciências Penais*, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁴⁶ Neste sentido, A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 69-70; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 387-388.

⁸⁴⁷ Com efeito, da leitura do artigo 5.^º, inciso LXI, da Constituição de 1988, constata-se que, salvo os casos de transgressão militar e de crimes propriamente militares, quaisquer restrições impostas à liberdade física do cidadão decorrem de ordem devidamente motivada de autoridade jurisdicional competente ou da situação de flagrante delito.

tão-somente com o intuito de apresentar o detido à autoridade jurisdicional, admite-se a sua efetivação por particulares ou por autoridade policial.⁸⁴⁸

Por certo, a ressalva expressa quanto à prisão em flagrante não escapou ao olhar atento do constituinte, visto que esta disciplina particular justifica-se em face do contexto de flagrância, em que se revela intensa a evidência probatória, quer em relação à materialidade do delito, quer em relação à sua respectiva autoria. Portanto, destas circunstâncias resultam uma postura permissiva da norma constitucional, visto a autorização explícita de imediato recolhimento dos elementos comprobatórios do delito perpetrado, revelando-se desnecessária a prévia autorização por parte da autoridade jurisdicional.

O fundamento da exceção constitucional referida no artigo 5º, inciso LXI, e, ao depois, consagrada pelo diploma processual penal, em seu artigo 301, repousa em relevantes motivos de interesse público. De fato, a admissibilidade da prisão em flagrante delito consiste em uma verdadeira tradição do direito processual penal, justificada não apenas pela repercussão grave e imediata que o delito perpetrado em tais circunstâncias acarreta no meio social, mas também em face da evidência probatória já mencionada, que reduz a probabilidade de se ter uma injusta restrição à liberdade individual.⁸⁴⁹

Em que pesem os inconvenientes de se impor à liberdade individual severa restrição à revelia de qualquer apreciação judicial acerca da necessidade da providência, a doutrina reconhece a prisão em flagrante como uma medida necessária, por atender aos anseios sociais por segurança e ordem na convivência coletiva. Assim, a prisão em flagrante atende ao impulso natural e necessário de defesa da coletividade, como observa Maurício Zanoide de Moraes, decorrente do sentimento de repulsa propiciado pela conduta violadora das normas de disciplina e de vivência social.⁸⁵⁰

⁸⁴⁸ *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 70.

⁸⁴⁹ Cf. J. F. MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, 2ª ed., Campinas, Millennium, 2000, p. 69-70. Neste sentido, F. DA C. TOURINHO FILHO, *Processo penal*, vol. III, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 424.

⁸⁵⁰ *Prisão em flagrante*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, p. 207. Ainda, F. da C. TOURINHO FILHO, *Processo penal*, vol. III, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 424. Destacando os fundamentos da prisão em flagrante, Maria Lúcia Karam anota que: “Entretanto, há uma outra hipótese – e esta cotidiana – de prisão processual que se caracteriza exatamente pela presença do requisito da garantia da ordem pública: é a prisão em flagrante, que se constitui numa coerção urgente e imediata como forma de,

Estes argumentos demonstram a inconsistência em colocar a prisão em flagrante como prisão de natureza cautelar, no entendimento de Maurício Zanoide de Moraes, já que, no embasamento desta modalidade de prisão, encontram-se razões nitidamente materiais. De fato, a prisão em flagrante constitui-se em uma exceção às finalidades processuais associadas a toda prisão provisória, como demonstrado, sendo realizada sem que tenha sido instaurada a persecução penal.⁸⁵¹ O controle jurisdicional ulterior não a descaracteriza como limitação à liberdade individual decretada sem finalidade cautelar, isto é, por argumentos de índole notoriamente material.⁸⁵² Neste sentido, é inevitável concluir que o conteúdo essencial da presunção de inocência, como norma de tratamento do imputado, padece de absoluta restrição.⁸⁵³

Em face destas considerações, a prisão em flagrante tem sido referida como “medida sub-cautelar”⁸⁵⁴ e “medida pré-cautelar”.⁸⁵⁵ Neste sentido, Aury Lopes

impedindo o dano ou os efeitos do ataque que está sendo ou acabou de ser perpetrado contra o bem jurídico, restabelecer a paz social teoricamente abalada naquele momento da violação da lei penal”. Em outra passagem, a autora menciona que: “A prisão em flagrante é ato administrativo (permitido dada a urgência da providência necessária para garantir a ordem pública), que se converte em medida cautelar, submetendo-se sua manutenção aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que, se, em princípio, estão presentes no momento da prisão, poderão não subsistir logo após” (*Prisão e liberdade processuais*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, abr. – jun. 1993, p. 85). Esta natureza administrativa, no entanto, decorre da legitimidade dos particulares ou da autoridade policial para determinar a prisão em flagrante, como observa Maurício Zanoide de Moraes (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 387, nt. 152). Do trecho exposto, resta clara a contrariedade entre a classificação tradicional da prisão em flagrante como espécie de prisão processual e o seu fundamento por razões de ordem material.

⁸⁵¹ Em última análise, a prisão em flagrante justifica-se para assegurar os elementos probatórios relacionados à autoria e à materialidade delitivas de uma persecução penal futura, o que não pode servir de fundamento para associar a esta prisão uma natureza estritamente processual. Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 387. Destacando a prisão em flagrante como um instituto que se distancia da função processual, revelando razões de ordem material, Alexandra Vilela reconhece que a detenção em flagrante delito é determinada pela necessidade de se obstar as consequências ulteriores do fato: “Neste caso, a adoção de uma medida restritiva da liberdade justificada por fins de prevenção especial pode conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, não porque tal princípio não se encontra em vigor naquele momento, mas sim porque na hipótese de flagrante delito a exigência de prevenção é acompanhada e confunde-se com a exigência de interromper a atividade criminosa” (*Considerações acerca da ...*, *op. cit.*, p. 105-106).

⁸⁵² Nota-se que a prisão em flagrante encontra-se autorizada ante a certeza visual do delito, o que revela uma justificação material. Como observa Maurício Zanoide de Moraes, esta razão material da prisão em flagrante é nítida nas hipóteses de flagrante próprio (artigo 302, incisos I e II, do Código de Processo Penal), em que o agente está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la. As demais hipóteses de flagrante discriminadas no artigo 302 do diploma legal comentado reúnem razão material por destinarem-se a evitar a fuga do agente com os produtos do crime e, com isto, também impedir a perda de elementos probatórios relacionados ao delito. Por outro lado, identifica-se nestas últimas situações de flagrante delito uma finalidade processual a justificar a privação da liberdade. No caso, a prisão também tem por objetivo evitar a dispersão dos vestígios necessários à comprovação da materialidade e da autoria delitivas (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 387, nt. 151).

⁸⁵³ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 387.

⁸⁵⁴ Os problemas em torno da inserção da prisão em flagrante como modalidade de prisão cautelar também são destacados por outros autores, os quais optam por incluí-la como modalidade diversa de cautelar, como observa o autor mencionado. Neste sentido, destaca-se o entendimento de Franco Cordero, que inclui o

Júnior entende a prisão em flagrante como medida pré-cautelar de caráter pessoal, tendo em vista servir como instrumento à futura medida cautelar, consistente na prisão preventiva. Desta forma, a instrumentalidade da prisão em flagrante encontra-se presente, pois se coloca como o instrumento de outro instrumento: a prisão preventiva. Por seu turno, a autonomia da prisão em flagrante manifesta-se em hipóteses nas quais a prisão em flagrante não acarreta a prisão preventiva, bem como nas situações em que a prisão preventiva é decretada sem prévia prisão em flagrante.⁸⁵⁶

Como medida pré-cautelar, a prisão em flagrante é excepcional e precária, caracterizada por sua legitimidade diferenciada (pode ser adotada por particulares ou por autoridade policial) e por sua brevidade, já que demanda controle jurisdicional em até vinte e quatro horas. A prisão em flagrante em si, como observa o mencionado autor, não constitui título legítimo a manter a restrição à liberdade pessoal.⁸⁵⁷

Há, portanto, a necessidade de se conduzir a interpretação da prisão em flagrante por critérios que permitam reconhecer a sua compatibilidade com a presunção de

arresto in flagranza e o *fermo* como medidas de *subcautele*: “arresto in flagranza e fermo sono labili, come postula l’art. 13 Cost.: nati da poteri extragiurisdizionali, richiedono una convalida, nel giro d’ore scandite da ter termini perentori; indi, siano convalidati o no, spetta al pubblico ministero chiedere interventi cautelari, se lo reputa necessario. Chiamiamoli, dunque, subcautele: preludono all’ eventuale misura disposta dal giudice; e ne garantiscono l’esecuzione” (*Procedura penale*, 3.^a ed., Milani, Giuffré, 2000, p. 463).

⁸⁵⁵ Ademais, o ensinamento de Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferrajoli, que classificam a prisão em flagrante como medida pré-cautelar pessoal: “il legislatore ha tradotto la previsione negli istituti dell’arresto in flagranza e del fermo, costituenti forme di pré-cautela personale distinte dalle vere e proprie misure cautelari per l’assoluta precarietà, che le connota come iniziative di brevissima durata, calcolata nell’ordine delle complessive novantasei ore” (*Manuale di diritto ...*, op. cit., p. 248-249).

⁸⁵⁶ Como anota Aury Lopes Júnior: “A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou pela autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h. Frente a uma prisão em flagrante, cabe ao juiz homologar ou relaxar – conforme a legalidade – e ainda, necessariamente, adotar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória, sempre motivando a sua decisão. Em síntese, o primeiro aspecto a ser destacado é que *a prisão em flagrante não é uma prisão cautelar, mas sim uma medida pré-cautelar*. Isto porque destina-se a preparar, instrumentalizar uma futura medida cautelar. Por isso, é a única forma de detenção que a Constituição permite seja realizada por um particular ou pela autoridade policial *sem ordem judicial*” (*Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar*, in *Revista de Estudos Criminais*, n. 3, 2001, p. 74).

⁸⁵⁷ O caráter pré-cautelar da prisão em flagrante é acentuado, consoante o entendimento do autor, por sua instrumentalidade em face da prisão preventiva. Efetuada a prisão em flagrante, é imprescindível o controle jurisdicional acerca da necessidade da prisão preventiva: “(...) caso não exista pedido de prisão por parte do Ministério Público ou, havendo, não esteja presente o *periculum libertatis*, deverá o juiz conceder a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo. Qualquer que seja o caso, o que resulta absolutamente inadmissível é a simples manutenção da prisão em virtude de mera homologação da prisão em flagrante. (...) Logo, **ninguém pode permanecer preso sob o fundamento “prisão em flagrante”, pois esse não é um título judicial suficiente.**” (*Direito processual penal ...*, op. cit., p. 72-73).

inocência, como norma de tratamento do imputado.⁸⁵⁸ A manutenção da prisão em flagrante encontra-se submetida à demonstração de sua real necessidade, como medida cautelar de caráter pessoal, sendo a comprovação da natureza cautelar da restrição da liberdade pessoal imprescindível para sua conformação à ordem constitucional vigente.

A manifesta evidência probatória concernente à ocorrência do fato típico e à sua respectiva autoria justifica a captura e a detenção do cidadão pilhado cometendo a infração penal, a fim de resguardar a colheita imediata dos elementos probatórios relacionados à prática do crime. Desta forma, a própria atualidade da situação de flagrância, bem como a relação de imediatidade entre a situação fática aparentemente delituosa e o indivíduo surpreendido em seu cometimento, justifica a circunstância de se prescindir de ordem escrita e devidamente fundamentada da autoridade jurisdicional competente.

As situações de flagrância retratam, de forma incontestes, os pressupostos cautelares, a saber, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. De fato, as situações previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal indicam, com alto grau de probabilidade, a verificação do *fumus commissi delicti*, no tocante à materialidade do delito e à sua respectiva autoria.⁸⁵⁹ Por sua vez, quanto ao *periculum libertatis*, revela-se iniludível a necessidade da detenção, a fim de obstar a continuidade da afronta ao bem jurídico penalmente tutelado, bem como a dispersão, por parte do agente, de elementos relevantes para a apuração da prática delitiva. No entanto, não se verifica uma apreciação concreta deste pressuposto, trabalhando-se com uma presunção quanto ao *periculum libertatis*.

O aspecto precário da prisão em flagrante, como ressaltado por Aury Lopes Júnior, remete à imperiosa análise a ser realizada pelo magistrado quanto à necessidade da medida, determinando sua conversão em prisão preventiva, ou concedendo

⁸⁵⁸ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró observa que a prisão em flagrante é uma prisão cautelar, mas que se inicia com uma natureza administrativa (*Direito processual penal*, Tomo II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 184).

⁸⁵⁹ Antonio Scarance Fernandes reconhece que não há dificuldade em indicar a presença do *fumus commissi delicti* quanto à prisão em flagrante, uma vez que o infrator é surpreendido em uma das situações descritas no artigo 302 do Código de Processo Penal, o que serve, nos termos do autor, para “(...) evidenciar a existência de crime, do qual ele é o provável autor”. (*Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 317).

a liberdade provisória disciplinada no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, quando aquela não se mostrar imprescindível.⁸⁶⁰

Desta forma, o controle jurisdicional sobre a prisão em flagrante revela uma avaliação de caráter complexo, em que compete ao magistrado não apenas aferir os aspectos relativos à legalidade e à validade do flagrante, mas também questões concernentes à necessidade da detenção do indivíduo, observando, neste ponto, as exigências quanto à decretação da prisão preventiva. Assim, pode-se afirmar que a prisão em flagrante e a prisão preventiva revelam um dado comum de valoração, a saber: a necessidade, sendo que este caráter da tutela cautelar deve ser aferido em função de parâmetros estatuídos pela própria legislação ordinária.⁸⁶¹

5.4. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva encontra-se disciplinada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal e insere-se como modalidade de prisão provisória no ordenamento jurídico brasileiro. Na realidade, a prisão preventiva é considerada a verdadeira “pedra de toque” do sistema cautelar de caráter pessoal, já que as circunstâncias que autorizam a sua incidência revelam-se o núcleo de toda e qualquer prisão provisória.

5.4.1. A DISCIPLINA DA PRISÃO PREVENTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O artigo 311 do Código de Processo Penal admite a decretação da prisão preventiva a qualquer momento, no curso do inquérito policial ou no desenrolar da instrução criminal, por decisão da autoridade judicial, que poderá adotá-la inclusive de ofício. O caráter amplo de sua incidência transformou-a na principal modalidade de prisão provisória, tendo se projetado sobre as outras espécies como medida notadamente idônea a assegurar o curso do processo penal e a efetividade de seus resultados.⁸⁶²

⁸⁶⁰ *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 72-73. Neste sentido, ressalta-se que o Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal, em seu artigo 555, expressamente prevê a obrigatoriedade de o juiz avaliar, ao receber o auto de prisão em flagrante, a legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de conversão em prisão preventiva. Assim, nos termos do dispositivo, o juiz deverá relaxar a prisão, se ilegal; converter, fundamentadamente, a prisão em flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos legais; arbitrar a fiança ou outras medidas mais adequadas ao caso; conceder liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

⁸⁶¹ Cf. A. S. FRANCO, *Crimes hediondos*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 331.

⁸⁶² Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 162.

É certo que a possibilidade de sua decretação de ofício é alvo de controvérsias na doutrina, condenando-se a autorização legal por incompatível com o modelo acusatório observado em nosso sistema processual.⁸⁶³ Ademais, a incidência da prisão preventiva no curso do inquérito policial também encontra sérias resistências doutrinárias, em especial devido à similitude dos pressupostos de sua decretação à justa causa para a ação penal. De fato, não se mostra coerente admitir a existência de prova de materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria necessários para a imposição da prisão preventiva, mas não reconhecer a presença de justa causa para o início da ação penal.⁸⁶⁴

5.4.2. PRESSUPOSTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal disciplina os pressupostos e os requisitos para a decretação da prisão preventiva nos artigos 312 a 314. Como toda medida de natureza cautelar, a prisão preventiva deve reunir os pressupostos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* para a sua incidência, ao lado da observância dos requisitos positivos e negativos relacionadas em lei. Ademais, por se tratar de restrição a direito de índole fundamental, a prisão preventiva encontra-se adstrita aos princípios constitucionais relacionados à prisão provisória, devendo os seus dispositivos ser objeto de interpretação restrita.⁸⁶⁵ Esta consideração, aliás, encontra relevo no tema da prisão preventiva, em virtude do caráter amplo e indeterminado com que o legislador abordou o tema do *periculum libertatis* nesta espécie de prisão provisória, valendo-se de “(...) conceitos amplos, sem a descrição precisa das situações fáticas que o caracterizam”.⁸⁶⁶

⁸⁶³ Neste sentido, A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 101-104.

⁸⁶⁴ Como destaca Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a decretação da prisão preventiva no curso do inquérito policial não subsiste mais em face de uma interpretação sistemática. Em primeiro lugar, em razão do advento da Lei n.º 7.960/1989, que criou a prisão temporária, que incide somente no curso do inquérito policial e tem requisitos mais tênues do que os da prisão preventiva. Em segundo lugar, o *fumus commissi delicti* que se exige para a decretação da prisão preventiva, isto é, a prova da materialidade e o indício suficiente de autoria, indica a existência de justa causa para a ação penal. Assim, como destaca o autor: “Em suma, ou, de um lado, é cabível a prisão preventiva e também já se tem elementos para o oferecimento da denúncia, e em tal contexto seria ilegal a continuação do inquérito policial, sem denúncia oferecida, mormente estando preso o acusado, ou, de outro lado, ainda não há elementos suficientes para a prisão preventiva, no que toca à ‘plausibilidade do direito de punir’, e também não se pode exigir oferecimento da denúncia” (*Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 192).

⁸⁶⁵ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 155; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 163.

⁸⁶⁶ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 193.

Os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal, consistem na prova de existência do crime e no indício suficiente de autoria. Os comentários acerca destes conceitos já foram realizados em momento anterior, por ocasião da análise dos pressupostos da tutela cautelar.⁸⁶⁷ Por ora, basta mencionar que a doutrina identifica como prova da existência do crime a demonstração de sua ocorrência. Por sua vez, indício suficiente de autoria é identificado como um juízo de probabilidade, embasado em elementos que demonstrem a responsabilidade penal com verossimilhança.

A prova da existência da infração penal e os indícios suficientes de sua autoria representam a presença do *fumus commissi delicti*, ao qual se acrescenta a exigência de manifestação do *periculum libertatis*, que resta traduzida pelas hipóteses consagradas no texto legal, cuja verificação possibilita a decretação da medida, a saber: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Desta forma, o juiz deve observar a situação de perigo representada pela conduta do imputado, em face, justamente, do resguardo da ordem pública e da ordem econômica, assim como em face dos prejuízos decorrentes ao bom andamento do processo e à eventual aplicação da lei penal. Estas situações fáticas são alternativas, e não cumulativas, de modo que a presença de uma delas é o bastante para a decretação da prisão preventiva.⁸⁶⁸

5.4.3. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA ⁸⁶⁹

O reconhecimento da garantia da ordem pública como pressuposto para a decretação da prisão preventiva não se coaduna com o sistema constitucional de direitos e de garantias fundamentais, ao menos, por dois motivos. Em primeiro lugar, o conceito de ordem pública é extremamente vago e indeterminado, sendo de conteúdo semântico maleável e de abertura incompatível com a precisão decorrente do princípio da legalidade. Em segundo lugar, as restrições à liberdade pessoal admitidas em um sistema processual penal democrático, calcado no reconhecimento do estado de inocência do indivíduo,

⁸⁶⁷ V. Capítulo 3.

⁸⁶⁸ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 108.

⁸⁶⁹ O Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal, em sentido contrário às críticas à decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, manteve este fundamento como hipótese de cabimento da medida (artigo 556, inciso I). Sobre os comentários ao Projeto de Lei n.º 156/2009, v. Capítulo 5. Ademais, sobre a incompatibilidade da prisão provisória com finalidades associadas aos fins de prevenção geral próprios da pena, v. Capítulo 6.

repudiam fins que não sejam estritamente processuais e instrumentais. Ora, a garantia da ordem publica não ostenta este caráter cautelar, na medida em que revela escopos distintos e de nítida antecipação da pena.⁸⁷⁰

Em um primeiro exame, a crítica à garantia da ordem pública reside na própria expressão eleita pelo legislador. Em sentido contrário às exigências decorrentes do princípio da legalidade, notadamente em matéria de restrição a direitos fundamentais, a lei processual penal optou por um conceito aberto, vago, poroso, indeterminado, inexato, retórico, flexível e carente de referencial semântico.⁸⁷¹ Os termos “garantia da ordem pública” assumem, neste contexto, as vertentes predominantes em cada momento e em cada sociedade, sem maiores considerações à segurança jurídica que se espera de uma disciplina legal.

Neste sentido, o legislador substituiu a certeza e a exatidão da lei por uma ampla margem de discricionariedade judicial, o que é de todo inadmissível em um sistema constitucional de tutela da liberdade pessoal. De fato, o que se espera da atuação da legalidade em matéria de restrição a direitos de índole fundamental é a taxatividade na elaboração de suas hipóteses de incidência.⁸⁷² A expressão selecionada alcança todo e qualquer sentido que se queira conferir para justificar a privação da liberdade em caráter provisório, demonstrando que o juiz não se mostra adstrito, neste âmbito, às limitações legais, mas tão-somente à sua própria “sensibilidade”, como observa Antônio Magalhães Gomes Filho.⁸⁷³

Neste ponto, o sistema processual penal democrático distancia-se dos compromissos com a tutela da liberdade individual e com a previsibilidade de suas restrições, cedendo espaço para o exercício arbitrário de detenções e para decisões

⁸⁷⁰ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 114-121; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 85.

⁸⁷¹ Cf. A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 66 ; G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 193; A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 116-117; O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor ...*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, op. cit., p. 258-259; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 85; J. G. G. RAMOS, *A tutela de ...*, op. cit., p. 370. Neste sentido, criticando a expressão comumente utilizada para fundamentar a prisão preventiva por motivos materiais, Maurício Zanoide de Moraes destaca: “para essa doutrina, há uma comodidade oferecida pelo atual Código de Processo Penal, marcadamente fascista e refratário à presunção de inocência, pois nele está inserido um conceito material aberto e sem qualquer parametrização, o que permite que neste conceito tudo seja inserido e nele tudo caiba” (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 389).

⁸⁷² Cf. M. T. L. B. KATO, *A (des)razão da prisão provisória*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 116.

⁸⁷³ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 67.

desprovidas de legitimidade.⁸⁷⁴ Deste modo, o Legislador, ao se valer da ideia de “ordem pública”, cujo conceito remete a outros ramos do Direito,⁸⁷⁵ rompe com a legalidade e a certeza que se esperam não somente na definição das espécies de prisão provisória admitidas em um ordenamento jurídico, mas também no sentido de descrição típica, fechada, restrita e determinada.

O conceito de ordem pública tem sido reiteradamente invocado como fundamento para a decretação da prisão preventiva, sendo identificado pela doutrina e pela jurisprudência no cenário nacional com a gravidade do delito, a periculosidade do agente e o risco de reiteração criminosa, e o clamor público.⁸⁷⁶ Em todos estes fundamentos, nota-se a ausência de um conteúdo compatível com o ordenamento constitucional e, em especial, em face do reconhecimento da presunção de inocência do indivíduo.

Ao discorrer sobre a proteção da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva, Renato Barão Varalda adota o entendimento segundo o qual, muito embora no plano abstrato a expressão possa ser considerada um conceito indeterminado, no âmbito da aplicação, o conteúdo da ordem pública passa a assumir delineamentos mais determinados, tendo em vista que somente haveria uma solução justa para o caso concreto.⁸⁷⁷ Ademais, em seu entendimento, cabe ao juiz exercer o controle sobre os critérios que conduzem a esta “solução justa”.⁸⁷⁸

⁸⁷⁴ Cf. M. T. L. B. KATO, *A (des)razão da prisão provisória*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 117.

⁸⁷⁵ Como observa Leslie Shéri da Ferraz, o significado de ordem pública encontra-se desenvolvido em diversos ramos do Direito, o que indica a “polivalência semântica” da expressão. A autora destaca os conceitos de ordem pública elaborados no Direito Civil, no Direito Internacional Privado e no Direito Administrativo. Conclui que o conceito revelado pelo Direito Administrativo é o que melhor se adequa ao requisito da prisão preventiva previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, devendo ser entendido como a ideia de paz pública, tranquilidade social e harmonia na convivência em sociedade. Ocorre que qualquer sentido que se busque para a terminologia eleita pelo legislador, constata-se a total incompatibilidade com a presunção de inocência. A noção material de ordem pública, como anota a autora, revela um conteúdo genérico, “(...) cujo conteúdo é impossível apontar aprioristicamente, devendo ser extraído do sistema principiológico-valorativo de uma dada sociedade, tomando em conta os critérios de natureza ética, política, econômica, jurídica, cultural, religiosa, estética, entre diversas outras. Percebe-se, assim, que a ‘garantia da ordem pública’ funda-se em fatores fortemente irracionais e facilmente manipuláveis, absolutamente contrários aos padrões de certeza jurídica reclamados pelo direito processual penal” (*Prisão preventiva e ...*, *op.cit.*, p. 85-90).

⁸⁷⁶ Leslie Shéri da Ferraz ressalta que, não obstante as observações acerca de sua inconstitucionalidade, a prisão preventiva para garantia da ordem pública tem sido aceita em nossos tribunais: “(...) a garantia da ordem pública é aceita pelos tribunais brasileiros como requisito idôneo da preventiva – expressa no clamor público, na periculosidade do agente, na gravidade do crime e na prevenção especial” (*Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 91).

⁸⁷⁷ Neste sentido, o autor defende que: “a aplicação do conceito de ordem pública, através da análise das circunstâncias do caso concreto, não permite mais do que uma solução, ou seja, ou se utiliza ou não o citado

Neste sentido, ao sustentar a supremacia do interesse público, a qual teria sido consagrada pelo requisito da ordem pública, Renato Barão Varalda entende possível legitimar a prisão provisória sob estes fundamentos, limitando, consequentemente, o princípio da presunção de inocência. De fato, em casos de “(...) perigo substancial do suspeito ou acusado constatado pela gravidade do crime praticado, cuja magnitude da lesão acarreta grave repercussão social”, o conceito de ordem pública assume concretude, identificando-se com a ideia de “(...) um estado jurídico determinado pela segurança, integridade e tranquilidade.”⁸⁷⁹

Observa-se, ainda, que, para o mencionado autor, a restrição ao princípio da presunção de inocência imposta pela supremacia do interesse público constante da decretação provisória com base na ordem pública cumpre as sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, afastando-se eventuais inconstitucionalidades.⁸⁸⁰

Em que pesem as considerações formuladas pelo autor, no sentido de conferir maior concretude à garantia da ordem pública, não há como sustentar este fundamento em termos genéricos e abstratos, tal como disciplinado em lei. Em regra, recorre-se a um discurso em que se invocam argumentos de “exemplaridade” e de justiça social; de necessidade de imediata reação ao delito e de recobrar a credibilidade na atuação da justiça; elevam-se os comentários acerca da acentuada propensão ao crime revelado pelo agente e do iminente risco do cometimento de novos delitos. Ao que se conclui dessas manifestações, não se encontra presente uma preocupação em encobrir o intuito claro de adotar medidas de defesa social em nome da repressão penal.

conceito, ou se há transgredido ou não a ordem pública, já que a indeterminação do enunciado não se traduz na indeterminação da aplicação do mesmo.” (*Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 223).

⁸⁷⁸ Como anota: “Realça Garcia de Enterría que discricionariedade é essencialmente uma liberdade de escolha entre as alternativas igualmente justas. Disso decorre a possibilidade de o juiz controlar a fiscalização da aplicação da lei, valorando se a solução alcançada é a única solução justa admitida pela lei.” (*Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 223-224).

⁸⁷⁹ Ressalta-se que o autor confere importante peso para o direito à segurança pública, o qual, para ele: “sempre acompanhou a história dos povos para garantia da paz e da tranquilidade da convivência da sociedade, nomeadamente o direito da incolumidade pessoal e de propriedade, por intermédio de uma força organizada do Estado. Em face de sua importância e, principalmente, da explosão da violência e da criminalidade, o direito à segurança aparece presente em quaisquer gerações de direito.” (*Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 233-234).

⁸⁸⁰ O autor anota que, em consonância com o ‘princípio da proporcionalidade’, ‘o conteúdo essencial’, ‘entendido como limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito’, não estará sendo violado, já que os artigos do Código de Processo Penal acima mencionados, ao restringir o princípio da presunção de inocência, não lhe retiraram de forma alguma toda a sua utilidade, muito menos subverteram ou inverteram o seu valor constitucional e, desse modo, não diminuíram a extensão e o alcance de seu conteúdo essencial.” (*Restrição ao princípio ...*, *op. cit.*, p. 251.)

Como observa Antônio Magalhães Gomes Filho, em todo este discurso parece notório que a prisão não se revela como um instrumento cautelar, mas uma verdadeira “(...) antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade”.⁸⁸¹

A garantia da ordem pública como um modo de evitar o cometimento dos delitos alia-se, na realidade, ao propósito de aplacar a periculosidade da pessoa a quem se destina a privação de liberdade em caráter provisório. Neste contexto, a medida provisória escora-se, como comumente se encontra em decisões judiciais, “(...) no provável cometimento de outros e ulteriores delitos”, o que deixa entrever que esta concepção se assenta em uma presunção de culpabilidade”.⁸⁸²

Ora, a presunção de reiteração criminosa que se formula somente se sustenta no caso de admitir o indivíduo como culpável de um delito e, mais além, como propenso a prática de novas infrações penais, o que viola, de modo incontestável, a presunção de inocência. Desta forma, a prisão preventiva assentada em uma presunção de periculosidade assume escopos estranhos ao seu caráter instrumental, intimamente vinculados à prevenção especial.⁸⁸³ Ademais, os argumentos de reiteração criminosa e de reincidência revelam resquícios de Direito Penal de autor e de uma atuação simbólica da lei penal, o que se mostra inadmissível em um ordenamento constitucional democrático.

De igual maneira, a decretação da prisão preventiva embasada no clamor público não se coaduna à estrutura lógica da presunção de inocência e revela uma privação de liberdade desmedida na maior parte dos casos. Isto porque a ponderação realizada pelo juiz entre o direito à liberdade pessoal e o princípio de segurança social recebem a influência de elementos externos que invadem a objetividade que deve orientar a atuação da proporcionalidade nestes casos.

⁸⁸¹ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 68.

⁸⁸² Cf. V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 288 (tradução livre); R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 179; F. CORDERO, *Procedura penale*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 457.

⁸⁸³ Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 179; V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 288. Há autores que reconhecem a finalidade de evitar o cometimento de novos delitos como um fim que não se revela incompatível com a natureza provisória da prisão preventiva, sendo incluída na cláusula genérica de garantia da ordem pública. Neste sentido, J. F. MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, 2.^a ed., Campinas, Millenium, 2000, p. 57; J. F. MIRABETE, *Processo penal*, 18.^a ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 390-391. O recurso à prisão preventiva como uma medida destinada a evitar o cometimento de novos delitos revela uma finalidade substancial incompatível com a natureza cautelar da prisão provisória. Como destaca Leslie Shérída Ferraz, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 30-31. Ademais, v. Capítulo 6.

Em que pese a variedade de sentidos associados a esta expressão, tais como “preservação da credibilidade do Estado e da Justiça”, “satisfação da opinião pública”, “proteção da paz pública”, “inquietação social” e “gravidade do crime”, o que demonstra o recurso constante da jurisprudência a este fundamento para embasar a prisão preventiva, como observa Odone Sanguiné, o clamor público não se encontra disciplinado expressamente em lei como fundamento da prisão provisória.⁸⁸⁴

Não obstante, o conceito indeterminado de “garantia da ordem pública”, tradicionalmente previsto em nosso ordenamento jurídico processual penal, e que se mantém no Projeto de reforma do Código de Processo Penal, tem servido de válvula para a inserção do clamor público como motivo bastante para a imposição da maior ingerência estatal no direito de liberdade de locomoção. Ressalta-se, por outro lado, que o Projeto em tela, de modo expresse, veda a prisão preventiva decretada tão-somente por este fundamento (artigo 556, parágrafo 2.º). O controle da correta atuação deste dispositivo encontra na motivação das decisões penais um importante instrumento.⁸⁸⁵

Ademais, a gravidade do delito não pode justificar, de modo isolado, a decretação da prisão preventiva.⁸⁸⁶ Neste sentido, o Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal, oferece uma parcial resposta à problemática da prisão preventiva por garantia da ordem pública, ao reservar como hipótese de cabimento a prisão provisória “em face da extrema gravidade do fato”. É certo que a indicação isolada deste fundamento, no elenco das hipóteses de decretação da prisão preventiva, deverá receber a correta interpretação da doutrina, de modo a não se admitir que a sua incidência baste para a motivação da prisão. Em todos estes casos, é necessário que a resolução da prisão provisória venha acompanhada de elementos indicativos de necessidade da medida para o desenvolvimento do processo ou para a efetividade na aplicação da lei penal.

Este fundamento tem especial relevância nas considerações acerca da proporcionalidade desta restrição à liberdade pessoal. Como será demonstrado, a incidência da prisão provisória – como a mais grave ingerência do poder coercitivo estatal no âmbito de proteção do direito à liberdade do indivíduo – deve observar a

⁸⁸⁴ Cf. O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor ...*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, op. cit., p. 258-259.

⁸⁸⁵ Neste sentido, v. Capítulo 6.

⁸⁸⁶ Cf. J. G. G. RAMOS, *A tutela de ...*, op. cit., p. 356; G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 194.

proporcionalidade, em sua sub-regra da adequação.⁸⁸⁷ Há, de fato, um requisito implícito em toda a resolução acerca da prisão de natureza cautelar e, em particular, na prisão preventiva que se mostra como a medida cautelar por excelência no ordenamento jurídico nacional: trata-se da proporcionalidade que se deve observar entre a privação total da liberdade pessoal e a gravidade do delito que justifica a persecução penal.⁸⁸⁸

5.4.4. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

A prisão preventiva para garantia da ordem econômica não constava da redação original do artigo 312 do Código de Processo Penal. A Lei n.º 8.884/1994, denominada de “Lei Antitruste”, que tem por escopo a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, inseriu este fundamento no artigo 312, que, assim como a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, encontra sérias resistências na doutrina em face da ausência de seu caráter cautelar.⁸⁸⁹

A criminalidade econômica, como observa Roberto Delmanto Júnior, não representa uma ameaça à coletividade de modo imediato, ao contrário da delinquência violenta que assoma os grandes centros urbanos, motivo pelo qual a jurisprudência não admitia a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública nestas hipóteses. Esta resistência encontra-se, atualmente, superada pela previsão legal ora discutida, mas deve ainda ser avaliada em face da constatação de que os crimes econômicos envolvem um elevado número de pessoas, além de um considerável montante de recursos, o que os torna tão problemáticos e prejudiciais à coletividade como a criminalidade violenta.⁸⁹⁰

A prisão preventiva decretada sob este fundamento volta-se a situações de crimes relacionados ao mercado financeiro e tem por objetivo resguardar a credibilidade da ordem econômica e a estrutura do sistema financeiro. A incidência da medida restritiva volta-se à tutela do risco representado por comportamentos envoltos em manobras vultosas no mercado financeiro e pela prática reiterada de condutas que comprometem o normal funcionamento das instituições econômicas.

⁸⁸⁷ Neste sentido, V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 288.

⁸⁸⁸ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 200.

⁸⁸⁹ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 196; A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 120.

⁸⁹⁰ Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 192.

Nota-se, portanto, em todos estes fundamentos da incidência da prisão preventiva para garantia da ordem econômica a ausência da nota essencial da cautelaridade, a conferir justificação constitucional a esta restrição à liberdade pessoal. De modo semelhante à prisão preventiva para garantia da ordem pública, a medida restritiva ora tratada não atende ao resguardo do normal andamento do processo ou à efetividade de seu resultado final. Em caminho oposto, a prisão provisória nestas condições assume o caráter de uma pena antecipada, cumprindo objetivos de prevenção geral e de prevenção especial. Estes objetivos característicos da pena substituem os escopos de cautela instrumental e de cautela final que deveriam se mostrar presentes, transformando a prisão provisória em uma espécie de punição antecipada.⁸⁹¹

5.4.5. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

A prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal cumpre indiscutível papel cautelar, mostrando-se necessária para resguardar a execução de eventual sentença condenatória em face do risco de fuga do acusado. Como observa Aury Lopes Júnior, a ameaça de fuga deve se mostrar concreta e plausível, não se admitindo a incidência de restrição extrema à liberdade pessoal com base em presunções. O perigo de fuga que, neste momento, se avalia deve escorar-se em elementos concretos e determinados, que justifiquem o receio de evasão do acusado.⁸⁹² Neste caso, como em todas as demais situações descritas no artigo 312 em comento, “(...) é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*”, o que revela a exigência de um “(...) suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida”.⁸⁹³

Isto ocorre, por exemplo, quando o acusado faz preparativos para deixar o local de seu domicílio, desvencilha-se de seus bens, providencia passaporte e passagens aéreas ou, como destaca Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, revela a terceiro o seu propósito de fuga.⁸⁹⁴ Em todas estas hipóteses, encontra-se demonstrada a iniciativa ou a intenção do acusado em frustrar eventual condenação penal, comprometendo a correta aplicação da lei.⁸⁹⁵

⁸⁹¹ Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 192.

⁸⁹² *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 110.

⁸⁹³ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 111.

⁸⁹⁴ *Direito processual penal*, Tomo II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 197.

⁸⁹⁵ Neste sentido, R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 175-177.

Outro ponto que merece relevo no tratamento deste tema diz respeito à decretação da prisão preventiva, com fundamento exclusivo na garantia de aplicação da lei penal, em casos em que o prognóstico da pena não acena para a privação de liberdade. Notadamente em face do controle de proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais, a prisão preventiva revelar-se-á desproporcional, por violação à adequação entre meio e fim, nestas hipóteses.⁸⁹⁶

5.4.6. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Outra hipótese de decretação da prisão preventiva reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro consiste na conveniência da instrução criminal, como se observa do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal brasileiro. Trata-se, em regra, de situações relacionadas ao comportamento do imputado em relação à atividade probatória desenvolvida no curso da persecução penal.

Nota-se, neste caso, o caráter de cautela instrumental. A prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal tem por escopo “(...) conservar os meios ou instrumentos”, assegurando o regular desdobramento dos atos instrutórios. Ressalta-se, ademais, que em face do reconhecimento constitucional do direito a não produzir provas contra si mesmo, a prisão provisória não poderá ter por fundamento a recusa do imputado em colaborar ou participar de atividades da instrução criminal.⁸⁹⁷

5.4.7. REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A decretação da prisão preventiva também exige a presença dos requisitos constantes do artigo 313 do Código de Processo Penal. De fato, ao menos uma das hipóteses constantes deste dispositivo deve ser fazer presente para autorizar a incidência desta modalidade de prisão provisória. Neste sentido, a prisão preventiva poderá ser admitida se se tratar de crime doloso punido com reclusão (artigo 313, *caput* e inciso I). Como se nota, *contrario sensu*, não se decreta a prisão preventiva na hipótese de contravenção penal, ou de crime culposos.

⁸⁹⁶ Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 177; G. H. R. I. BADARÓ, *Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, in *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, B. M. RIBEIRO; e M. P. LIMA (coord.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p.175-182.

⁸⁹⁷ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.^a ed., São Paulo, 2009, p. 197.

Em caráter excepcional, a prisão preventiva será cabível nos crimes dolosos punidos com detenção, desde que observadas as situações descritas nos incisos II ou III do artigo 313. Assim é que a prisão preventiva poderá ser decretada nos crimes punidos com detenção, se houver elementos a indicar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, este não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (inciso II). A outra hipótese legal refere-se ao crime doloso punido com detenção, em que o réu seja reincidente em crime doloso (inciso III).

A redação original do artigo 313 do Código de Processo Penal sofreu alteração recente promovida pela Lei n.º 11.340/2006, que tem por objetivo combater a violência doméstica e familiar contra a mulher. Neste sentido, o artigo 42 da Lei n.º 11.340/2006 acrescentou o inciso IV ao artigo 313, que passou a admitir a prisão preventiva “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Os crimes relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher punidos com detenção passam, em virtude desta nova disciplina normativa, a admitir a prisão preventiva, tendo sido este o principal objetivo da inovação legislativa.⁸⁹⁸

O Código de Processo Penal contempla, ademais, requisito negativo para a decretação da prisão preventiva. Em seu artigo 314, o ordenamento processual penal veda a incidência da medida extrema, se o juiz constatar, pelos elementos constantes dos autos, que o agente praticou o fato sob uma das causas excludentes de ilicitude. É certo que, ao mencionar que o juiz deverá “verificar pelas provas constantes dos autos” a ocorrência de causa excludente de ilicitude, o Código de Processo Penal está a indicar a necessidade de uma cognição sumária e não a certeza de sua ocorrência, o que é compatível com a natureza cautelar da medida.⁸⁹⁹

5.5. PRISÃO TEMPORÁRIA

5.5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PRISÃO TEMPORÁRIA

⁸⁹⁸ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 199.

⁸⁹⁹ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 200.

O ordenamento jurídico brasileiro admite, ainda, como espécie de prisão provisória a prisão temporária, disciplinada pela Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989. A prisão temporária encontrou resistências na doutrina e na jurisprudência, considerando-se que esta modalidade de prisão provisória teve por objetivo consolidar, na ordem jurídica nacional, uma nova faceta da combatida “prisão para averiguações”, instrumento ilícito e recorrente no cotidiano das investigações policiais.⁹⁰⁰ Neste sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho a rotula como “medida odiosa e arbitrária”, visto que decretada sem a comprovação de sua real necessidade.⁹⁰¹

O instituto da prisão temporária encontrou uma primeira referência no direito brasileiro no Projeto de Lei n.º 1.655-B, de 1983, que se destinava à reforma do Código de Processo Penal,⁹⁰² servindo de fundamento imediato à Medida Provisória n.º 111, de 14 de novembro de 1989, editada pelo então Presidente da República José Sarney.⁹⁰³ A disciplina atual da prisão temporária, portanto, resulta da conversão em lei da Medida Provisória n.º 111/1989, o que suscita inúmeras discussões em torno da constitucionalidade desta providência.

⁹⁰⁰ A utilização recorrente da “prisão para averiguações” por autoridades policiais representava uma intervenção arbitrária no direito de liberdade pessoal. Com efeito, a medida conduzia a uma subversão dos princípios constitucionais e da sistemática da tutela cautelar, já que determinava uma limitação a direito individual anteriormente a quaisquer atos de investigação. A Lei n.º 7.960/1989, como ressalta Valdir Sznick, anunciada como instrumento repressivo a crimes de maior gravidade, tinha por verdadeiro escopo regularizar as prisões ilegais naturalmente empregadas pelas autoridades policiais em nosso país: “E, apesar de todo o posicionamento jurídico, a Exposição de Motivos, ao final, deixa cair a máscara e fala a verdade: “Por isso, o projeto preocupa-se com o tema, evitando as prisões ilegais e procurando preservar a integridade pessoal do custodiado, mantendo-o separado dos demais detentos”. (...) O detido, até então, para averiguações sempre existiu, a Justiça é que fazia “vistas grossas”, no sentido de ignorá-la. Acabou-se, em tese, com as chamadas “prisões para averiguações”, que passou a ser a prisão temporária”. (*Liberdade, prisão cautelar ..., op. cit.*, p. 485).

⁹⁰¹ *Processo penal*, vol. III, 25.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 468.

⁹⁰² O projeto de reforma do Código de Processo Penal (Projeto de Lei n.º 1.655-B), em grande parte inspirado no anteprojeto elaborado por José Frederico Marques, consignava preceitos específicos sobre a prisão temporária. Consoante a disciplina projetada, a prisão temporária poderia ser requerida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, com o manifesto objetivo de assegurar a captura do indiciado, bem como o cumprimento de obrigações a esse impostas no curso do inquérito policial. A decretação da medida pela autoridade judiciária somente seria possível em crimes inafiançáveis e crimes afiançáveis em que fosse cominada pena máxima igual ou superior a cinco anos. Ademais, admitia-se a providência em hipóteses de indiciados condenados anteriormente e em infrações penais perpetradas por indivíduos vadios ou sem residência certa. O período de duração da medida provisória oscilava entre três a cinco dias, conforme o fundamento a embasar o requerimento à autoridade jurisdicional (Cf. L. PÓVOA e M. V. BOAS, *Prisão temporária*, 2.ª ed., Curitiba, Juruá, 1996, p. 48-49).

⁹⁰³ Cf. J. W. DE FREITAS, *Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 78. Como destaca Antônio Lopes Monteiro, apenas a antiga Lei de Segurança Nacional, Lei n.º 6.620/78, apresentava uma modalidade de prisão provisória em muito similar à prisão temporária, em que pese a marcante distinção de ser aquela decretada pela autoridade investigatória e não pelo juiz: “Esta lei, como se sabe, foi revogada pela de n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983, a qual manteve essa prisão no art. 33 e seus parágrafos, mas diminuindo o lapso temporal para quinze dias, renováveis por mais 15. Com a Constituição de 1988, esta espécie de coação à liberdade individual foi abolida nos exatos termos do inciso LXI do art. 5.º.” (*Crimes hediondos*, 7.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 159).

Desta forma, constata-se que as críticas em torno deste diploma normativo não se encontram concentradas somente em seus dispositivos; ao contrário, as principais violações a um Estado Democrático de Direito repousam no processo de elaboração da famigerada lei, que mereceu crítica veemente de Alberto Silva Franco.⁹⁰⁴ Portanto, a discussão acerca da constitucionalidade da lei em questão deve preceder a interpretação de seus dispositivos, já que a posterior conversão em lei da medida provisória não afasta a manifesta impropriedade em que incidiu o Poder Executivo, ao invadir esfera de competência reservada constitucionalmente ao Poder Legislativo.⁹⁰⁵

Assim, a medida que teve seus contornos estabelecidos pela Lei n.º 7.960/89, encontrando, no entanto, um olhar mais severo quando regulamentada pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/1990), não subsiste a rigorosa exegese em face das

⁹⁰⁴ Assim, como destaca o citado autor, “pouco importa a aprovação, pelo Congresso Nacional, da medida provisória: ‘o vício de origem, ínsito neste instrumento normativo, contagia a lei convertedora, havendo, em consequência, uma comunicação de invalidade’. (...) Entendimento diverso equipararia a lei de conversão em lei em sentido estrito, subverteria as competências prefixadas na Constituição Federal e poria em sério risco o Estado de Democrático de Direito na medida em que o Poder Executivo, por estar seguro de contar com a maioria parlamentar, se sentiria livre para invadir, sem outros questionamentos, a reserva de competência do Congresso Nacional. A Lei 7.960/89 atrita, portanto, de modo explícito, com a Constituição Federal” (*Crimes hediondos*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 357-358).

⁹⁰⁵ Cf. A. S. FRANCO, *Crimes hediondos*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 357-358. Destaca-se que a Medida Provisória n.º 111/1989 teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade por medida cautelar – ADIn n. 162-1/DF – promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, visando a imediata suspensão dos efeitos desse instrumento normativo em face dos danos irreparáveis que seriam acarretados aos brasileiros. A medida liminar foi rejeitada por maioria de votos. Com isto, seguiu-se a conversão em lei. “EMENTA: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 111/89. Prisão Temporária. Pedido de liminar. - Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. - A prisão temporária prevista no artigo 2º da referida Medida Provisória não é medida compulsória a ser obrigatoriamente decretada pelo juiz, já que o despacho que a deferir deve ser devidamente fundamentado, conforme o exige o parágrafo 2º do mesmo dispositivo. - Nessa oportunidade processual, não se evidencia manifesta incompatibilidade entre o parágrafo 1º do artigo 3º da Medida Provisória nº 111 e o disposto no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição, em face do que se contém no parágrafo 2º do artigo 3º daquela, quanto à comunicação do preso com o seu advogado. - Embora seja relevante juridicamente a arguição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o artigo 4º da citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual. - A disposição de natureza processual, constante do artigo 5º da Medida Provisória nº 111, que estabelece plantão de 24 horas em todas as Comarcas e Sessões Judiciais do País, não tem o relevo jurídico necessário para a concessão de providência excepcional como é concessão de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade. - Pedido de liminar indeferido.” (STF, ADInMC-162/DF, Tribunal Pleno, j. 14-12-1989, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 19-09-1997, disponível na internet: www.stf.gov.br). Acesso em 10 janeiro 2010.

garantias constitucionais que norteiam e vinculam a atuação dos operadores do direito no campo processual penal, em especial, o princípio da presunção de inocência.⁹⁰⁶

5.5.2. CONCEITO

A prisão temporária apresenta-se como espécie de prisão provisória, podendo ser decretada no curso dos atos investigatórios conduzidos pela autoridade policial. Instaurado o inquérito policial mediante portaria, não sendo hipótese de prisão em flagrante delito e ausentes os elementos imprescindíveis à decretação da prisão preventiva, revela-se a possibilidade de adoção da providência restritiva em questão, por prazo determinado, conforme previsão legal.

A medida restringe-se, portanto, à primeira fase da persecução penal, em que os elementos relacionados à existência de uma infração penal ainda se encontram incipientes.⁹⁰⁷ Como toda restrição a direitos individuais, trata-se de uma providência excepcional, que encontra justificativa na comprovada urgência em se adotar providências orientadas à eficiência da investigação policial, em um contexto em que não se vislumbra a possibilidade de reunir, de modo imediato, os elementos necessários à decretação da prisão preventiva.⁹⁰⁸

5.5.3. A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A natureza jurídica da prisão temporária é objeto de questionamento na doutrina, encontrando-se posicionamento no sentido de sua inconstitucionalidade, por não se constatar o caráter cautelar desta medida, sendo esta a característica imprescindível de toda espécie de restrição a direitos individuais anterior à condenação definitiva. Neste sentido, Maria Lúcia Karam sustenta que a prisão temporária, reservada aos delitos de

⁹⁰⁶ Com efeito, conforme destaca Fernando da Costa Tourinho Filho: Toda e qualquer prisão somente poderá ser decretada pelo juiz. Esta o é. Logo, não se pode dizer, sob esse aspecto seja ela inconstitucional. Mas, em face do princípio de que ninguém será considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, elevado a dogma constitucional, não faz sentido restringir-se a liberdade ambulatoria do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. Sob esse aspecto, ela é supinamente inconstitucional". (*Processo penal*, vol. III, São Paulo, Saraiva, 2003, p.467).

⁹⁰⁷ Jayme Walmer de Freitas ressalta o caráter cautelar da medida, ao apresentá-la como espécie de prisão cautelar, com prazo certo e determinado, decretada pela autoridade judicial no curso das investigações policiais, tendo como destinatário o indivíduo suspeito de crime de especial gravidade, e cuja finalidade é cooperar com a persecução extrajudicial (*Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, p. 97).

⁹⁰⁸ Cf. A. S. FERNANDES, *Prisão temporária e fermo - estudo comparativo*, in *Fascículos de Ciências Penais*, n.3, jul.-set. 1992, p. 83; R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ...*, op. cit., p. 311.

maior gravidade, em nenhum momento parece apresentar os pressupostos da tutela cautelar.⁹⁰⁹

De fato, como destaca a autora, entre as hipóteses autorizadoras da decretação da prisão temporária, reunidas no artigo 1.º da Lei n.º 7.960/1989, não se vislumbram os pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, “pouco importando que se considerem aqueles incisos conjunta ou separadamente”. Além disso, como está orientada unicamente às investigações policiais, esta modalidade de prisão provisória não ostenta o caráter fundamental da acessoriedade, visto que ausente sua vinculação ao provimento final de um processo principal.⁹¹⁰

Em que pesem essas considerações, insiste-se que a constitucionalidade das medidas restritivas de caráter pessoal adotadas no curso da persecução penal e, em especial, a sua conformação ao princípio da presunção de inocência, encontra-se condicionada à comprovação de seu caráter cautelar. Este entendimento deve orientar a interpretação neste âmbito de cautelares pessoais, não se mostrando a medida em tela imune a esta crítica.

Desta forma, os princípios e as características vetores da tutela cautelar devem atuar na interpretação da prisão temporária, de modo a concluir-se que, não obstante a disciplina normativa estabeleça “(...) certas situações objetivas de aparente prisão obrigatória”, impõe-se ao intérprete verificar se os dispositivos legais congregam as exigências do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, assim como os demais caracteres de acessoriedade, instrumentalidade e provisoriedade.⁹¹¹

⁹⁰⁹ *Prisão e liberdade processuais*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, abr.-jun. 1993, p. 89.

⁹¹⁰ *Prisão e liberdade processuais*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, abr.-jun. 1993, p. 89. Neste sentido, Liberato Póvoa e Marco Villas Boas entendem que a prisão temporária coloca-se, no ordenamento jurídico brasileiro, como uma espécie de medida judicial e de cunho administrativo, justamente em face da ausência de sua acessoriedade. Muito embora a restrição em tela submeta-se ao controle jurisdicional, o seu caráter revela um poder de polícia administrativo, apenas e tão-somente balizado pelo juiz. De fato, a Lei n.º 7.960/1989 situou a prisão temporária exclusivamente na fase investigativa, tendo por objetivo a tutela dos elementos de prova e de situações necessários ao bom andamento das investigações. Ora, se a cautela processual desenvolve uma função instrumental em relação a um processo principal, não se avista a possibilidade de conceituar a prisão temporária como uma medida cautelar. Como se vê, no momento em que é adotada, sequer existe processo ou qualquer perspectiva de provimento jurisdicional a ser assegurado. Nesta esteira, os autores concluem que “a posterior instauração de uma ação penal não tem o condão de modificar a natureza jurídica do instituto, que existe em razão do inquérito policial” (*Prisão temporária*, Curitiba, Juruá, 1996, p. 55-60).

⁹¹¹ Cf. V. GRECO FILHO, *Manual de processo penal*, 6.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 272.

A prisão temporária, como medida instrumental, destina-se à tutela do êxito das investigações criminais, na medida em que busca cooperar com a atividade de persecução penal do Estado desenvolvida, em um primeiro momento, pela polícia judiciária. Ademais, a medida restritiva em tela contempla como fim colimado colaborar com a reunião de elementos relativos à responsabilidade por delitos de maior gravidade, coligindo substrato probatório para a promoção da ação penal.⁹¹²

Desta forma, em virtude de sua incidência restrita ao curso das investigações criminais, a prisão temporária distancia das demais prisões de caráter cautelar no tocante ao seu objetivo imediato: enquanto as demais modalidades de prisão provisória orientam-se à tutela efetiva do processo penal e de seu resultado final, a prisão temporária restringe-se a contribuir com o bom andamento das investigações criminais, para reunir o cabedal probatório necessário ao oferecimento da denúncia ou da queixa. Em se tratando de seu caráter acessório, a prisão temporária destina-se a assegurar o eficaz desempenho das investigações policiais, como demonstrado. Já o aspecto provisório encontra-se especialmente demarcado pelos prazos de duração previamente determinados em lei (artigo 2.º, *caput*, da Lei n.º 7.960/1989, e artigo 2.º, parágrafo 4.º, da Lei n.º 8.072/1990).

Outro ponto de relevo para a demonstração da cautelaridade da prisão temporária consiste na indicação dos pressupostos da tutela cautelar. No entanto, esta matéria encontra-se condicionada à interpretação dos dispositivos da Lei n.º 7.960/1989. Isto porque a imprecisão técnica na elaboração do diploma normativo em tela contribuiu para a controvérsia em torno de sua incidência, o que possibilitou o advento de correntes doutrinárias nitidamente repressoras, ao admitirem interpretações meramente literais e uma amplitude inaceitável à prisão temporária como decorrência.

Neste sentido, deve haver uma preocupação com a indicação dos pressupostos cautelares para autorizar esta constrição excepcional à liberdade pessoal. Em primeiro lugar, conforme já destacado, na seara processual penal, descabido referir-se à probabilidade do direito postulado, visto que a determinação da prisão do indiciado ou do

⁹¹² Como anota Jayme Walmer de Freitas: “Por ter vida própria dentro do inquérito policial, a prisão temporária é cautela destinada a legitimar, imediatamente (tutela-meio), a investigação policial e, mediatamente (tutela-fim), angariar substrato material ao órgão acusador para ajuizamento da ação penal” (*Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 99).

suspeito encontra-se submetida unicamente à comprovação por elementos objetivos e constantes dos autos da materialidade do delito e de sua respectiva autoria.⁹¹³

Sendo assim, torna-se imprescindível a demonstração da probabilidade da imputação iminente, constatada mediante dados concretos e objetivos que denotem a autoria ou a participação do indiciado no delito na ocasião imputado. A decretação da prisão temporária deve encontrar – já esta decisão – embasamento em indícios razoáveis de autoria, não se mostrando legítima a prisão para então serem recolhidos os elementos associados à autoria e a à materialidade. Ademais, indispensável que esta cognição sumária realizada pelo juiz alcance não somente a autoria e a participação delitivas, mas também se estenda à materialidade das infrações indicadas no rol do inciso III, do artigo 1.º, da Lei n.º 7.960/1989.⁹¹⁴

A natureza da infração objeto da atividade investigativa constitui importante elemento ao pressuposto ora analisado, de sorte que a exigência do referido dispositivo para a decretação da medida cautelar acaba por restringir as hipóteses de cabimento da prisão temporária exclusivamente aos delitos ali especificados, não se podendo estender a providência restritiva a outras infrações não contempladas pela redação legal, ressalvada a previsão expressa em diplomas normativos posteriores.⁹¹⁵

⁹¹³ Cf. M. Z. de MORAES, *Prisão Temporária*, in *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Op. cit.*, vol III, 2ª ed., p. 922; A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 55-56).

⁹¹⁴ Neste sentido, A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 137.

⁹¹⁵ Neste ponto, insere-se a polêmica instaurada pela Lei dos Crimes Hediondos, no que concerne aos delitos especificados neste diploma e não previstos no rol do artigo 1º, inciso III, da Lei n.º 7.960/1989. A Lei n.º 8.072/1990, ao disciplinar o prazo de duração da prisão temporária para os crimes de seu artigo 1º, o legislador ordinário ampliou o rol de delitos que autorizam a medida, o que ocasionou algumas incompatibilidades. Em primeiro lugar, destaca-se que a Lei dos Crimes Hediondos expressamente consagrou como crime equiparado aos delitos hediondos o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de modo a abranger as figuras descritas nos artigos 33 a 37 da Lei n.º 11.343/2006, ao passo que a Lei n.º 7.960/1989 menciona tão-somente o tráfico de drogas, então disciplinado no artigo 12 da Lei n.º 6.368/1976. Com efeito, assim dispõe o artigo 1º, inciso III, *n*, da Lei n.º 7.960/1989: “Art. 1º. Caberá prisão temporária: (...) III – quando houver fundadas razões de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: (...) *n*) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976)”. Em segundo lugar, o artigo 2º, *caput*, da Lei dos Crimes Hediondos consagra a prática de tortura e o terrorismo como infrações idôneas a possibilitar o decreto prisional na hipótese de prisão temporária, embora não sejam estes delitos mencionados no diploma instituidor desta modalidade de prisão provisória. Em terceiro lugar, o artigo 2º, *caput*, da Lei n.º 8.072/1990, ao mencionar, igualmente, os crimes hediondos, gerou verdadeira celeuma em face do confronto do rol de delitos definidos como hediondos, constante do artigo 1º do mesmo diploma, e do elenco de infrações indicado no artigo 1º, inciso III, da Lei n.º 7.960/1989. Em face dessas problemáticas, Antônio Scarance Fernandes apresenta duas possíveis interpretações. De acordo com um posicionamento mais restritivo, pode-se entender que os crimes passíveis de prisão temporária são somente os apontados na Lei n.º 7.960/1989, partindo-se da premissa de que a intenção do legislador ao instituir o referido artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei n.º 8.072/1990, foi de apenas

Por sua vez, o *periculum libertatis* encontra-se representado nas hipóteses previstas nos incisos I e II, do artigo 1.º, da Lei n.º 7.960/1989, a saber: a) a imprescindibilidade da prisão temporária para as investigações do inquérito policial; b) o indiciado não apresentar residência fixa; c) o indiciado não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Conforme se depreende da interpretação destes dispositivos, a prisão temporária revela-se como o instrumento adequado ao êxito da investigação policial, visando, ainda que de forma mediata, ao resultado de eventual processo judicial. Sem dúvida, a ocasional evasão do suspeito ou do indiciado representa sério risco à reunião de elementos concretos a demonstrar a materialidade e a autoria delitivas nesta fase da persecução penal. Assim, a adoção da medida restritiva igualmente se justifica para congregar subsídios idôneos à instrução de posterior processo penal.

Ademais, nos termos do inciso II deste dispositivo, autoriza-se a decretação da prisão do indiciado que se nega a fornecer elementos necessários à sua identificação, bem como em face da circunstância deste não apresentar residência fixa. Nestes casos, em hipótese de fuga ou evasão do suspeito ou indiciado, dificilmente sua localização seria revelada, conduzindo a um insucesso da investigação policial em curso e à frustração de eventual ação penal, impossibilitando, desta forma, a efetivação da lei penal.

estabelecer um prazo maior de prisão temporária para os crimes ali definidos, desde que igualmente previstos na Lei n.º 9.760/1989 (*Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 323-324). Neste sentido, o entendimento de V. SZNICK, *Liberdade, prisão cautelar ...*, *op. cit.*, p. 483. Outra vertente, mais ampla, concebe a prisão temporária para todos os delitos mencionados no *caput* do artigo 2.º da Lei dos Crimes Hediondos, ainda que não previstos pela Lei n.º 7.960/1989. Justifica-se por não haver qualquer ressalva no preceito, somando-se, ainda, o fato de que a própria Constituição acenou para uma regulamentação diferenciada quanto a estes delitos, em virtude de sua gravidade (Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 323-324). Neste sentido, G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 207, nt. 56; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 248. A polêmica continuará se aprovado o Projeto de Lei n.º 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal. O texto em comento trata da prisão temporária em seus artigos 563 a 566. Em sua redação original, o Projeto reservava a prisão temporária apenas para os delitos punidos com pena máxima igual ou superior a doze anos, ou de quadrilha (artigo 551, parágrafo 1.º), sem tratar de um rol de crimes como se encontra na atual disciplina. O Projeto, com a redação de 07 de dezembro de 2010, traz, novamente, um rol de crimes para a prisão temporária em seu artigo 563. Nota-se uma preocupação em manter uma coerência com a Lei n.º 8.072/1990. Em alguns crimes, o Projeto ampliou o rol da Lei dos Crimes Hediondos, ao não restringir a sua incidência a modalidades qualificadas. No entanto, há delitos rotulados como hediondos que não se encontram previstos (artigo 273, *caput*, parágrafos 1.º, 1-A e 1-B, do Código Penal), o que contribui para continuar a polêmica. Por outro lado, o Projeto também prevê infrações não indicadas na Lei n.º 8.072/1990 como hediondas.

Já a autorização da prisão temporária para atender à imprescindibilidade das investigações do inquérito policial apresenta-se problemática. De fato, nesta hipótese normativa, a situação descrita como *periculum libertatis* não revela a intenção de tutelar a realização das investigações criminais em face do risco representado pela liberdade do indiciado ou do suspeito; ao contrário, a própria liberdade do indivíduo é vista como incompatível com o necessário para a condução das investigações.

Ora, a admissão da prisão provisória em um sistema constitucional assentado na presunção de inocência impõe a esta providência um caráter excepcional e não admite que esta restrição extrema seja carregada ao indivíduo em face da ineficiência estatal na administração da justiça.⁹¹⁶ Ademais, o investigado encontra-se acobertado pela presunção de inocência, que determina tratamento condizente ao seu estado de inocente, e, de igual modo, pelo direito constitucional de permanecer calado (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição de 1988), também não lhe sendo obrigado colaborar com atos que possam lhe ser prejudiciais (*Nemo tenetur se detegere*).⁹¹⁷

Justamente por isto, Aury Lopes Jr. destaca a evidente contrariedade à ordem constitucional desse permissivo legal, pois, em última análise, “(...) pretende disponibilizar o *corpo do suspeito* para que dele disponha a autoridade policial (obrigando-o a participar de reconhecimentos, reconstituições etc.)”, o que revela resquício inquisitório, em que o indivíduo transmutava-se de sujeito a objeto da atuação estatal.⁹¹⁸

⁹¹⁶ Com relação à primazia da liberdade individual sobre a segurança social e o caráter excepcional das restrições à liberdade no Estado Democrático de Direito, v. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 35.

⁹¹⁷ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 137-139. Neste sentido, destaca-se que o Projeto de Lei n.º 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal trata, de modo expresso, da prisão temporária, trazendo esta espécie de prisão provisória para a disciplina do Código. Em seu artigo 563, o texto projetado determina que a prisão temporária “(...) poderá ser decretada, quando não houver outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime, tendo em vista indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação (...)”. Este dispositivo, uma vez aprovado, deverá receber interpretação coerente com a ordem constitucional, nos termos das críticas apresentadas. A imposição da restrição a título cautelar deve ser feita à luz da presunção de inocência e do princípio do *nemo tenetur se detegere*, não se podendo admitir uma prisão para submeter o investigado a “(...) reconhecimentos, acareações, reconstituições etc. deve ser respeitada, pois constitucionalmente garantida, jamais servindo de fundamento para a decretação da prisão temporária”. Nesta esteira, merece destaque o disposto no artigo 563, parágrafo 2.º, do Projeto, que dispõe que: “A medida cautelar prevista neste artigo não poderá ser utilizada com o único objetivo de interrogar investigado” (Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 138).

⁹¹⁸ *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 2009, p. 138-139.

Em suma, a prisão temporária apresenta-se como modalidade de prisão provisória de natureza cautelar, cujos objetivos encontram-se intimamente relacionados com o momento adequado a se adotar a medida. Com efeito, limitada a sua incidência ao curso do inquérito policial, esta providência tem por finalidade instrumentalizar o procedimento inquisitivo, fornecendo amplo material probatório acerca da autoria e da participação em infrações penais entendidas pelo legislador como de maior gravidade, bem como instruir e subsidiar a formação da *opinio delicti*, para um posterior ingresso em juízo.⁹¹⁹

5.5.4. A CAUTELARIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A explanação anterior demonstra, de forma inconteste, o caráter cautelar da prisão temporária.⁹²⁰ Em que pese o mal representado pela segregação pessoal do suspeito ou indiciado, a adoção da medida pode se revelar imperiosa no caso concreto, devendo o magistrado revestir-se de uma convicção segura, embora sumária e urgente, da necessidade da restrição à liberdade em caráter cautelar. Desta forma, a avaliação criteriosa da presença dos pressupostos cautelares sob o crivo da autoridade jurisdicional torna-se imprescindível diante da gravidade e da excepcionalidade da medida.⁹²¹

Como já se destacou, a imprecisão técnica na redação do artigo 1.º da Lei n.º 7.960/1989 não impede que os pressupostos cautelares da prisão temporária, *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, sejam extraídos de seus três incisos. No entanto, esta harmonia entre os preceitos não encontra aceitação unânime na doutrina e na jurisprudência.

Neste sentido, encontram-se entendimentos mais repressores, admitindo como fundamento suficiente para a decretação da medida a presença de qualquer uma das situações previstas nos incisos do artigo 1.º da Lei em comento. Esta incidência alternativa

⁹¹⁹ Neste sentido, observa Jayme Walmer de Freitas: “Repise-se que a prisão temporária congrega duas finalidades bem claras e estratificadas, no auxílio à atividade policial (ou ao Ministério Público), com a investigação e cooperação com o membro do *Parquet* ou querelante no acionamento judicial do suspeito ou indiciado” (*Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 104).

⁹²⁰ Conforme destaca Ada Pellegrini Grinover: “Não há dúvidas de que a prisão temporária admitida na fase investigatória de crimes particularmente graves, nas condições acima elencadas – *referindo-se a autora ao art. 1.º da Lei n.º 7.960/89 e ao art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 8.072/90* –, é providência de natureza cautelar, configurando medida extraordinária e excepcional, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita” (*Limites constitucionais à prisão temporária*, Revista Jurídica Brasileira, n.º 207, jan./1995, p. 35-39).

⁹²¹ Cf. J. W. DE FREITAS, *Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 101.

dos requisitos para a decretação da prisão temporária reflete o pensamento de Julio Fabbrini Mirabete.⁹²² De fato, da primeira leitura deste dispositivo, depreende-se que a prisão temporária pode ser decretada, em sede de investigação policial, em face de toda e qualquer infração, desde que tenha por fundamento qualquer dos incisos I ou II do mencionado dispositivo. Por sua vez, o inciso III refere-se somente às infrações em relação às quais se admite a medida, em grande parte, delitos qualificados como hediondos, consoante decorre da análise do artigo 1º da Lei n.º 8.072/1990, e crimes de maior gravidade.

No entanto, a interpretação literal defendida pelo autor conduz a conclusões inusitadas, tais como a prisão de testemunhas, as quais, embora não indiciadas, revelam-se de extrema importância para o deslinde da investigação policial. Em face de tais considerações, torna-se ainda mais nítida a preocupação em se proceder a uma exegese dos dispositivos deste diploma normativo de forma consentânea às diretrizes constitucionais. Assim, afigura-se distante a possibilidade de se autorizar uma mera interpretação isolada de cada um dos incisos do referido artigo.⁹²³

Esta preocupação refletiu-se no trabalho de Vicente Greco Filho, construindo outra corrente doutrinária, a qual defende a decretação da medida ante a presença de qualquer uma das hipóteses definidas no artigo 1º, da Lei n.º 7.960/1989, desde que conjugadas com os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Conforme anota, em que pesem os motivos determinantes do diploma normativo em questão, a

⁹²² Como observa Julio Fabbrini Mirabete: “Na verdade, a Lei n.º 7.960, se bem examinada, permite, em certas circunstâncias, para a elucidação do crime, até a prisão de testemunha. Nos termos em que está, permite até a prisão de testemunha. Ora, o prazo normal para a prisão temporária é de até cinco dias, prorrogado por igual período, ou seja dez dias. Esse dispositivo é extremamente severo. A nosso ver, é totalitário, porque implica na prisão até por 60 (sessenta) dias, sem que tenha havido sequer início da ação penal, quando se pode ter decretada a prisão preventiva”. Prossegue o autor, referindo-se ao art. 2º, §3º, da Lei dos Crimes Hediondos: “É um dispositivo até demagógico, porque foi elaborado numa época de clamor público e é de violência extraordinária. É uma prisão de 60 (sessenta) dias e até de testemunha. Não acredito que isto possa ocorrer, mas se ocorrer estar obedecendo a Lei”. (*Crimes hediondos – breve análise crítica*, in *Revista Jurídica do Ministério Público*, Associação Mineira dos Procuradores de Belo Horizonte, vol. 13, 1992, p. 45-58).

⁹²³ Como destaca Patrícia dos Santos André, alguns autores têm se pautado pela interpretação de que basta a subsunção da hipótese a apenas um dos incisos do art. 1.º da Lei n.º 7960/89 para que a prisão possa ser adotada. No entanto, como destaca a autora, essa conclusão não pode ser acolhida: “A própria exposição de motivos delimita claramente a esfera de abrangência da lei, dizendo que a medida se aplica “aos crimes graves por ela assim considerados, excluindo-se aqueles de menor gravidade subjetiva”. Vê-se, assim, que o próprio legislador alertou o espírito daqueles que tratariam da aplicação da norma quanto ao âmbito de seu cabimento.” (*Prisão temporária – medida cautelar para crimes leves?* in *RT 691/396*, esp. p. 397).

previsão desta nova modalidade de prisão provisória não pode se furtar de uma análise à luz dos princípios que regem todas as hipóteses de prisão cautelar.⁹²⁴

Desta forma, as situações objetivas ensejadoras da prisão temporária, sob pena de configurarem verdadeira prisão obrigatória, devem ser interpretadas de forma consentânea ao princípio geral da prisão provisória, qual seja, o da necessidade da restrição da liberdade. Assim, as situações disciplinadas nos incisos I, II e III do artigo 1.º, da Lei n.º 7.960/1989, distante de serem interpretadas como presunções absolutas, devem ser revistas em face da necessidade de garantia da ordem pública, da necessidade para a instrução criminal ou de garantia de aplicação da lei penal.⁹²⁵

Em face do sistema constitucional vigente, a prisão provisória não poderá prescindir da efetiva demonstração de sua necessidade. Desta forma, Vicente Greco Filho apresenta uma nova interpretação dos dispositivos do diploma normativo em tela, descartando, em face dos argumentos já apresentados, uma alternatividade dos requisitos. Em seu lugar, propõe o autor uma combinação entre si das referidas hipóteses legais, além de conciliá-las com os pressupostos da prisão preventiva, ainda que tal exegese tenha por finalidade tão-somente impedir a sua decretação no caso concreto.⁹²⁶

Ainda que consistente, esta interpretação acaba por confundir prisões processuais destinadas a servir a distintos objetivos. Embora presente em ambas o caráter instrumental, a prisão temporária revela-se como meio e modo de assegurar o êxito das diligências adotadas no inquérito policial, e, apenas mediatamente, tem em mira o resultado de futuro processo penal, ao passo que a prisão preventiva encontra-se voltada a efetiva tutela do processo, o que se depreende da análise de suas hipóteses autorizadoras.⁹²⁷

⁹²⁴ *Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 271-272.

⁹²⁵ *Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 271 - 272.

⁹²⁶ Para tanto, o autor citado traz um exemplo: “Não teria cabimento toda vez que o indiciado não tivesse residência fixa ou que não fornecesse elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade a prisão fosse automaticamente decretada. *Pode* ser decretada, mas se-lo-á se for imprescindível às investigações do inquérito ou necessária à ordem pública ou à aplicação da lei penal. O mesmo vale para o rol do inc. III. A fundada suspeita de autoria ou participação num dos crimes nele relacionados institui a presunção de necessidade da prisão, mas não será ela automática. Deverá, sempre, o juiz verificar se ela é dotada de necessidade ou, pelo menos, utilidade para as investigações ou para a preservação da ordem pública” (*Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 273).

⁹²⁷ Neste sentido, entende Jayme Walmer de Freitas, destacando que o caráter fluido e indeterminado da garantia da ordem pública, um dos pressupostos da prisão preventiva mais constantemente invocado, permitiria a absorção das hipóteses legais autorizadoras da prisão temporária. No entanto, esta conclusão é de pronto afastada pelo autor, em face da delimitação realizada pela doutrina e pela jurisprudência do conceito de ordem pública, de forma que não se confundem as finalidades da prisão temporária com as situações

Entendimento semelhante encontra-se nos estudos de Rui Cascardi, para o qual a medida em tela não subsiste a uma análise constitucional. De fato, em face da garantia constitucional da liberdade provisória, expressa no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição de 1988, o legislador ordinário não poderia conceber outra modalidade de prisão provisória com menos requisitos do que os reconhecidos à prisão preventiva, verdadeira pedra de toque da tutela cautelar de caráter pessoal. Neste sentido, o autor identifica as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva como “*garantia mínima* do cidadão em matéria de liberdade”.⁹²⁸

Ocorre que, como ressaltado, a nova ordem constitucional e suas garantias relativas à prisão e à liberdade não vedaram, de forma absoluta, a possibilidade de se restringir a liberdade da pessoa no curso da persecução penal. O reconhecimento constitucional da presunção de inocência impõe apenas que toda e qualquer modalidade de intervenção à liberdade individual anterior ao decreto condenatório definitivo ostente um caráter cautelar. Desta forma, não há qualquer impedimento a que a legislação ordinária institua novas espécies de prisão provisória, desde que expressa a sua natureza cautelar.

Ademais, constata-se que as iniquidades de uma interpretação meramente literal e gramatical do texto legislativo acabam por falecer diante da prudência jurisdicional. De fato, conforme o posicionamento de parcela da doutrina, a adoção da medida segregatória demanda uma conjugação dos incisos do artigo 1.º da Lei n.º 7.960/1989, de forma que, para a sua decretação, se torna necessária a presença de um dos delitos elencados no inciso III e a configuração de uma das hipóteses previstas nos incisos

englobadas pelo referido conceito. Como observa o autor: “Repise-se que a prisão temporária congrega duas finalidades bem claras e estratificadas, no auxílio à atividade policial (ou ao Ministério Público), com a investigação e cooperação com o membro do *Parquet* ou querelante no acionamento judicial do suspeito ou indiciado. Em consequência, diante da inexistência de região de conflito entre os pressupostos da prisão temporária e os das demais prisões cautelares, não se cogita da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva para fundamentação da prisão temporária” (*Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 103-104). Neste sentido, discordando da posição de Vicente Greco Filho, M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, op. cit., p. 245-246. Ademais, as observações de Rui Cascardi também indicam o entendimento do autor, no sentido de apartar as duas espécies de prisão provisória: “(...) o intuito do legislador foi o de criar um novo tipo de prisão. É de supor, portanto, que os pressupostos da prisão temporária difiram dos que acabamos de enunciar, referentes à prisão preventiva, como menos exigência para aquele tipo de prisão, de forma a justificá-la.”. No entanto, como será demonstrado, o entendimento esposado por esse autor em muito se assemelha ao pensamento de Vicente Greco Filho, ao dispor que: “(...) convém fazermos mais alguns comentários com o intuito de provarmos que a mesma – *referindo-se à Lei n.º 7.960/89* –, embora tivesse tentado criar um tipo novo de prisão, com menos exigências do que as que se requerem para deferimento da prisão preventiva, na verdade seus dispositivos só podem ser aplicados por um juiz se presentes estiverem, pelo menos, os requisitos do art. 312 do CPP, vale dizer, da prisão preventiva”. (*Prisão temporária – inconstitucionalidade*, in *Revista dos Tribunais*, n. 667, esp. p. 259).

⁹²⁸ *Prisão temporária – inconstitucionalidade*, in *Revista dos Tribunais*, n. 667, esp. p. 261.

I e II. Esta a posição defendida por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró,⁹²⁹ Antonio Scarance Fernandes,⁹³⁰ Ada Pellegrini Grinover,⁹³¹ Antônio Magalhães Gomes Filho,⁹³² Alberto Silva Franco,⁹³³ Jayme Walmer de Freitas,⁹³⁴ Fernando da Costa Tourinho Filho⁹³⁵ e Patrícia dos Santos André.⁹³⁶

⁹²⁹ O autor defende que: “(...) não é possível a decretação da custódia temporária com base apenas em um dos incisos do art. 1.º da referida lei. De outro lado, a prisão temporária somente tem cabimento no caso de investigação de um dos delitos previstos no inc. III do art. 1.º da Lei n.º 7.960/1989. Além do inciso III, que caracteriza o *fumus commissi delicti*, também se faz necessária a ocorrência de uma das hipóteses previstas, ou no inciso I, ou no inciso II, que consubstanciam o *periculum libertatis*” (*Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 207).

⁹³⁰ Neste sentido, entende o autor: “Assim, não é possível exegese no sentido de ser bastante o preenchimento de um só dos requisitos dos três incisos para a prisão temporária. Seria, com esse entendimento, cabível, com fundamento exclusivo no n. I do art. 1.º, em qualquer infração penal, se houvesse a necessidade para a investigação. Bastaria que alguém não tivesse residência fixa e em qualquer infração penal poderia ser preso, com base no inc. II do art. 1.º. É mister outra leitura desse art. 1.º, por meio da qual não se perca de vista a natureza cautelar de toda prisão durante a investigação ou durante o processo, sendo trabalho do intérprete verificar se ele contempla, em seus três incisos, as exigências do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*, ajustando-se, assim, a prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade” (*Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 321-322).

⁹³¹ Como sustenta a autora: “Ora, com relação à prisão temporária criada pela Lei 7.960/89, assim como é certo que sua instituição não configura ofensa à Constituição (...) Isso demanda uma interpretação da lei que não esteja em desacordo com os princípios e normas constitucionais que regem qualquer espécie de prisão cautelar. Assim, em primeiro lugar, a prisão temporária só poderá ser imposta na fase investigatória dos crimes taxativamente elencados pelo art. 1.º, III, da lei (princípio da legalidade estrita). Será ainda imprescindível que se verifiquem os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*. A plausibilidade do direito invocado (*fumus*) está configurada na lei como a presença de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes acima referidos (art. 1.º, III). O risco para o processo (*periculum*) vem caracterizado pela própria imprescindibilidade para as investigações (art. 1.º, I) e pela circunstância de o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1.º, II)” (*Limites constitucionais à prisão temporária*, Revista Jurídica Brasileira, n.º 207, jan/1995, p. 35-39).

⁹³² Em obra conjunta com Ada Pellegrini Grinover e Antônio Scarance Fernandes: “A redação dada ao art. 1.º da Lei 7.960/89 pode ensejar dúvidas de interpretação quanto à necessidade da presença concomitante ou isolada dos três requisitos ali elencados. Não parece razoável entender que a existência de apenas um desses requisitos autorizaria a medida, pois assim haveria uma espécie de prisão temporária obrigatória para os crimes mencionados no inciso III; também não se poderia aceitar que a imprescindibilidade para a investigação (inciso I) ou a ausência de residência fixa ou ocultação de identidade do investigado (inciso II) pudessem, isoladamente, autorizar a medida, inclusive para os crimes referidos no inciso III. Por outro lado, se fosse exigida a presença concomitante das três condições, a medida estaria circunscrita a casos raríssimos, em que, ao lado da necessidade para a investigação, o suspeito também fosse pessoa de identidade duvidosa ou de domicílio incerto. Sendo assim, a melhor exegese, até porque consentânea com os princípios constitucionais do processo, preconiza a cumulação de um dos requisitos previstos nos incisos I e II (caracterizadores do *periculum libertatis*) com a condição do inciso III, que configura o *fumus boni iuris*” (*As nulidades no...*, *op. cit.*, p. 363-364).

⁹³³ *Crimes hediondos*, 4.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 360-361.

⁹³⁴ *Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 124.

⁹³⁵ “A doutrina e o direito pretoriano deixaram de lado a interpretação gramatical do texto legal e restringiram a medida odiosa apenas àqueles crimes enumerados no inciso III supracitado (do art. 1.º, da Lei n.º 7.960/89). Em face dessa interpretação, temos: 1) a prisão temporária deverá ficar contida no círculo restrito daquelas infrações elencadas no inciso III do art. 1.º do citado diploma; 2) o juiz somente poderá decretá-la, mercê de uma representação da Autoridade Policial ou de um requerimento do Ministério Público quando houver *fundadas razões* pertinentes à autoria ou participação; 3) é preciso se demonstre seja a medida imprescindível às investigações policiais ou; 4) não tenha o indiciado residência fixa, ou, ainda, que possua domicílio certo, não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; 5) a medida odiosa poderá ser decretada no máximo até 5 (cinco) dias, prazo esse prorrogável por mais 5 (cinco) dias, a não ser que se trate

Em interpretação coerente à ordem constitucional, há autores que defendem uma incidência conjunta dos incisos do artigo 1.º da Lei n.º 7.960/1989, de sorte a admitir a decretação da prisão temporária tão-somente mediante a reunião do inciso III, que traz o rol taxativo de delitos que a admitem, e do inciso I. Conforme este entendimento, a circunstância de não ter o indiciado residência fixa e não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade revela-se meramente contingencial. Deste modo, a atuação isolada deste preceito, bem como a sua combinação somente com o inciso I ou somente com o inciso III, não se mostra consistente com a cautelaridade necessária a esta restrição. Ademais, a inserção do inciso II termina se mostrando redundante, já que resta absorvida pela “imprescindibilidade para as investigações” do inciso I.⁹³⁷

Em termos de interpretação condizente com o princípio constitucional da presunção de inocência, os entendimentos que defendem a incidência cumulativa dos incisos revelam-se os mais aceitáveis. Como demonstrado, a constitucionalidade de toda espécie de prisão provisória encontra-se condicionada à demonstração concreta de seu caráter cautelar.

Em que pese a redação do dispositivo, uma análise precisa e conjunta das hipóteses legais autorizadoras da medida denotam a presença dos pressupostos cautelares, de sorte que somente advirá o decreto prisional se houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nas infrações de maior gravidade, arroladas em seu inciso III – a denotar o denominados *fumus commissi delicti* -, e desde que sua segregação seja necessária para o sucesso das investigações policiais e/ou justifique-se diante da negativa

de crime hediondo, quando, então, o prazo será de trinta com prorrogação por igual período, nos termos do art. 2º, §3º, da Lei n.º 8.072/90” (*Processo penal*, vol. III, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 470-471).

⁹³⁶ “Assim, a primeira e fundamental premissa a estabelecer é a de que a prisão temporária se aplica apenas aos crimes previstos no inc. III, do art. 1.º da lei. Só a gravidade abstrata desses delitos poderia justificar medida tão excepcional (cf. o disposto no art. 5.º, LIV e LXI da CR). Admitir a sua aplicação com relação aos supostos autores de delitos menores seria transformar em geral o caráter extraordinário dessa modalidade de prisão. A segunda premissa está em que, tendo natureza cautelar, a medida pressupõe, para ser aplicada, a concorrência dos requisitos do *fumus boni iuris* (indiciado no inc. III) e do *periculum in mora* (incs. I e II). (...) Em síntese, para análise do cabimento da prisão temporária, dever-se-á ater para a presença indispensável dos requisitos do inc. III do art. 1.º da Lei 7.960/89 e, ao depois, pela presença, alternada ou cumulativa dos requisitos previstos nos ns. I e II do mesmo dispositivo legal”. (*Prisão temporária – medida cautelar para crimes leves?* in *Revista dos Tribunais* n. 691, p. 398).

⁹³⁷ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 139-140; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no...*, op. cit., p. 246.

do indiciado em fornecer elementos idôneos ao esclarecimento de sua identidade ou, ainda, não apresentar residência fixa – a indicar o *periculum libertatis*.⁹³⁸

Ademais, a exigência constante do inciso III faz com que a prisão temporária permaneça restrita somente aos crimes ali definidos, os quais se revelam como infrações de maior gravidade, justificando uma postura mais rigorosa por parte do legislador ordinário. Neste sentido, ainda que não se convalidem as flagrantes inconstitucionalidades do diploma normativo, a interpretação ora apresentada afigura-se como a mais razoável, uma vez que os crimes selecionados caracterizam, de fato, delitos de maior ofensividade a bens jurídicos relevantes, em sua maioria qualificados como crimes hediondos, excluindo aqueles de menor repercussão social e jurídica, dada sua escassa gravidade.⁹³⁹

5.6. LIBERDADE PROVISÓRIA⁹⁴⁰

5.6.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Na esteira das considerações anteriores, a previsão constitucional da liberdade provisória insere-se, de igual modo, em um contexto maior de direitos e de garantias individuais que colaboram na consecução de um processo penal justo, em que se busca, primordialmente, alcançar o equilíbrio entre a liberdade individual e a segurança social.

⁹³⁸ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 322. Há entendimento no sentido de ser a concomitância dos três incisos excessiva, em face da dificuldade prática de sua reunião. Isto reservaria a prisão temporária para hipóteses de rara ocorrência. Com efeito, a obrigatoriedade da presença das três hipóteses legais impediria, por exemplo, a sua decretação quando o suspeito ou indiciado apresentasse residência fixa ou fosse prontamente identificado, pois ausente o requisito do inciso II. Por isso, a fim de não tornar inaplicável o instituto, basta que se configure uma das hipóteses descritas nos incisos I e II, cumulada ao inciso III, cuja presença é obrigatória. Como destaca Patrícia dos Santos André, quando o legislador subordina a produção de determinadas consequências jurídicas à ocorrência de requisitos por ele enumerados, a depender da redação do texto legal, essa norma jurídica poderá estar a exigir a incidência de apenas uma ou de todas as condições previstas. No caso da Lei n.º 7.960/89, a exigência de condições cumulativas deve ser de pronto afastada: “(...) uma vez que, nesse caso, a medida só teria lugar quando, a um só tempo, concorressem todas as seguintes condições: a) o indiciado fosse pessoa de identidade desconhecida e domicílio incerto; b) a prisão fosse “imprescindível para as investigações do inquérito policial”; c) existissem “fundadas razões de, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” em um dos crimes elencados na referida lei. Bastaria a exigência, em todos os casos, da primeira condição (identidade desconhecida ou domicílio incerto) para reduzir a área de incidência da prisão temporária a casos de rara configuração. A exigência cumulativa dos demais requisitos a tornaria praticamente inaplicável”. (*Prisão temporária – medida cautelar para crimes leves?*, in *Revista dos Tribunais* n.691, esp. p. 396).

⁹³⁹ Cf. J. W. DE FREITAS, *Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 121. Neste ponto, ressalta-se que o Projeto de Lei n.º 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal, tratará de modo expresso da prisão temporária, trazendo esta espécie de prisão provisória para a disciplina do Código.

⁹⁴⁰ Sobre a vedação legal à concessão de liberdade provisória, v. Capítulo 6.

5.6.2. CRÍTICAS À EXPRESSÃO “LIBERDADE PROVISÓRIA”

É certo que a expressão liberdade provisória não se apresenta adequada, como destaca Antônio Scarance Fernandes, apesar de consagrada na Constituição e no Código de Processo Penal. De fato, prossegue o autor, esta expressão traduz “a idéia de uma liberdade que pode, a qualquer momento, vir a cessar”.⁹⁴¹ Mais do que isto, como observa Aury Lopes Júnior, a menção à liberdade “provisória” revela o feitio autoritário que determina a disciplina do Código de Processo Penal.⁹⁴² Ademais, este estado de liberdade provisório não se coaduna a um sistema norteado pelo princípio da presunção de inocência do imputado, em que quaisquer restrições a seus direitos individuais anteriores ao pronunciamento jurisdicional definitivo devem ser encaradas como situações excepcionais.

Desta forma, a referência à liberdade provisória apresentar-se-ia como uma verdadeira contradição em termos, pois a liberdade representa o estado natural do ser humano, ao qual não se pode atribuir um caráter provisório ou condicional, destacando-se como transitória tão-somente a prisão. Em face disto, outras fórmulas são invocadas pela doutrina para denominação do instituto, preferindo alguns autores expressões como ‘liberdade vinculada’,⁹⁴³ ‘liberdade limitada’ ou ‘submissão do acusado’⁹⁴⁴ àquela consolidada em nosso ordenamento jurídico.⁹⁴⁵

⁹⁴¹ *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 334.

⁹⁴² *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 155. De fato, como explica o autor, a denominação liberdade provisória coaduna-se com a sistemática autoritária do Código de Processo Penal de 1941, que determinava, inclusive, hipóteses de prisão preventiva obrigatória. Neste contexto de prisão “cautelar” obrigatória, como observa o autor, a liberdade, de fato, era “provisória, precária” (*Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 155). A resistência em se admitir a manutenção da prisão provisória como regra já despontava anteriormente à Constituição de 1988, tendo encontrado com o advento desta explícito embasamento normativo impulso para guinada no tradicional raciocínio. Consoante destaca Antônio Scarance Fernandes: “O raciocínio agora deve ser outro. A regra deve ser a de que o acusado, presumido inocente, fique em liberdade durante o processo, só se admitindo a prisão em situações excepcionais” (*Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 339).

⁹⁴³ Como destaca o Antônio Scarance Fernandes: “Melhor seria falar em liberdade vinculada. O réu fica em liberdade, mas sujeito a vínculos com o processo. Tem ele ônus processuais, de maior ou menor profundidade, que, se descumpridos, podem fazer cessar o estado de liberdade, vindo a ser determinada a prisão.” (*A fiança criminal e a Constituição Federal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 670, esp. p. 255)

⁹⁴⁴ Estas duas últimas expressões são referidas por Weber Martins Batista ao citar as sugestões de Cernelutti para a denominação do instituto. (*Liberdade provisória, op. cit.*, p. 38). Manzini, lembrado por Fernando da Costa Tourinho Filho, também alude a um “estado de liberdade limitada pelos escopos do processo penal”. (*Processo penal*, vol. III, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 512).

⁹⁴⁵ Como destacam Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antônio Garcia Baz: “a denominação ‘liberdade provisória’, na verdade, é alvo de sérias críticas na doutrina. Ora é chamada de ‘custódia’, para diferenciá-la da prisão decorrente de sentença que aplica pena; ora é denominada ‘contracautela’, como visto mormente quando decorrente da fiança; ora é vista como ‘cautela originária’, nas hipóteses em

Ocorre que, em que pese a tutela a esse direito fundamental, a necessidade de se adotar medidas restritivas de caráter pessoal como instrumentos para a eficaz realização da justiça denota a exigência do qualificativo em questão - *provisória*.⁹⁴⁶ Trata-se, de fato, de uma liberdade revogável, porque sujeita a ônus e a compromissos de natureza e caracteres vários, os quais, uma vez descumpridos, conduzem à determinação de sua prisão.

Desta forma, deve-se entender que a restrição não se diz *provisória*, porque concedida àquele que se encontra submetido à persecução penal, podendo vir a ser recolhido em virtude de prisão preventiva, ainda, quando definitivamente condenado, vir a ser preso.⁹⁴⁷ A provisoriedade, como sintetiza Weber Martins Batista, relaciona-se à sua condição durante o processo, e não ao fim deste.⁹⁴⁸

5.6.3. NATUREZA JURÍDICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória encerra medida nitidamente cautelar em prol da liberdade pessoal do imputado no curso da persecução penal, sendo admitida para fazer cessar a prisão provisória legal ou para impedir a restrição em casos em que esta ser mostrar necessária. Nota-se que a liberdade provisória, com ou sem fiança, revela-se como importante instrumento disciplinado pela lei processual para assegurar a inviolabilidade da liberdade pessoal do réu, enquanto o processo se desenrola.⁹⁴⁹

que se refere ao réu solto. Também já foi preferida a denominação ‘liberdade vinculada’. No entanto, os próprios autores apresentam os inconvenientes das denominações apontadas: “Essas denominações sugeridas pela doutrina também não se mostram isentas de críticas, todavia. ‘Custódia’, como sinônimo de vigilância, na atual ordem constitucional, se aplica propriamente à prisão provisória e não à liberdade provisória, aquela excepcional, ante a presunção de inocência que vigora até passar em julgado a sentença penal. A ‘contracautela’ ou a ‘cautela’, além dos aspectos supra apontados, sugerem institutos de outro ramo do direito. ‘Liberdade vinculada’, em razão dos ônus processuais, de maior ou menor amplitude, que se descumpridos, teriam o condão de fazer cessar o estado de liberdade, vindo a ser determinada a prisão, também não se consubstancia na melhor denominação, porquanto a vinculação do agente ao processo existe sempre, de forma independente da perspectiva de final prisão. Há hipótese em que ele se livra solto, isto é, pode permanecer em liberdade durante o processo sem a necessidade de prestar fiança ou pleitear liberdade provisória sem fiança – e se dá por diversos mecanismos que atingem a esfera jurídica do acusado, tais como o risco de declaração da revelia, a maior probabilidade de condenação pelo não exercício pleno das prerrogativas da ampla defesa, etc.” (*Fiança criminal e ...*, *op. cit.*, p. 18).

⁹⁴⁶ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 334.

⁹⁴⁷ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 334; e W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 38.

⁹⁴⁸ *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 38.

⁹⁴⁹ Cf. J. F. MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, 2ª ed., Campinas, Millennium, p. 125.

A concessão da liberdade provisória pressupõe, por certo, um estado coercitivo concreto ou potencial em relação ao imputado. Como demonstrado, a ordem constitucional vigente, orientada pelo princípio da presunção de inocência, elenca como critério fundamental de toda e qualquer intervenção em direitos individuais a proporcionalidade e, na hipótese de prisão provisória, a observância de seu caráter de *ultima ratio*.

Desta forma, caso a prisão provisória não se mostre imprescindível para garantia dos escopos do processo e para a efetividade de seus resultados, o recurso à liberdade provisória revela-se como medida de rigor, por assegurar os interesses processuais com imposições menos gravosas ao *status libertatis* individual.

Não obstante a ausência de uma sistematização legal, tal como se nota em sistemas processuais estrangeiros, a unidade dos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição impõe uma graduação entre as medidas cautelares, conferindo um verdadeiro direito subjetivo ao imputado à medida coercitiva mais promissora à sua liberdade de locomoção. Com efeito, não cabe ao juiz deferir uma liberdade sujeita a ônus mais gravosos, quando restrições menos intensas figurar-se-iam suficientes à garantia dos escopos processuais; ademais, inadmissível sujeitá-los a quaisquer obrigações, quando sua situação enquadra-se nas hipóteses de liberdade provisória sem vínculos.⁹⁵⁰

Há controvérsia doutrinária em torno da natureza jurídica da liberdade provisória. José Frederico Marques refere-se à liberdade provisória como contracautela destinada a eliminar os danos ao direito de liberdade resultantes da prisão cautelar. Assim, a medida apresentaria um caráter instrumental negativo, relativamente às providências cautelares representadas pela prisão provisória, e um caráter instrumental positivo, por configurar-se afirmação do *ius libertatis*.⁹⁵¹

Ademais, a liberdade provisória, principalmente quando decorrente de fiança, é entendida por muitos como contracautela, em contraposição à prisão provisória. Assim, o pagamento da caução pelo acusado ou suspeito da prática de uma infração penal

⁹⁵⁰ Cf. W. M. BATISTA, *Liberdade Provisória*, *op. cit.*, p. 36-37. Com relação à necessidade de um “sistema cautelar polimorfo”, que não se prenda à bipolaridade prisão-liberdade, A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 156; A. LOPES JÚNIOR, *Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 - e mais algumas preocupações*, in *Boletim IBCCRIM*, v. 18, ed. esp., ago./2010, p. 07-09.

⁹⁵¹ *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Campinas, Millennium, 2000, p. 129.

cessaria a cautela decorrente da prisão provisória, apresentando-se, portanto, como uma contracautela. Desta forma, a liberdade provisória mediante fiança apresentaria caráter essencialmente cautelar somente quando prestada pelo réu que se encontrava solto.⁹⁵²

Em sentido contrário Antonio Scarance Fernandes ressalta a natureza cautelar da liberdade provisória mediante fiança, acompanhando, em sua essência, as demais medidas cautelares pessoais relativas à prisão e à liberdade provisória. De fato, conforme leciona o autor, o entendimento da fiança como contracautela decorria do sistema constitucional anterior, em que prevalecia como regra o cerceamento do indivíduo preso em flagrante, sendo a liberdade obtida por meio do pagamento da fiança, permitida somente em determinadas hipóteses.⁹⁵³

O reconhecimento do estado de inocência do imputado demanda uma revisão da anterior sistemática, que restringia a liberdade durante o processo a hipóteses excepcionais. A nova ordem constitucional determina a prevalência da liberdade, reservando à prisão provisória a casos taxativos e restritos.⁹⁵⁴

5.6.4. ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA

O sistema processual penal brasileiro reúne as hipóteses de liberdade provisória em duas espécies fundamentais, a saber: a liberdade provisória vinculada e a liberdade provisória não vinculada.⁹⁵⁵ Neste sentido, a liberdade vinculada compreende aquela concedida mediante fiança, bem como a determinada sem esta garantia, nas

⁹⁵² Como destacam Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antônio Garcia Baz: “A liberdade provisória com fiança já foi vista como uma contracautela, em contraposição à prisão provisória. A prisão em flagrante delito do indiciado seria uma cautela para a regular tramitação do processo penal, e sua cessação exigiria uma contracautela, representada pela fiança. Essa concepção, se aceitável outrora, em época que vigorava a regra da necessidade da manutenção da prisão em flagrante do réu durante o processo, não prevalece diante da ordem constitucional hodierna, pois existe agora expressa presunção de não culpabilidade durante o processo penal, aonde o réu somente por exceção deve permanecer preso enquanto tramitar o feito, um vero rigor extremo reservado tão-somente para aqueles casos em que a hipótese fática revelar a necessidade absoluta de custódia. O instituto tem natureza cautelar atinente à liberdade do imputado.” (*Fiança Criminal e ..., op. cit.*, p. 18).

⁹⁵³ *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 339. Ainda, R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ..., op. cit.*, p. 309, nt. 2; L. O. DE O. ROCHA e M. A. G. BAZ, *Fiança criminal e ..., op. cit.*, p. 19. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró entende que a liberdade provisória é uma medida cautelar. Já no caso de prisão em flagrante, a liberdade provisória atua como uma contracautela, isto é, uma medida substitutiva da prisão em flagrante delito, que se apresenta como medida cautelar (*Direito processual penal*, Tomo II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 215-216).

⁹⁵⁴ Neste sentido, A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ..., op. cit.*, p. 155; A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 339.

⁹⁵⁵ Cf. R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ..., op. cit.*, p. 318; A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 334; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ..., op. cit.*, p. 132.

hipóteses do artigo 310, *caput* e seu parágrafo único, e do art. 350, ambos do Código de Processo Penal.

A liberdade provisória não vinculada vem estatuída no artigo 321 do Código de Processo Penal, e trata-se da hipótese em que, ao acusado, foi atribuída a prática de infração a qual não é cominada pena privativa de liberdade, de modo isolado, cumulativo ou alternativamente, ou esta não ultrapassa, em seu limite máximo, 3 (três) meses.⁹⁵⁶ Esta hipótese restou esvaziada em face do advento da Lei n.º 9.099/1995, que determina a não imposição de prisão em flagrante delito, ou a exigência de fiança, ao autor do fato que, após a lavratura do termo, comparecer ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Embora não tenha ocorrido a revogação do dispositivo, sendo admissível a sua incidência em hipóteses limites, houve, sem dúvida, uma redução de sua aplicação.⁹⁵⁷

A liberdade provisória mediante fiança caracteriza-se pela prestação de uma caução pelo réu ou indiciado, acompanhada pela assunção de um compromisso perante a autoridade jurisdicional ou policial, de cumprir as obrigações determinadas em Lei. Esta modalidade de liberdade provisória impõe ao indivíduo o dever de prestar a caução devidamente arbitrada, vinculando-o, por outro lado, ao cumprimento das obrigações que lhe são impostas por Lei, razão pela qual se denomina, também, liberdade provisória vinculada, com garantia.

5.6.5. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA

Adotada em diversos sistemas processuais penais, a liberdade provisória mediante fiança consiste na prestação de uma caução pelo imputado, a fim de permanecer em liberdade até pronunciamento jurisdicional definitivo, mediante a garantia de que cumprirá as determinações fixadas em lei, atendendo às notificações

⁹⁵⁶ O artigo 321 do Código de Processo Penal trata de determinadas situações, em que o acusado não poderá livrar-solto. No caso, o dispositivo em comento remete para as hipóteses do artigo 323, inciso III, reincidência em crime doloso, e inciso IV, quando provar-se ser o acusado vadio. Como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, estas exceções não subsistem em face de uma análise de proporcionalidade. De fato, se ao imputado não será atribuída uma pena privativa de liberdade a ser efetivamente cumprida ao final do processo, não se sustenta, à luz da proporcionalidade, a determinação do diploma processual penal, no sentido de manter a prisão em flagrante delito. A restrição à liberdade, nestes casos, não se justifica “(...) ante a necessidade de proporcionalidade e provisoriedade da prisão cautelar” (*Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 219).

⁹⁵⁷ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 219.

para atos do inquérito, da instrução criminal e do julgamento; sujeitando-se à execução de eventual condenação que lhe for imposta; satisfazendo, inclusive, obrigações pecuniárias que vierem a ser-lhe atribuídas, como expressão de sua responsabilidade.

O instituto da fiança, regulamentado nos artigos 322 a 350 do Código de Processo Penal, desponta como direito subjetivo do indivíduo, de índole constitucional, assegurado, expressamente, no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição.⁹⁵⁸ O diploma processual penal, por sua vez, especifica as hipóteses de sua inadmissibilidade, de modo que ao réu é assegurado o direito à liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, desde que não esteja inserido nas vedações legais.⁹⁵⁹ Ausente, portanto, qualquer das hipóteses legais de não cabimento da fiança, admite-se que a prisão em flagrante possa ser substituída por outra medida cautelar, representada pela fiança.

Como já ressaltado, o diploma processual penal vigente optou por definir as hipóteses de não cabimento da fiança. Estas se encontram disciplinadas nos artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal. Entre estas hipóteses, menciona-se o inciso V, do artigo 323, do Código de Processo Penal, que declara serem inafiançáveis os crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça. Trata-se de hipótese acrescentada pela Lei n.º 6.416/1977, disciplinando mais duas condições de inafiançabilidade aos crimes apenados com reclusão, a saber: a) crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público; b) crimes punidos com reclusão cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

⁹⁵⁸ Consoante dispõe o art. 5º, inciso LXVI, da Constituição: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”.

⁹⁵⁹ A disciplina legal relativa à concessão de fiança encontra tratamento particular em diversos diplomas processuais penais, optando o legislador brasileiro pela especificação das hipóteses de não cabimento da fiança, de sorte que o imputado terá direito à liberdade provisória mediante fiança se a sua situação pessoal não refletir quaisquer das hipóteses legais. Certamente, o legislador ordinário poderia ter optado por admitir a liberdade provisória mediante fiança em qualquer delito, bem como condicionar seu deferimento a um juízo discricionário por parte do juiz.

A própria opção do legislador por punir determinadas infrações com reclusão denota a maior gravidade destas para o meio social, que refletem a ofensa e a transgressão a normas protetoras de bens de alta valoração jurídico-social. Ao definir a presente hipótese de inafiançabilidade, o legislador acrescentou a esta característica a circunstância de tais infrações apresentarem uma larga repercussão em meio coletivo, indicando a séria ofensa à ordem pública, ou, ainda, a circunstância de terem sido tais delitos cometidos mediante violência física ou grave ameaça à pessoa.⁹⁶⁰

Esta última referência é de fácil definição, não apresentando maiores controvérsias. O mesmo não sucede quanto à primeira circunstância, incidindo, neste momento, as críticas à indeterminação e a amplitude dos conceitos eleitos pelo legislador, quando do tratamento da prisão preventiva. De fato, deve-se atentar para não tomar por clamor público o julgamento precipitado e, muitas vezes manipulado e injusto, realizado pela população.⁹⁶¹ Neste ponto, importante conferir uma correta interpretação da atuação da mídia, de forma a identificar uma mera divulgação sensacionalista.

O clamor público refere-se à indignação, comoção, descontentamento, revolta que o cometimento do delito desperta na população local.⁹⁶² Destarte, cabe a prudência do juiz definir as hipóteses de aplicação do referido dispositivo. Por certo, esta hipótese não apresentará maiores problemas, já que grande parte dos crimes que acarretam este clamor público apresenta pena mínima elevada, superior a dois anos, que não permite a fiança.⁹⁶³

O artigo 324 do Código de Processo Penal também trata das hipóteses de inafiançabilidade. Interessa a análise do inciso IV, que não admite fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal). Ora, como já dito, a prisão preventiva revela-se a pedra angular da prisão provisória, informando todo o sistema processual relativo às medidas cautelares de caráter pessoal. Desta forma, verificando-se a necessidade da restrição à liberdade pessoal

⁹⁶⁰ Cf. F. DA C. TOURINHO FILHO, *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul.-set. 1994, p. 84-85.

⁹⁶¹ Cf. V. GRECO FILHO, *Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 288.

⁹⁶² *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul.-set. 1994, p. 85.

⁹⁶³ *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul.-set. 1994, p. 85.

para o resguardo da ordem pública, da instrução criminal ou de eventual execução da pena, inadmissível a fiança.

5.6.6. A REFORMA PROCEDIDA PELA LEI N.º 6.416./1977 E A RELEVÂNCIA DA FIANÇA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL VIGENTE

O sistema original adotado pelo Código de Processo Penal de 1941 experimentou significativas alterações com a reforma introduzida pela Lei n.º 6.416, 24 de maio de 1977. Este diploma normativo, conhecido por “Lei Fleury”, promoveu verdadeira revolução na matéria relativa à prisão e à liberdade provisória, refletindo a preocupação recorrente nos sistemas processuais modernos de conciliar suas regras processuais penais às normas de proteção à liberdade individual, definidas nas Constituições democráticas e em tratados internacionais de direitos humanos.⁹⁶⁴

A reforma introduzida pelo diploma normativo em questão representou a mais liberal incursão do legislador brasileiro em matéria de liberdade provisória. Como destaca Weber Martins Batista, a modificação trazida pela Lei n.º 6.416/1977 pode-se dizer radical, pois com esta se alcançou “a plenitude do liberalismo em matéria de liberdade individual”, exatamente quando o país experimentou um regime dito de exceção.⁹⁶⁵ Certamente, a ideologia política reinante, ainda que não se apresentasse a mais liberal, permitiu uma importante conquista para a defesa da liberdade individual, reservando, de forma expressa, a incidência do poder coercitivo estatal, representado pela prisão provisória, para hipóteses de estrita e comprovada necessidade.

De fato, a adoção do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal representou a afirmação do caráter cautelar da manutenção da prisão em flagrante. O legislador, ao dispor que o juiz poderá conceder ao indivíduo liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, quando verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, reafirmou para a prisão decorrente do flagrante o princípio fundamental de toda e qualquer providência cautelar: a necessidade da medida.⁹⁶⁶

⁹⁶⁴ Cf. W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, op. cit., p. 57.

⁹⁶⁵ *Liberdade provisória*, op. cit., p. 59.

⁹⁶⁶ Neste sentido, W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, op. cit., p. 73.

Ademais, de acordo com a nova determinação legal, também a prisão decorrente do flagrante demanda uma consideração judicial acerca da imprescindibilidade da manutenção da prisão, seja para atender à garantia da ordem pública, seja para a manutenção da segurança social ou, ainda, para eficaz realização dos interesses da justiça.⁹⁶⁷

Portanto, antes da reforma mencionada, a concessão de liberdade provisória vinculada, porém sem fiança, encontrava-se restrita à situação definida no artigo 310, *caput*, do Código de Processo Penal.⁹⁶⁸ Neste caso, verificando o juiz, pelo auto de prisão em flagrante, a ocorrência de quaisquer das causas excludentes de ilicitude definidas no artigo 23 do Código Penal, poderia conceder ao acusado ou indiciado⁹⁶⁹ liberdade provisória, independente da prestação de uma garantia de natureza pecuniária, sujeitando-se somente ao compromisso de comparecer a todos os atos do processo sob pena de revogação. Indiferente, portanto, a natureza da infração, se afiançável ou não. Assim, lograva o imputado permanecer em liberdade, mas restava atado ao processo, vinculado até o pronunciamento jurisdicional final.

O preceito liberal inserido pela Lei n.º 6.416/1977 venho estender o âmbito de atuação da liberdade provisória sem fiança, determinando a sua concessão sempre que o juiz, pelo auto de prisão em flagrante, verifique a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, discriminadas nos artigos 311 e 312, ambos do diploma processual penal. As circunstâncias que a autorizam, portanto, revelam-se como a pedra de toque de toda e qualquer prisão provisória.⁹⁷⁰

Justamente por estas mudanças, a importância da liberdade provisória mediante fiança apresenta-se, atualmente, muito reduzida.⁹⁷¹ Esta circunstância decorre, como é de se constatar, do sistema ordenado pelo legislador brasileiro, sem qualquer atenção à proporcionalidade, que deve nortear o tratamento das medidas relativas à prisão e

⁹⁶⁷ *Liberdade provisória*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 60.

⁹⁶⁸ O artigo 310 do Código de Processo Penal dispõe que: “Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.”

⁹⁶⁹ O dispositivo menciona a palavra réu, mas como destaca Weber Martins Batista, o termo empregado não impede que a providência seja adotada até mesmo na fase pré-processual. (*Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 65).

⁹⁷⁰ Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 136.

⁹⁷¹ Cf. W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 60-61; A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 342.

à liberdade.⁹⁷² O magistrado, como se sabe, deve optar sempre pela providência que se revelar mais adequada, em face de sua natureza e intensidade, ao caso concreto. Ademais, devem ser consideradas a gravidade do delito e as sanções a este cominadas.

Como demonstrado, estes preceitos acabaram subvertidos pela reforma em questão. Em primeiro lugar, a liberdade provisória instituída pelo parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal apresenta-se menos gravosa para o imputado, já que não exige caução, impondo somente o vínculo de comparecimento aos atos do processo. A liberdade provisória mediante fiança comporta mais encargos, disciplinados nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal.

Em segundo lugar, a liberdade provisória de que se trata não se encontra submetida às vedações legais estatuídas para a concessão de fiança. Sua admissão resta submetida tão-somente à inexistência dos pressupostos da prisão preventiva. Assim, seu âmbito de aplicação revela-se maior, o que pode, inclusive, conduzir a sérias incongruências. Por exemplo, ao acusado pela prática de uma infração grave, cuja pena mínima cominada seja superior a dois anos, já não poderá ser concedida a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança. No entanto, poderá, o que é melhor, defender-se em liberdade, valendo-se da liberdade provisória sem fiança, mediante o simples compromisso de comparecimento aos atos do processo.

Desta forma, no contexto atual do Código de Processo Penal, a importância da liberdade provisória mediante fiança encontra-se restrita a situações excepcionais, em que a concessão da fiança pode representar uma vantagem para o imputado.⁹⁷³ As incongruências decorrem das “reformas pontuais” do diploma processual penal, que inserem, no sistema cautelar, “paradoxos e dicotomias” insuperáveis.⁹⁷⁴ Com estas modificações, o instituto da fiança teve demasiadamente reduzida a sua utilidade, sendo restritos os casos em que a fiança pode se mostrar de valia para a situação do imputado.⁹⁷⁵

⁹⁷² Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 342.

⁹⁷³ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 342-343; R. P. DE C. BARROS, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 311.

⁹⁷⁴ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 163.

⁹⁷⁵ Neste sentido, A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 164; R. S. M. CRUZ, *Prisão cautelar – dramas ...*, op. cit., p. 39-40.

Em primeiro lugar, apresentam-se as hipóteses definidas no artigo 322 do Código de Processo Penal, que autorizam a autoridade policial a conceder a fiança, nos autos de prisão em flagrante, quando se tratar de infração punida com detenção ou prisão simples. Esta possibilidade representa alguma vantagem, pois confere maior celeridade na liberação da pessoa, sem que esta tenha que aguardar a apreciação judicial do pedido de liberdade provisória sem fiança, que prevê a manifestação do Ministério Público.⁹⁷⁶

De fato, o procedimento para a concessão de liberdade provisória sem fiança demanda, por certo, uma atividade processual mais intensa, tendo em vista os requisitos legais a serem aferidos pelo juiz no momento de apreciação do pedido. Por sua vez, a concessão de liberdade provisória mediante fiança restringe-se a uma cognição menos profunda, sequer prevendo a lei processual a prévia oitiva do Ministério Público.⁹⁷⁷

Não obstante as distinções apontadas, esta diversidade no tratamento das espécies de liberdade provisória não resulta em uma maior celeridade no exame do requerimento de liberdade provisória mediante fiança. Ademais, o juiz, ao aferir a ausência das restrições à admissibilidade da fiança, encontra diante de si os mesmos requisitos que possibilitam a concessão de liberdade provisória sem fiança, prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.⁹⁷⁸ Revelando-se esta restrição cautelar igualmente adequada e menos gravosa ao imputado, em face da proporcionalidade, impõe-se ao juiz a adoção desta exigência cautelar, por se apresentar necessária ao caso concreto.

Outra hipótese de utilidade da fiança resulta da alteração promovida pela Lei n.º 8.035, de 27 de abril de 1990, que afastou a incidência do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, para os casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal. Nestes casos, só se admite liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, concedida pelo juiz competente.⁹⁷⁹

Em suma, com a adoção da regra do parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo Penal, consagrou-se no ordenamento jurídico brasileiro a necessária conformação do instituto da prisão em flagrante com os requisitos da tutela cautelar.

⁹⁷⁶ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 343.

⁹⁷⁷ Cf. R. P. DE C. BARROS, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 311-313.

⁹⁷⁸ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 343.

⁹⁷⁹ Cf. o artigo 325, parágrafo 2º, inciso I, do Código de Processo Penal.

Ademais, a concessão de liberdade provisória sem fiança, reconhecida ainda que em crimes de maior gravidade e, em consequência, inafiançáveis, reservou ao instituto da fiança um campo de incidência mais restrito.⁹⁸⁰

Assim, revela-se constante e recorrente o recurso a outra modalidade de liberdade provisória: a liberdade provisória vinculada sem fiança. Nesta hipótese, ainda que a infração não comporte a prestação de fiança, o juiz poderá conceder a liberdade provisória, independentemente de uma garantia de natureza pecuniária, impondo somente ao acusado obrigações de comparecer aos atos do processo, sob pena de revogação.

5.6.7. LIBERDADE PROVISÓRIA VINCULADA SEM FIANÇA

Nos termos do artigo 310, *caput*, do Código de Processo Penal, verificando o magistrado, pelo auto de prisão em flagrante, a ocorrência de causa excludente de ilicitude, as quais se encontram definidas no artigo 23 do Código Penal, o acusado ou o indiciado poderá obter a sua liberdade, provisoriamente, independente da prestação de uma garantia de natureza pecuniária, sujeitando-se tão-somente ao compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Nesta hipótese, será concedida a liberdade provisória ao imputado independentemente da natureza da infração, seja afiançável, seja inafiançável. De fato, como já destacado, não obstante o texto legal refira-se expressamente ao termo *réu*, evidente que a providência em tela pode ser adotada no curso da fase investigativa pré-processual.⁹⁸¹ Por óbvio, a análise sumária realizada pelo juiz neste momento da persecução penal, a fim de conceder a liberdade provisória ao indiciado, não se revela definitiva, por isso não vincula o resultado final do processo.⁹⁸²

A concreta possibilidade de absolvição do imputado impede sua sujeição a este estado de coerção cautelar, ainda mais quando se tem em vista a sua finalidade de assegurar a aplicação da sanção penal, que, neste caso, não se afigura provável. Trata-se, uma vez mais, de atuação da proporcionalidade, que obsta a incidência de limitação, a título provisório, mais intensa do que o resultado alcançado ao final do processo penal.

⁹⁸⁰ Cf. W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 61. Como será demonstrado, o Projeto de Lei n.º 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal, resgata a utilidade do instituto da fiança. Neste sentido, v. item 5.6.5 do Capítulo 5.

⁹⁸¹ Cf. W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 65.

⁹⁸² Cf. F.da C. TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, vol. III, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 518-519.

Em face da probabilidade de advir a absolvição, a manutenção da prisão provisória revela-se providência extremamente gravosa, ao passo que a ausência de elementos probatórios contundentes a demonstrar a ocorrência de circunstância que torne lícita sua conduta aconselha e justifica sua vinculação ao processo penal.⁹⁸³

Ademais, como destacado, a observância do princípio constitucional da presunção de inocência impõe à prisão provisória um caráter necessariamente cautelar. Em nossa lei processual penal, “à prisão de natureza processual sempre se deverá associar uma palavra: a *necessidade*”.⁹⁸⁴ Neste ponto, a reforma promovida pela Lei n.º 6.416/1977 consistiu, justamente, em conformar o instituto da prisão em flagrante delito à necessária observância dos requisitos de toda e qualquer providência cautelar. Desta forma, a manutenção da prisão do agente detido em flagrante encontra-se submetida ao exame pelo juiz da necessidade da medida.⁹⁸⁵

Em nosso diploma processual penal, a natureza cautelar da prisão provisória encontra-se perfeitamente delineada no dispositivo que estabelece os requisitos da prisão preventiva, pedra de toque da disciplina cautelar de caráter pessoal. Assim, afirma-se uma segunda hipótese de liberdade provisória vinculada e sem fiança, prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, segundo a qual, diante da verificação pelo juiz, através do auto de prisão em flagrante, da inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, este poderá, após ouvir o Ministério Público, conceder ao imputado a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo.⁹⁸⁶

5.6.8. A LIBERDADE PROVISÓRIA COMO DIREITO SUBJETIVO DO IMPUTADO

A concessão da liberdade provisória vinculada sem fiança apresenta-se como verdadeiro direito público subjetivo do imputado, não se tratando de faculdade reconhecida ao juiz. De fato, não se pode relegar à apreciação subjetiva do magistrado a

⁹⁸³ Destarte, como destaca Weber Martins Batista, a imposição de liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, revela-se como uma restrição imposta em favor do interesse da Justiça, orientado pela busca da verdade real, mas, igualmente, aproveita à defesa do acusado, que poderá defender-se em liberdade. (*Liberdade provisória*, op. cit., p. 68).

⁹⁸⁴ Cf. M. L. KARAM, *Prisão e liberdade processuais*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, abr. – jun. 1993, p. 84.

⁹⁸⁵ Sobre este tema, v. Capítulo 5.

⁹⁸⁶ Sobre a prisão em flagrante, v. Capítulo 5.

avaliação da conveniência e da possibilidade da medida, uma vez satisfeitos os pressupostos legais para sua concessão.

Em outros termos, a questão que se apresenta consiste em saber se a liberdade provisória, prevista no artigo 310 e em seu parágrafo único do Código de Processo Penal, conduz ao exercício de um poder vinculado ou discricionário por parte do magistrado. Neste sentido, a terminologia empregada pela lei processual penal não colabora com uma solução deste problema. De fato, em que pese o artigo 310 do Código de Processo Penal enunciar a concessão de liberdade provisória mediante o verbo *poder*, diversos são os doutrinadores que apontam não influir essa circunstancia na resolução da questão.⁹⁸⁷

Em síntese, a concessão da liberdade provisória, prevista no artigo 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, consagra direito subjetivo do imputado, não se apresentando como uma faculdade do julgador ou como uma hipótese normativa de um poder discricionário do juiz. Com efeito, como destaca Weber Martins Batista, em tais casos, a liberdade reconhecida pela lei ao julgador restringe-se tão-somente à verificação das circunstâncias concretas que caracterizam as situações de fato que descreve, não se estendendo à determinação dos efeitos destas decorrentes.⁹⁸⁸

5.7. MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS DIVERSAS DA PRISÃO PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste item, o objetivo é apresentar as medidas restritivas de direitos do imputado no curso da persecução penal admitidas no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de modalidades diversas da prisão de natureza cautelar, mas que impõem intervenção a direitos fundamentais do imputado e à presunção de inocência, o que demanda uma indagação acerca de sua natureza e de sua justificação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Ao apresentar tais providências, notar-se-á em que medida a intervenção ao direito fundamental de liberdade reveste-se de caráter cautelar e em quais medidas este caráter cautelar não se mostra presente.

⁹⁸⁷ Cf. F. DA C. TOURINHO FILHO, *Processo penal*, vol. III, 25.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 516-517; J. F. MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, 2.^a ed., Campinas, Millennium, 2000, p. 188-189; W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 103; L. P. DE O. ROCHA e M. A. G. BAZ, *Fiança criminal e ...*, *op. cit.* p. 78.

⁹⁸⁸ *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 103.

5.7.1. A MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS DA LEI N.º 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997

A Lei n.º 9.503, de 1997, o Código de Trânsito Brasileiro, dispõe, em seu artigo 294, de medida restritiva de direitos a ser imposta aos imputados por crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos no mencionado Código. Trata-se da “suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção”, medida, de fato, original em nosso sistema processual penal, em que predominam as medidas privativas de liberdade adotadas no curso da persecução penal.⁹⁸⁹

Em linhas gerais, a decretação da medida encontra-se submetida a prévio e fundamentado requerimento do Ministério Público, ou à representação da autoridade policial, sendo a possibilidade de sua decretação de ofício, no curso da investigação criminal, objeto de crítica por contrariedade ao modelo acusatório de nosso sistema processual penal.⁹⁹⁰ Ademais, a lei admite a interposição de recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo, da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, conforme o artigo 294, parágrafo único. Como restrição a direitos do imputado, a incidência da medida encontra-se sujeita a controle jurisdicional, somente podendo ser adotada mediante decisão motivada e sempre que necessária para a garantia da ordem pública.

Em primeiro lugar, torna-se necessário aferir o caráter cautelar da medida restritiva de direitos em comento. A suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção, incide no curso da investigação ou da ação penal e, desta forma, deve ostentar os caracteres da tutela cautelar para sua conformidade com o ordenamento constitucional. Fábio Machado de Almeida Delmanto e

⁹⁸⁹ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Op. cit.*, p. 170; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 304. Conforme Marcellus Polastri Lima, o caráter inovador da medida em análise deve-se à possibilidade de sua incidência também diante de delitos culposos, o que, segundo o autor: “(...) aqui se justifica em face da natureza dos delitos de trânsito, que atingem a segurança para a incolumidade pública, sendo, assim, necessária maior cautela e prudência do motorista” (*Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 304).

⁹⁹⁰ Como anota Marcellus Polastri Lima, o artigo 294 da Lei n.º 9.503/1997 institui uma “(...) anômala função judiciária”, o que subverte o modelo acusatório adotado pela Constituição de 1988 e afasta a imparcialidade judicial. Neste sentido, o autor entende parcialmente inconstitucional o dispositivo “(...) não podendo o juiz decretar a medida **de ofício** durante a fase inquisitória”. A título argumentativo, o autor demonstra que a redação original do artigo 297 do Anteprojeto de Reforma do Código de Trânsito brasileiro, que trazia medida denominada “interdição temporária de direito preventivo”, havia sido alterada para suprimir a possibilidade de decretação de ofício de qualquer medida restritiva de direitos na fase de investigação. A previsão, no entanto, foi novamente modificada, sendo novamente inserida a mencionada possibilidade (*Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 306).

Marcellus Polastri Lima encaram-na como verdadeira medida cautelar, e, como tal, deve atender aos pressupostos da tutela cautelar: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.⁹⁹¹

Como se pode notar, o próprio legislador ordinário denomina a restrição de direitos contida no dispositivo de “medida cautelar”, na esperança de conferir legitimidade à providência adotada no curso da persecução penal. De fato, ciente do indispensável caráter cautelar de que se deve revestir toda e qualquer medida que intervém em direitos fundamentais no desenrolar da persecução penal, o legislador impõe ao intérprete o caráter cautelar de semelhante intervenção, ao mencioná-lo, expressamente, no dispositivo legal.

Não obstante, é notório que as nomenclaturas empregadas pela lei não são suficientes para indicar a verdadeira natureza jurídica dos institutos, não obtendo igualmente êxito em transformá-los em algo diverso tão-somente em vista dos rótulos que lhes imprimem. Assim, em que pese a indicação feita pelo legislador ordinário, no sentido de que as medidas restritivas de direitos elencadas no artigo 294 da Lei n.º 9.503/1997 apresentam natureza cautelar, cabe ao intérprete resgatar a sua autêntica natureza.

Neste sentido, tendo em vista as considerações acerca da tutela cautelar apresentadas, resta evidente a ausência dos caracteres cautelares na medida em comento. Com efeito, há uma perfeita identidade entre as medidas em comento e a penalidade de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção, cominadas aos delitos insculpidos nos artigos 302, 303, 306, 307 e 308 da Lei n.º 9.503/1997.

Logo, a sua imposição, no curso da investigação ou do processo penal, deve ostentar um nítido caráter cautelar, sob pena de se revelar verdadeira pena antecipada. No entanto, não é o que se verifica de sua disciplina normativa, já que o legislador apenas considerou a necessidade de garantia da ordem pública para a imposição da medida, finalidade que não pode ser atribuída a uma providência cautelar. O caráter amplo e indeterminado deste conceito revela uma intervenção em direitos individuais justificada por razões extra-processuais, o que não compatibiliza esta intervenção ao ordenamento constitucional.

⁹⁹¹ *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 170; *Op. cit.*, p. 304.

Ora, esta circunstância afasta o caráter acessório e assecuratório da tutela cautelar, revelando, na verdade, uma antecipação total dos efeitos da tutela jurisdicional a ser proferida ao final do devido processo legal. Trata-se, portanto, de espécie de tutela antecipada em sede de persecução penal, o que se mostra incompatível com o sistema de direitos e de garantias fundamentais, bem como com o modelo de processo penal democrático adotado em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, esta identidade entre a medida restritiva de direitos disciplinada no artigo 294 da Lei n.º 9.503/97 e as sanções penais cominadas aos delitos mencionados é de fundamental importância para o controle da aplicação desta medida, para que aqueles que admitem o seu caráter cautelar. Com efeito, em atenção à proporcionalidade que deve orientar as intervenções aos direitos individuais, a medida somente deverá ser decretada relativamente aos crimes apenados com suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Neste sentido, como observa Marcellus Polastri Lima, a medida cautelar constritiva deverá ser reservada a estes delitos, não podendo ser estendida aos demais crimes definidos na Lei n.º 9.503/1997, para os quais a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor poderá vir a ser imposta em substituição à pena originalmente imposta, uma vez que se trata de mera faculdade judicial.⁹⁹²

Em segundo lugar, o autor destaca a exigência expressa da “necessidade de garantia de ordem pública” para a decretação da medida restritiva de direitos em comento. Como observa o legislador optou por uma referência isolada à “necessidade de garantia de ordem pública”, sem invocar os demais requisitos para decretação da prisão preventiva, verdadeira pedra de toque da tutela cautelar no sistema processual penal brasileiro.⁹⁹³

Desta forma, torna-se necessário retomar as críticas em torno do conceito de ordem pública, sendo este de extrema indeterminação e generalidade, o que possibilita a inserção de justificativas de ordem material para a adoção de medidas restritivas no curso da persecução penal. Esta conduta, como demonstrado, afasta-se do caráter cautelar, uma

⁹⁹² *Op. cit.*, p. 304.

⁹⁹³ *Op. cit.*, p. 305.

vez que não ostenta o propósito de resguardar a utilidade e a eficácia do processo e de seu resultado final.

O conceito de ordem pública a que se refere a Lei n.º 9.503/1997 encontra, no entanto, contornos mais delineados, já que se tem em vista um diploma normativo orientado aos crimes cometidos na direção de veículo automotor em vias terrestres do território nacional. Neste sentido, por “necessidade para garantia da ordem pública”, Marcellus Polastri Lima entende “(...) a segurança viária ou do trânsito e, consequentemente, da incolumidade pública (...)”, tendo a medida por objetivo impedir a perpetração de novos crimes pelo condutor, que demonstrou destacada imprudência, bem como renovar a credibilidade da justiça em face da divulgação de fatos desta natureza.⁹⁹⁴

Esta interpretação do fundamento de garantia da ordem pública, como modo de viabilizar a utilização da medida restritiva de direitos em tela, tem sido recorrente na jurisprudência pátria, como observa Fábio Machado de Almeida Delmanto. O autor traz decisões dos tribunais brasileiros, em que a decretação da suspensão de habilitação ou de permissão para dirigir veículo automotor tem sido empregada, sob o fundamento de resguardo da segurança de trânsito e de afirmação da credibilidade da justiça, em casos de notória repercussão social.⁹⁹⁵ Estes fundamentos, no entanto, dissociam a medida de sua feição cautelar, incidindo, novamente, as críticas a este conceito.

5.7.2. A MEDIDA DE AFASTAMENTO DO LAR DA LEI N.º 11.340, DE 07 DE AGOSTO DE 2006

A medida de afastamento do autor do lar, em casos de violência doméstica, resultou da Lei n.º 10.455, de 13 de maio de 2002, que acrescentou ao parágrafo único do artigo 69 da Lei n.º 9.099, de 1995, a possibilidade de o juiz determinar, nestas circunstâncias, como medida cautelar, o afastamento do autor do fato do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima.⁹⁹⁶ A nova redação conferida ao dispositivo em comento inseriu em nosso ordenamento jurídico medida restritiva de direitos inovadora, orientada, precipuamente, à proteção da integridade física e moral das

⁹⁹⁴ *Op. cit.*, p. 305.

⁹⁹⁵ *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 171.

⁹⁹⁶ O artigo 69, parágrafo único, da Lei n.º 9.099/1995, dispõe que: “Art. 69. (...). Parágrafo único. 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”.

vítimas de violência doméstica,⁹⁹⁷ a exemplo de providências empregadas em ordenamentos jurídicos estrangeiros.⁹⁹⁸

A alteração promovida pela lei em tela veio a consolidar prática judicial, consistente no afastamento preventivo do autor de agressões do lar ou do local de convivência com a vítima, decretado sob o argumento do poder geral de cautela admitido por alguns autores no sistema processual penal.⁹⁹⁹ Sem dúvida, o caráter polêmico das medidas cautelares de caráter pessoal inominadas, adotadas com base no poder geral de cautela, tornava discutível a providência em comento, razão pela qual a inserção legal de modo expreso encerrou a discussão sobre a admissibilidade da medida.¹⁰⁰⁰

Em primeiro lugar, o caráter cautelar da medida de afastamento do autor do fato do local de convívio com a vítima parece encontrar-se presente, tendo em vista a constatação dos pressupostos da tutela cautelar. Neste sentido, o afastamento do autor do fato do local de convivência com a vítima tem por pressuposto a ocorrência de violência doméstica, de ordem física ou moral, destacando-se a gravidade do fato ou do comportamento do agente, como destaca Marcellus Polastri Lima.¹⁰⁰¹

Não obstante, a medida tem por objetivo, ao lado de finalidade notoriamente processuais, finalidades de caráter material que tornam complexa a sua convivência em um sistema de tutela cautelar. Isto porque o afastamento do lar do autor do fato visa ao correto desenvolvimento e à idônea instrução do processo, obstando os comportamentos do autor do fato tendentes a obstruir a prova e a manifestação livre de vontade da vítima. Ocorre que, de igual modo, associa-se a esta providência o escopo de impedir a continuidade das condutas caracterizadoras da violência, o que se mostra altamente provável em hipótese de coabitação. Esta finalidade de evitar a reincidência não se coaduna com o caráter cautelar que se deve atribuir à medida, relacionando-a, na verdade, aos fins de prevenção especial da pena.

⁹⁹⁷ Cf. R. S. M. CRUZ, *A violência doméstica e o afastamento do lar*. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 08.07.2002. Acesso em 07 de janeiro de 2011.

⁹⁹⁸ Neste sentido, v. Capítulo 4.

⁹⁹⁹ Cf. A. BIANCHINI, *Violência doméstica e afastamento preventivo do agressor – alteração trazida pela lei 10.455/02*, in *Boletim IBCCRIM*, v. 10, n. 120, nov./2002, p. 9-11; R. J. ANDRADE, *A mais nova medida cautelar do processo penal*, in *Boletim IBCCRIM*, v.10, n.119, out./2002, p. 6-7.

¹⁰⁰⁰ Cf. A. BIANCHINI, *Violência doméstica e afastamento preventivo do agressor – alteração trazida pela lei 10.455/02*, in *Boletim IBCCRIM*, v. 10, n. 120, nov./2002, p. 9.

¹⁰⁰¹ *Op. cit.*, p. 318-319.

A Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, alterou o panorama acima delineado, na medida em que inseriu, no ordenamento jurídico brasileiro, as denominadas “medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor”, em seu artigo 22, entre as quais se situa o afastamento deste do lar, do domicílio ou do local de convivência com a ofendida. Neste sentido, a Lei n.º 11.340/2006 retomou a providência cautelar já inserida no artigo 69, parágrafo único, da Lei n.º 9.099/95. Com efeito, como observa Fábio Machado de Almeida Delmanto, não há dúvida de que se trata da mesma medida, motivo pelo qual se entende tacitamente revogado o dispositivo presente na Lei dos Juizados Especiais.¹⁰⁰²

5.7.3. A MEDIDA DE AFASTAMENTO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO DE SUAS ATIVIDADES DA LEI N.º 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006

O artigo 56, parágrafo 1º, da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, estabeleceu a possibilidade de o juiz, ao receber a denúncia, decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, quando se tratar de funcionário público, nas hipóteses das condutas tipificadas nos artigos 33, *caput* (tráfico) e parágrafo 1º (tráfico por equiparação); 34 (condutas relacionadas à fabricação, ao preparo, à produção ou à transformação de drogas); e 37 (colaboração como informante) da referida Lei de Drogas.

Com o propósito de conciliar a incidência da restrição em tela ao sistema constitucional, deve-se entendê-la como uma medida cautelar e, como tal, igualmente devem ser invocados os requisitos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, a despeito de não haver previsão específica da incidência destes no caso em análise. A classificação de um instituto como de natureza cautelar enseja o respeito ao regramento próprio fornecido pela ordem jurídica. Nesse sentido, também devem ser observados os limites constitucionais de admissibilidade das medidas cautelares, bem como atentar para a necessidade de motivação da decisão da autoridade judicial determinadora da medida ora em comento.¹⁰⁰³

¹⁰⁰² *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁰³ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p.173-175. Em sentido contrário, Renato Marcão entende o deferimento da medida prescinde de relação entre o crime e o exercício da função pública: “Trata-se de medida cautelar que envolve mera faculdade conferida ao juiz, e que tem por objetivo preservar a instrução do processo, garantindo a fidelidade da prova. Secundariamente também atenderá interesses da administração pública afastando temporariamente de suas atividade o funcionário envolvido nem acusação de intensa gravidade e danosa repercussão. O afastamento não é automático; não decorre pura e simplesmente do recebimento da denúncia. Precisa ser fundamentado. Para o afastamento cautelar é

O mero afastamento automático do funcionário público descaracterizaria a natureza cautelar da medida, convertendo-se em inadmissível forma de antecipação da pena. Com efeito, em cada situação particular, o juiz deve verificar se a medida revela-se necessária para a consecução do escopo de resguardar o regular transcurso do processo. Neste sentido, não pode o juiz perquirir, por exemplo, acerca dos benefícios que o afastamento do funcionário público denunciado pela prática das condutas tipificadas nos dispositivos *supra* mencionados traria para a Administração Pública. Estes interesses devem ser aferidos em seara própria, sendo, pois, estranhos ao âmbito processual penal.¹⁰⁰⁴

Ademais, impõe-se a verificação da proporcionalidade do afastamento cautelar do funcionário público. O respeito à proporcionalidade implica a observância das sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Somente na hipótese de o referido afastamento cautelar constituir meio adequado para a finalidade de garantir o resultado útil e efetivo do processo estará cumprida a sub-regra da adequação.

Em seguida, deve-se conferir se esta medida é imprescindível para alcançar o resultado pretendido. Em caso de resposta afirmativa, segue-se o questionamento sobre se tratar da medida menos gravosa prevista na ordem jurídica para o objetivo desejado. Além disso, ressalta-se que o cumprimento da proporcionalidade em sentido estrito igualmente enseja que a medida cautelar seja menos grave do que a pena aplicável em caso de condenação.¹⁰⁰⁵

Ocorre, todavia, que o afastamento do funcionário público nem sempre é decorrência da condenação. Consoante o artigo 92 do Código Penal, a perda de cargo, função pública ou mandato somente é efeito da condenação na hipótese de ser aplicada pena privativa de liberdade por período igual ou superior a quatro anos, nos crimes

necessária a presença dos requisitos gerais das medidas cautelares: *fumus boni iuris*, que decorre da plausibilidade da acusação (já apreciada no despacho de recebimento da denúncia), e *periculum in mora*, que estará presente sempre que houver ao menos indícios de que, se continuar no exercício de suas funções, o acusado irá influenciar de maneira negativa na colheita das provas, atrapalhando a instrução processual. Muito embora a lei não diga expressamente, e principalmente em razão de qualquer ressalva nesse sentido, a medida terá cabimento mesmo em se tratando de crime que não tenha sido praticado no exercício das funções. Não há necessidade de que ocorra correlação entre a prática criminosa e o exercício das funções públicas, até porque há situações em que o crime não foi praticado *no exercício das funções*, mas o fato de exercê-las pode permitir ao acusado de manejar influências contrárias aos interesses da lei, em detrimento da verdade real” (*Tóxicos – Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p.491-493).

¹⁰⁰⁴Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p.175.

¹⁰⁰⁵Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p.174.

praticados com abuso de poder ou violação de dever em relação à Administração Pública, bem como na circunstância de aplicação de pena privativa de liberdade superior a quatro anos nos demais casos.

Assim, ao examinar o afastamento cautelar em tela à luz da proporcionalidade, há quem entenda não ser possível sua incidência em situações nas quais a perda de cargo, função pública ou mandato não constitui um dos efeitos da condenação.¹⁰⁰⁶ Como será demonstrado, a medida restritiva a direitos individuais adotada no curso da persecução penal e a pena esperada apresentam-se como elementos correlativos e esta ideia deve orientar a seleção da providência específica para o caso concreto.¹⁰⁰⁷

5.7.4. A MEDIDA DE AFASTAMENTO DO PREFEITO DO CARGO NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DO DECRETO LEI N.º 201/67

O Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, estabeleceu, em seu artigo 2º, inciso II, que o juiz, ao receber a denúncia, necessariamente deverá se manifestar acerca da prisão preventiva do acusado da prática das condutas tipificadas nos incisos I e II do artigo 1º da referida Lei. Trata-se, respectivamente, das condutas de apropriar-se de bens ou de rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; e de utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, de rendas ou de serviços públicos. Ademais, o dispositivo em comento determina o dever de o juiz decidir sobre o afastamento do acusado do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os demais casos previstos no artigo 1º em comento.

A mencionada decisão, em observância aos preceitos constitucionais, deverá ser motivada, fundamentando as medidas cautelares com base na presença dos pressupostos de *fumus commissi delicti* e de *periculum libertatis*. Ademais, em conformidade com o regramento das medidas de natureza cautelar, a determinação do afastamento do prefeito do cargo nos crimes de responsabilidade deve ater-se ao

¹⁰⁰⁶ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p.177. Neste sentido, destaca-se o entendimento de Vicente Greco Filho: “Como toda cautelar deve ser ditada a partir da necessidade e dos pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, de modo que o afastamento será decretado se houver fundamento suficiente e se a permanência do funcionário público no cargo for desaconselhada e, também, se, em tese, o crime pode levar à perda do cargo nos termos do art.92, I, do Código Penal” (Tóxicos – prevenção e repressão – comentários à lei n. 11.343/2006 – lei de drogas, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 251).

¹⁰⁰⁷ Cf. F. CORDERO, *Procedura penale*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 461.

cumprimento do objetivo de assegurar o regular transcurso do processo, afastando-se de outras finalidades alheias ao processo penal. Ademais, qualquer resquício de antecipação de pena deve ser afastado, já que isto desnaturaria a natureza cautelar da medida em evidente afronta ao princípio da presunção de inocência.¹⁰⁰⁸

5.7.5. A MEDIDA DE AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO DO CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO DO ARTIGO 20 DA LEI N.º 8.429, DE 02 DE JUNHO DE 1992

Convém traçar as diferenças entre o afastamento do prefeito do cargo nos crimes de responsabilidade e a possibilidade de a autoridade judicial ou administrativa afastar o agente público do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, para garantia da instrução processual. Esta previsão excepcional do parágrafo único, do artigo 20, da Lei n.º 8.429/1992, não se considera aplicável a quem exerce mandato eletivo visto que, embora estes estejam inseridos no conceito de agentes públicos, a ausência de referência expressa para o caso de afastamento do mandato eletivo conduz à conclusão de que o legislador quis excluir essa possibilidade.¹⁰⁰⁹

Ainda em relação ao afastamento do agente público do cargo, emprego ou função previsto pela Lei de Improbidade Administrativa para assegurar a instrução processual, a qual poderia ser prejudicada em razão da influência exercida pelo agente sobre testemunhas, bem como em virtude da destruição de provas do ato de improbidade, cumpre esclarecer que a medida poderá ser determinada por autoridade administrativa competente ao se tratar de processo disciplinar. Nesta circunstância, não raro, o próprio estatuto prevê a suspensão ou o afastamento provisório.¹⁰¹⁰

Situação diversa consiste na hipótese de o juiz do processo já instaurado poder fixar o afastamento provisório do agente público. Como toda decisão sobre medidas de natureza cautelar, ela deve ser fundamentada e atentar à necessidade da instrução processual. Além disso, deve-se observar prazo de duração razoável, consoante o tempo necessário para instruir o processo, evitando-se prolongamento abusivo da medida.¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁸ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., pp.180-182.

¹⁰⁰⁹ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p.181.

¹⁰¹⁰ Cf. W. P. MARTINS JÚNIOR, *Probidade administrativa*, São Paulo, Saraiva, 2009 pp.445-451.

¹⁰¹¹ Cf. W. P. MARTINS JÚNIOR, *Probidade administrativa*, São Paulo, Saraiva, 2009 pp.445-451.

5.8. A NECESSIDADE DE SE INVESTIGAR OUTRAS MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS DE CARÁTER PESSOAL DIVERSAS DA PRISÃO PROVISÓRIA

A investigação de medidas substitutivas e de medidas alternativas à prisão provisória encobre, na realidade, uma preocupação constante entre os doutrinadores de combater a identidade estrutural entre a prisão cautelar e a prisão como sanção penal específica, decorrente de sentença condenatória definitiva.¹⁰¹² Este verdadeiro temor em considerar a prisão provisória como uma espécie de punição antecipada justifica-se em face do reconhecimento da presunção de inocência como direito fundamental do indivíduo, assentando um *status* que somente pode ser superado mediante o devido processo penal.¹⁰¹³

Não obstante a clareza da distinção teórica, as diferenças entre a prisão como medida provisória e a pena não se apresentam tão visíveis na prática, tendo em vista os seus efeitos materiais, notadamente, em face das restrições à liberdade individual.¹⁰¹⁴ Este carácter indistinto manifesta-se quer na decisão do legislador por descontar o tempo de

¹⁰¹² Neste sentido, as observações de Odone Sanguiné: “Ha sido una constante en la doctrina la afirmación de que la prisión preventiva no es una pena, sino una medida cautelar, que atiende a finalidades procesales. Este argumento, que intenta establecer una diferencia entre ambas, fue utilizado precisamente para justificar la prisión provisional, pues difícilmente se aceptaría que la pena fuese aplicada contra el inocente. Así, se argumenta que la prisión preventiva de los inculpados es un mal, pero no es una pena, puesto que no hay condena y no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad ni se realiza retribución alguna. Ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en un juicio”. (*Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 188). Ainda, conforme G. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 36-38.

¹⁰¹³ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 189.

¹⁰¹⁴ Nesta esteira, destaca Giulio Illuminati: “È vero che in concreto, ad onta di ogni acrobazia lógica, la carcerazione preventiva non si può distinguere, sul piano strutturale, dalla pena propriamente detta. Non mancano, certo, alcuni elementi di differenziazione nelle modalità di custodia dell’imputato rispetto al condannato (anche se, in larga misura, rimasti quase ovunque sulla carta, per mancanza di mezzi adeguati); ma l’aspetto determinante rest, in ogni caso, il trattarsi di una totale privazione della libertà personal, che è poi la massima sanzione consentita dal nostro ordinamento” (*La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 38). Em atenção a este ponto, destaca-se a observação de Odone Sanguiné relativamente ao ordenamento jurídico espanhol. De fato, em face das dificuldades mencionadas em distinguir os efeitos concretos da prisão provisória e da prisão com carácter de pena, o legislador penal espanhol optou por determinar, em sentido formal, que: “no se reputarán penas: 1. La detención y la prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal” (artigo 34.1. do Código Penal espanhol). Como destaca o autor, o preceito normativo encontra-se “fundado en un certo afán racionalista dirigido a despejar cualquier duda acerca de cuáles son penas y de qué males no merecen tal consideración”, mas, não obstante, tem sido severamente criticado pela doutrina como “superfluo”. Na realidade, a preocupação do legislador parece admitir a possibilidade de tais medidas ostentarem carácter material de verdadeira punição (*Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 212).

prisão provisória no cumprimento da condenação, quer na sua determinação em estender as normas de execução penal ao tratamento do preso provisório.¹⁰¹⁵

Ademais, a confusão prática entre a pena e a prisão provisória não se limita a certas prescrições legais ou em razão do encarceramento inerente a ambas, estendendo-se além para alcançar as próprias funções atribuídas pela doutrina aos institutos. Com efeito, paralelamente aos objetivos instrumentais inerentes a toda e qualquer providência cautelar, tais como assegurar a presença do acusado aos atos processuais ou garantir a futura execução da sentença condenatória, a prisão provisória compartilha dos fins de prevenção e de exemplaridade próprios da pena, muito embora isto se mostre incongruente ao nosso sistema constitucional de direitos fundamentais. Isto faz com que, na prática, sob a perspectiva do direito de liberdade pessoal, “(...) a diferença desapareça e a prisão provisória atue antecipando os efeitos da pena”.¹⁰¹⁶

¹⁰¹⁵ Cf. A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 59; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 188. Neste sentido, destacam-se o artigo 42 do Código Penal brasileiro e artigo 2.º, parágrafo único, da Lei n.º 7.210/84. Neste ponto, ressaltam-se alguns conceitos necessários para o desenvolvimento do presente item. Em princípio, a prisão apresenta-se como a supressão da liberdade individual mediante clausura, podendo advir do flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Jayme Walmer de Freitas destaca que o termo prisão, no seu sentido etimológico, apresenta diversas funções para a dogmática jurídico-processual, motivo que conduziu diversas legislações a optar pelo emprego dos termos captura e custódia, para a supressão da liberdade individual, de forma efetiva ou efêmera. O autor, relembrando as lições de doutrinadores como João Mendes de Almeida Júnior, Galdino Siqueira, Borges da Rosa, Basileu Garcia e José Frederico Marques, ressalta a distinção por esses apontada entre a prisão-pena da prisão provisória e, em consequência, a diversa terminologia empregada. Assim, utiliza-se a captura para designar a prisão penal propriamente dita, isto é, como pena ou sanção específica imposta ao agente que violou bem jurídico penalmente tutelado, enquanto o termo *custódia* é utilizado para definir a prisão penal de natureza cautelar, quer de natureza processual, quando emanada da autoridade judiciária competente, quer de natureza administrativa, em decorrência do flagrante delito, quando emana de qualquer um do povo. Por fim, lembra o autor que tal distinção terminológica não subsiste no Brasil, em que o termo prisão abrange ambas as situações (*Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 30). Nesta esteira, Roberto Delmanto Júnior empreende algumas anotações acerca do termo prisão, tendo adotado o conceito de De Plácido e Silva (*Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1967, vol. III, p. 1221): “o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair” (*Op. cit.*, p. 78). No Direito Brasileiro, o termo prisão compreende duas situações distintas: a prisão como pena, isto é, como sanção penal específica decorrente de sentença penal condenatória definitiva, que importa no reconhecimento da ofensa ou ameaça a bem jurídico penalmente tutelado, bem como na imposição da respectiva punição ao responsável pela conduta; e a prisão sem o caráter de pena, designada, genericamente, como prisão sem pena. Como destaca Vicente Greco Filho, a prisão provisória decorre do flagrante delito ou de determinação judicial, tendo em vista a efetivação da persecução penal ou do processo penal, devendo-se estar presentes os pressupostos inerentes às providências cautelares. No entanto, como destaca ainda este autor, a prisão no Direito Brasileiro pode assumir as feições de prisão civil e prisão administrativa. Estas modalidades de prisão não serão objeto de estudo no presente trabalho, visto não decorrerem da prática de uma infração penal. (*Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 262).

¹⁰¹⁶ Em original: “(...) la diferencia desaparezca y la prisión provisional actúe anticipando los efectos de la pena” (O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 189-190.) (tradução livre). Nesta esteira, o entendimento de Antônio Magalhães Gomes Filho, reconhecendo que, na prática: “(...) a custódia preventiva atende a outros fins reconhecidamente extraprocessuais, como a imediata reação ao delito, prevenção de

Desta forma, em que pesem os esforços doutrinários em construir discursos de legitimação da prisão provisória, como observa Odone Sanguiné, a limitação imposta à liberdade individual compromete as distinções lógico-jurídicas estruturadas com o intuito de apartar a prisão provisória e a prisão como pena, retornando à equivalência concreta entre ambas, o que se revela “(...) talvez um dos enigmas mais desconcertantes do processo penal e da justiça humana em geral”.¹⁰¹⁷ Estas dificuldades não obscurecem, no entanto, a inestimável valia das medidas cautelares para o processo penal, mas apenas ressaltam a necessidade de controlar os motivos e os objetivos relacionados à prisão provisória.¹⁰¹⁸

Estas considerações sobre a identidade, em seus efeitos materiais, constatada entre a prisão provisória e a privação de liberdade como pena reúnem-se, hoje, à arraigada convicção do insucesso da pena privativa de liberdade como instrumento de ressocialização do apenado. Atualmente, o objetivo de reintegração social da pena privativa de liberdade encontra-se desacreditado por completo, verificando-se o cárcere, na verdade, como instrumento de promoção da degradação da pessoa em lugar de propiciar a sua almejada “recuperação”.¹⁰¹⁹

Em uma perspectiva criminológica crítica, a segregação imposta ao condenado a uma pena privativa de liberdade apresenta-se como um estigma social, o que condiciona, de modo marcante, as suas relações sociais e colabora para o recrudescimento do abismo social em que já se encontrava inserido. Com efeito, como destaca Alvino Augusto de Sá, “a pena de prisão explícita, formaliza e consagra uma relação de

novos crimes que possam vir a ser praticados pelo réu, relacionados ou não com a primeira infração, sendo até apresentada por Sabatini como uma contribuição pessoal do acusado à atuação da justiça” (*Op. cit.*, p. 59).

¹⁰¹⁷ Em original: “(...) quizá uno de los enigmas más desconcertantes del proceso penal y de la justicia humana en general” (*Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 191, tradução livre.)

¹⁰¹⁸ Como observa Odone Sanguiné, a prisão provisória, ainda que acarrete uma restrição à liberdade individual, consiste em uma medida cautelar de caráter pessoal. Desta forma, esta deve perseguir finalidades instrumentais, orientadas a assegurar o resultado útil do processo penal. Neste sentido, comparando a prisão provisória e a pena, conclui: “En síntesis, entre ambas no hay equivalencia sustancial, sino sólo identidad de efectos sobre el derecho a la libertad” (*Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 190).

¹⁰¹⁹ Cf. A. A. DE SÁ, *Prisionização – um dilema ...*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *op. cit.*, p. 117; S. S. SHECAIRA e A. CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

antagonismo entre o condenado e a sociedade”, antagonismo este já manifestado pelo indivíduo ao delinquir.¹⁰²⁰

A punição pela pena privativa de liberdade coloca-se, nos tempos atuais, como a principal questão a ser enfrentada pelos estudiosos do Direito Penal. Como observam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, a privação de liberdade é a forma mais extrema de controle penal.¹⁰²¹ A sua persistência nos ordenamentos jurídicos penais é objeto de combate no contexto contemporâneo, em que se vive um período marcado pelas tendências de descriminalização, de despenalização, de *probation*, isto é, em que se reconhece a culpabilidade do autor do fato, mas não se impõe a este a pena, e de reserva da pena privativa de liberdade apenas aos casos mais graves, assumindo, portanto, o seu papel de *ultima ratio*.¹⁰²²

Neste sentido, a decrescente credibilidade das penas de prisão, em especial as penas de curta duração, acompanhada das deficiências materiais dos estabelecimentos prisionais e dos efeitos criminógenos ínsitos ao convívio no cárcere, tem incentivado os ordenamentos jurídicos a recorrer a alternativas ao encarceramento. Ora, como destaca Rogério Schietti Machado Cruz, se a prisão como resposta punitiva deve ser reservada somente aos delitos mais graves, com maior razão a privação de liberdade em caráter cautelar deve ter sua incidência restringida, recorrendo-se somente a ela, em circunstâncias que indiquem não haver outras medidas menos gravosa para a consecução dos mesmos objetivos.¹⁰²³

Com isto, torna-se ainda mais evidente a necessidade de se evitar a prisão provisória e de se investigar soluções cautelares alternativas a esta medida extrema. Seria

¹⁰²⁰ Neste sentido, prossegue o referido autor: “(...) Ao delinquir, o indivíduo concretiza um confronto com a sociedade. Ao penalizá-lo com a prisão, o Estado concretiza o antagonismo entre ele e a sociedade. Sua “recuperação” será uma recuperação para a sociedade, ou seja, será uma reintegração social, e só será possível mediante a resolução desse antagonismo e a superação desse confronto. Por um lado, portanto, a pena de prisão traz, como consequência, o recrudescimento do confronto e do antagonismo entre preso e sociedade, através dos efeitos da prisionização. Por outro lado, a reintegração social do preso só será viável mediante a participação efetiva, tecnicamente planejada e assistida da sociedade, da comunidade” (*Prisionização – um dilema ...*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *op. cit.*, p. 117-118).

¹⁰²¹ Como reconhecem os autores, a pena privativa de liberdade é uma forma de controle penal, o que se verifica pela própria arquitetura do cárcere: “É sabido que o regime penitenciário regula de modo minucioso todos os momentos da vida do condenado, podendo despersonalizá-lo e convertê-lo no autômato. A própria arquitetura prisional visa a induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade, que assegura de forma plena o controle de suas ações” (*Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 153).

¹⁰²² Cf. S. S. SHECAIRA e A. CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

¹⁰²³ *Prisão cautelar – dramas ...*, *op. cit.*, p. 132.

manifesta impropriedade e desconsideração aos esforços realizados pela doutrina penal na busca de penas alternativas à privação de liberdade, manter a prisão provisória como medida cautelar por excelência e, com isto, acarretar aos indivíduos restrições a título cautelar e provisório mais intensas do que a sanção penal a ser esperada após o decurso do devido processo penal.¹⁰²⁴

Ora, os inconvenientes da privação de liberdade, bem como da odiosa experiência carcerária, apresentam-se ainda mais incisivos quando se tem em vista a prisão de natureza cautelar. Com efeito, as condições deletérias do sistema penitenciário brasileiro submetem o preso provisório, de modo prematuro, à árdua realidade carcerária. Em que pese a prescrição cogente disciplinada pelo legislador ordinário, no sentido de que “sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”(art. 300 do Código de Processo Penal), sabe-se que, em razão das inúmeras dificuldades e insuficiências materiais enfrentadas pelo sistema carcerário, a segregação entre presos já condenados e aqueles que ainda se encontram sujeitos a um processo revela-se absolutamente impraticável.¹⁰²⁵

Ademais, o recurso insistente às prisões provisórias parece desconsiderar, por completo, as inúmeras deficiências técnicas e materiais do sistema penitenciário

¹⁰²⁴ Neste sentido, N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 204; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 658; D. H. OBLIGADO, *Las medidas cautelares ...*, in C. A. C. DÍAZ e D. H. OBLIGADO (coord.), *Op. cit.*, p. 342-343. Este último autor destaca as “projeções criminológicas das medidas cautelares penais” e aponta a utilização do “(...) encarcelamiento preventivo con fines de control social formal, siendo además, en muchos casos, de diluida aplicación jurídica racional”. As críticas à adoção da prisão a título provisória tornam-se ainda mais intensas, caso se considerem as estatísticas relacionadas ao número de sentenças condenatórias. Como anota o autor, ao final, “(...) tres de cada diez presos termina ratificando su estado de inocencia” (*Op. cit.*, p. 342 - 343).

¹⁰²⁵ Neste sentido, a crítica de Weber Martins Batista: “Um dos principais problemas dos presos provisoriamente é a vida promíscua com os condenados, às vezes, criminosos perigosos. Apesar disso, em razão das dificuldades materiais que enfrentamos, o legislador pátrio só pode dizer que, “sempre que possível”, as pessoas provisoriamente presas ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas (...) O nosso ‘sempre que possível’ significa, na realidade prática, um ‘nunca possível’. O comum é ver réus apenas processados junto com criminosos já condenados (...)”. (*Liberdade provisória*, op. cit., p. 19). Esta a crítica de Fernando da Costa Tourinho Filho: “Embora o art. 300 do CPP diga que “sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”, o certo é que, na prática, dificilmente se observa tal preceito, por absoluta impossibilidade material. A lei, nesse particular não passou de uma promessa “vã e platônica”. E, assim, pessoas ainda não reconhecidamente culpadas ficam em irritante promiscuidade com réus já condenados e cujos antecedentes espelham uma velha e reiterada atuação nas esferas do vício e do crime”. (*Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul.-set. 1994, p. 73). Como destaca Odone Sanguiné, uma das principais objeções apontadas pela doutrina à prisão provisória consiste no grave perigo de contágio criminal, resultante do amontoamento da população presa em virtude da escassez de recursos materiais e financeiros para se resguardar o isolamento adequado dos presos provisórios do restante da massa reclusa. (*Prisão provisória e ...*, in *Fascículos de Ciências Penais*, op. cit., p. 96).

brasileiro, bem como a superlotação de seus estabelecimentos prisionais.¹⁰²⁶ De fato, segundo dados do DEPEN, em junho de 2010, o número de pessoas encarceradas no sistema penitenciário nacional correspondia a 494.237. Por sua vez, o número de presos provisórios totalizava 163.263. Sem dúvida, trata-se de um número expressivo, considerando, ademais, que o total de vagas disponíveis no sistema prisional brasileiro corresponde a 299.587.¹⁰²⁷

À luz destas considerações e em face da relevância dos interesses debatidos, desponta com grande entusiasmo a investigação acerca de medidas alternativas e de medidas substitutivas à privação de liberdade. De fato, os sistemas processuais penais mais avançados começam a recorrer a providências alternativas, quer à prisão com caráter de pena, quer à prisão em caráter cautelar, desenvolvendo mecanismos que permitem a vinculação do imputado aos expedientes estatais, sem impor restrições severas ao exercício de sua liberdade de locomoção.¹⁰²⁸

5.8.1. MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS DE CARÁTER PESSOAL DIVERSAS DA PRISÃO PROVISÓRIA: MEDIDAS ALTERNATIVAS, MEDIDAS SUBSTITUTIVAS E MEDIDAS AUTÔNOMAS À PRISÃO PROVISÓRIA

A primeira providência que se coloca no tema de medidas restritivas a direitos individuais diversas da prisão provisória consiste em investigar o que tem sido proposto pelos ordenamentos jurídicos nesta matéria. O Direito Penal, como mencionado, tem sido dominado por movimentos e por tendências de descriminalização e de despenalização, caminhando para a ideia que sempre se mostrou presente neste âmbito, sintetizada na frase atribuída a Jhering: “a história da pena é a história de sua constante abolição”.¹⁰²⁹⁻¹⁰³⁰ O Direito Processual Penal, por sua vez, apresenta uma evidente

¹⁰²⁶ Neste sentido, S. S. SHECAIRA e A. CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

¹⁰²⁷ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages>. Acesso em jan. 2010.

¹⁰²⁸ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁰²⁹ Cf. S. S. SHECAIRA e A. CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

¹⁰³⁰ Neste sentido, “O sistema positivo do processo penal deve operar, também, com as possibilidades de evitá-lo, isto é, dotar o Código de institutos e mecanismos que permitam libertar o autor do fato ilícito dos ônus do processo formal. A propósito, convém lembrar que um dos grandes movimentos dos últimos anos consiste no empenho de meios e métodos objetivando desinstitucionalizar as reações penais, adotando alternativas à pena privativa de liberdade. Fala-se, então, de um direito penal mínimo.” (R. A. DOTTI, *A reforma do processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, 714, abr./1995, p.498.) Em sentido contrário ao movimento da defesa social, há os chamados movimentos de lei e ordem, descritos por João Marcello de ARAUJO JUNIOR nos seguintes termos: “Alegam seus defensores que os espetaculares atentados terroristas,

defasagem, quando se trata de medidas distintas da prisão provisória, como destaca Fábio Machado de Almeida Delmanto. Desta forma, a investigação de meios alternativos e a necessidade de se criarem formas substitutivas à prisão cautelar colocam-se como necessidades indiscutíveis no atual panorama processual penal brasileiro.¹⁰³¹

Em matéria de medidas cautelares de caráter pessoal, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma estrutura essencialmente bipolar, já que não se encontram medidas intermediárias entre a prisão e a liberdade provisória. Os casos de medidas restritivas da liberdade e de outros direitos individuais são escassos em face da dinamicidade dos delitos e, quase sempre, apresentam objeções em torno de sua feição cautelar.¹⁰³²

A substituição da prisão provisória por medidas de menor gravidade é imprescindível para a construção de um sistema processual penal mais eficiente e consentâneo à necessária tutela dos direitos individuais. Trata-se, portanto, de se buscar alternativas que satisfaçam as finalidades associadas à prisão de natureza cautelar, atendam, com menor gravame à liberdade pessoal e aos direitos individuais, às exigências decorrentes da persecução penal, e, por fim, colaborem com a efetividade da dignidade humana, que mais resta prejudicada, do que favorecida, com a imposição de uma prisão provisória.¹⁰³³

Nesta esteira, muito se tem discutido em torno de medidas alternativas, medidas substitutivas e medidas autônomas à prisão cautelar, sendo consideráveis as

o gangsterismo e a violência urbana somente poderão ser controlados através de leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade.” (*Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos*, in *Sistema penal para o terceiro milênio – atos do colóquio marc ancel*, J. M. de ARAUJO JUNIOR (org.), Rio de Janeiro, Revan, 1991,p.71.)

¹⁰³¹ *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 120.

¹⁰³² V. item 5.6. do Capítulo 5. Como já destacado, a solução para este impasse a que se tem recorrido na prática não atende aos princípios do sistema cautelar processual penal, uma vez que, na maioria dos casos, isto significa o recurso a medidas restritivas de direitos inominadas ou à imposição de prisão provisória, ainda quando não se encontravam presentes os pressupostos autorizadores da medida.

¹⁰³³ Neste sentido, N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 204-205. Ademais, María Laura Alfaro, discorrendo acerca de medidas alternativas à prisão preventiva, destaca a evolução legislativa com o objetivo de substituir a prisão por meios menos gravosos aos direitos individuais e de igual ou de maior eficácia para assegurar os resultados do processo. Segundo dispõe, as ideias de proporcionalidade e de excepcionalidade exigem que o Estado alcance os seus objetivos mediante a imposição de obrigações menos lesivas ao imputado. Desta forma, resulta como uma obrigação do órgão jurisdicional optar pela medida menos gravosa aos direitos individuais, não lhe sendo reconhecida a discricionariedade quanto a esta decisão (*Las medidas alternativas y morigeradoras a la prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, in C. A. C. DIAZ e D. H. OBLIGADO (coord.), *Op. cit.*, p. 632-634).

expectativas que circundam estas providências. Em comum, as medidas substitutivas e as medidas alternativas surgem com a finalidade de minimizar a incidência da prisão cautelar e garantir a esta o seu papel de providência excepcional e subsidiária. No entanto, é necessário estabelecer uma distinção entre os termos, a fim de compreender o sistema de medidas cautelares diversas da prisão. O parâmetro para a distinção é simples: a decretação da prisão cautelar.

As medidas substitutivas são as medidas que substituem uma prisão cautelar já decretada ou imposta. Como destaca Fábio Machado de Almeida Delmanto, as medidas substitutivas se destinam a suceder, por exemplo, uma prisão preventiva com mandado a ser cumprido, ou mesmo uma prisão em flagrante ou uma prisão já efetivada. Em todos estes casos, as medidas substitutivas sucedem a prisão que já existe, e consistem em medidas menos severas aos direitos individuais.¹⁰³⁴

As medidas alternativas à prisão cautelar, por outro lado, não pressupõem a anterior decretação ou mesmo efetivação da prisão. Ora, o caráter alternativo está a indicar, justamente, que se trata de medidas colocadas lado a lado à prisão cautelar. Não obstante a sua origem esteja associada, assim como as medidas substitutivas, a reduzir o âmbito de atuação da prisão de natureza cautelar, as medidas alternativas atuam de modo distinto: não se dispõem a suceder a prisão já entendida como necessária, mas a incidirem antes mesmo da decretação da prisão. Em suma, estas providências consistem em autênticas alternativas colocadas à disposição do juiz no curso da persecução penal, de modo a evitar a própria decretação da prisão em determinados casos.¹⁰³⁵

As medidas autônomas à prisão cautelar cumprem, por sua vez, um papel diferenciado no sistema cautelar processual penal. Enquanto as medidas alternativas e as medidas substitutivas diferenciam-se em função da anterior decretação da prisão, as medidas autônomas têm por pressuposto justamente a impossibilidade de se adotar a prisão, nas circunstâncias concretas, como medida a título cautelar.

¹⁰³⁴ *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 122.

¹⁰³⁵ Neste sentido, F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 122. Como sintetiza o mencionado autor: “(...) nas medidas alternativas não há a *substituição* da prisão (já decretada ou efetivada) por outra medida, mas, sim, a *aplicação* de uma outra medida cautelar *no lugar da prisão*. Isto é, de uma medida cautelar menos severa, tendente a evitar a desnecessária decretação da prisão, afastando-se com isso as suas gravíssimas mazelas. Pressuposto básico para o reconhecimento de determinada medida como *alternativa à prisão* é a possibilidade de aplicação da prisão no caso concreto, pois, do contrário, não se estará aplicando *medida alternativa*, mas *autônoma à prisão*” (*Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 123).

Sem dúvida, a verdadeira evolução de um sistema processual penal encontra-se condicionada à possibilidade de se alcançar o pronunciamento definitivo com o máximo de celeridade e o mínimo de violação aos direitos individuais neste percurso. A imposição de restrições à liberdade pessoal e a outros direitos individuais de índole fundamental, ainda que a título cautelar e necessárias aos escopos processuais, não se desvestem do caráter de ingerência estatal coercitiva no âmbito de proteção destes direitos. Justamente por isto, há uma obrigação implícita e, em alguns ordenamentos jurídicos, explícita, de o legislador buscar meios menos gravosos de atender a esta realidade.¹⁰³⁶

Neste contexto, inserem-se as medidas autônomas à prisão cautelar. Trata-se de medidas autônomas, porque não se admite o uso da prisão ou, inclusive, a vedação à utilização deste recurso decorra do texto da lei. Há casos, de fato, em que o legislador realiza *a priori* um juízo de ponderação e veda, desde a formulação abstrata e genérica da lei, a aplicação da prisão provisória, como ocorre, por exemplo, nos crimes culposos e nos crimes dolosos punidos com detenção no Código de Processo Penal brasileiro.¹⁰³⁷

Em circunstâncias, portanto, em que a prisão cautelar não se mostrar admissível, posto que a restrição ao direito à liberdade se revela desproporcional, a autoridade jurisdicional há de ter outras providências para acautelar o normal desenvolvimento do processo, bem como a efetividade de seus resultados. Outras hipóteses há, em que os pressupostos e os requisitos para a decretação da prisão provisória também não se encontram reunidos, deixando o juiz de mãos atadas diante da ausência de outras medidas cautelares no ordenamento processual penal.

Fábio Machado de Almeida Delmanto traz interessante exemplo, relacionado ao crime de injúria (artigo 140 do Código Penal). Em face de eventual perturbação ao andamento do processo decorrente de comportamento do acusado, que constrange testemunhas a alterar a verdade dos fatos, o juiz não se vê possibilitado a adotar qualquer medida com caráter de cautela instrumental. Isto porque a lei processual penal veda a prisão preventiva nesta hipótese, por se tratar de delito apenado com detenção, não

¹⁰³⁶ Neste sentido, destacam-se os seguintes dispositivos: artigo 193, n. 1, do Código de Processo Penal português; artigo 275 do Código de Processo Penal italiano; o artigo 17 da Constituição espanhola; os dispositivos § 112, § 113 e § 116 do Código de Processo Penal alemão.

¹⁰³⁷ Cf. artigo 313 do Código de Processo Penal. Neste sentido, a observação de F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 124.

sendo hipótese de acusado vadio ou de identidade não esclarecida (artigo 313, inciso II). Ademais, a prisão provisória, no caso, revela-se evidentemente desproporcional em face da pena cominada ao delito (detenção, de um a seis meses, ou multa). Nestas hipóteses, a aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão serviria ao objetivo de evitar óbices à instrução processual, solucionando o manifesto impasse.¹⁰³⁸

Desta forma, o traço distintivo das medidas autônomas à prisão cautelar consiste, justamente, na impossibilidade de adoção desta última providência. Enquanto as medidas alternativas e as medidas substitutivas encontram-se condicionadas à viabilidade de decretação da prisão no caso concreto ou até mesmo a sua decretação e a sua efetivação, no caso das medidas substitutivas, as medidas autônomas servem a processos penais e a procedimentos investigativos desassistidos de medidas cautelares.

Em todas estas medidas, alternativas, substitutivas ou autônomas, a necessidade de caráter cautelar se faz presente. Não basta, portanto, inserir novas modalidades de intervenções aos direitos individuais no curso da persecução penal, apenas com o objetivo de reduzir a esfera de incidência da prisão provisória. O tratamento destinado a estas medidas pelo legislador e pelos intérpretes do sistema processual penal deve ser permeado pelos mesmos princípios e pelas mesmas garantias que cercam a atuação da prisão provisória. Isto é, deve haver uma preocupação em assegurar a imposição destas medidas apenas a título cautelar, pois também estas providências representam ingerência estatal em direitos individuais sem que haja um título condenatório transitado em julgado que as legitime.

A consagração da presunção de inocência como princípio maior de civilidade de um ordenamento jurídico impõe o reconhecimento do estado de inocência do indivíduo e obsta que a ele seja direcionado tratamento incompatível com esta condição. Isto não impede, todavia, a incidência de medidas orientadas a acautelar os fins da persecução penal e a assegurar a realização do *ius puniendi*, que consiste em um interesse geral da sociedade. Neste sentido, faculta-se ao Estado o exercício de seu poder coercitivo, impondo limitações aos direitos individuais, com o objetivo de preservar os principais fins do processo.

¹⁰³⁸ *Medidas substitutivas e ..., op. cit.*, p. 124.

A ponderação entre os direitos individuais de índole fundamental e a presunção de inocência, de um lado, e o interesse coletivo na efetiva persecução penal dos delitos e na manutenção da harmonia social, de outro lado, resolve-se pela possibilidade de se adotarem medidas no curso da investigação ou do devido processo legal, desde que, é claro, ostentem caráter cautelar. Desta forma, o que se quer destacar, neste momento, é que a circunstância de estas medidas diversas da prisão cautelar resvalarem direitos diversos da liberdade pessoal ou determinem ingerências menos intensas a esta liberdade não autoriza o entendimento de não as submeter a um controle rigoroso de sua cautelaridade. Também estas providências devem exprimir os caracteres da tutela cautelar, sob pena de se mostrarem incompatíveis ao sistema constitucional de direitos e de garantias individuais.

5.9. PROPOSTAS DE REFORMA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO RELATIVAS ÀS MEDIDAS RESTRITIVAS DE CARÁTER PESSOAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste momento, parte-se para o estudo das propostas legislativas de reforma do Código de Processo Penal brasileiro no tocante ao tema da prisão e demais medidas cautelares de caráter pessoal. Atualmente, o cenário nacional encontra-se dominado por comentários acerca das medidas alternativas e substitutivas à prisão cautelar, notadamente em face dos recentes projetos de lei formulados sobre o tema.

As preocupações da doutrina acerca de medidas alternativas e de medidas substitutivas à prisão provisória não são recentes, podendo ser revisitados anteprojetos do Código de Processo Penal de 1941 que tratavam de medidas restritivas de caráter pessoal diversas da providência extrema representada pela prisão provisória. Neste sentido, o Anteprojeto Hélio Tornaghi, apresentado pelo este jurista em 1963, durante o governo de Jânio Quadros, o Anteprojeto José Frederico Marques, de 1970, bem como o Anteprojeto de 1981 já apresentavam disposições concernentes a hipóteses de coerção distintas da prisão e da liberdade provisória.¹⁰³⁹

A seguir, será analisado o Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009, que se destina à reforma do Código de Processo Penal, sendo traçados comentários com base na redação final aprovada em 07 de dezembro de 2009, destacando-se alguns pontos sobre a sua versão original.

¹⁰³⁹ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas alternativas e ...*, op. cit., p. 125-134.

5.9.1. OS OBJETIVOS DA REFORMA PROCESSUAL NO CAMPO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL

A análise do projeto de lei sobre medidas cautelares de caráter pessoal somente se mostra completa, desde que acompanhada da trajetória dos debates que cercaram a sua elaboração, bem como do contexto mais amplo de reforma processual em que se insere. Os projetos de reforma do processo penal, de autoria de uma comissão de juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, integram o Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano, celebrado em dezembro de 2004 pelos presidentes do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, notoriamente comprometido com mudanças estruturais profundas e de caráter emergencial nas instituições nacionais.¹⁰⁴⁰

No que se refere às alterações do sistema processual penal brasileiro, a comissão de juristas optou por apresentar oito Projetos de Lei distintos, através dos quais se buscavam reformas tópicas no ordenamento processual penal, mas que alcançavam institutos processuais por inteiro, o que assegurava certo grau de coerência e de harmonia entre os novos preceitos. Neste sentido, a reforma processual penal teve início com a aprovação da Lei 10.258, de 11 de julho de 2001. Em seguida, aprovaram-se a Lei n.º 11.689, de 09 de junho de 2008, que modificou o procedimento dos crimes dolosos contra a vida, a Lei n.º 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou os dispositivos relativos à prova, e a Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou o procedimento comum e o procedimento sumário.

A reforma do processo penal demonstrou-se, desde o início, comprometida com a realização de um processo penal democrático, célere e coerente com os direitos e as garantias individuais reconhecidos em sede constitucional. Neste sentido, as inovações legislativas pontuais já realizadas no sistema processual penal brasileiro, bem como as propostas que ainda estão por vir, voltam-se à solução do cenário, cada vez mais crítico, que caracterizava a atuação do Poder Judiciário nacional: o excesso de litígios, a

¹⁰⁴⁰ Cf. P. BOTTINI, *Medidas cautelares – projeto de lei 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 448. A comissão responsável pela apresentação de propostas para a reforma do Código de Processo Penal foi instituída pelo então Ministro da Justiça José Carlos Dias no ano de 2000. A comissão era integrada por juristas membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, a saber: os professores Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Benetti.

escassa eficiência e a falta de celeridade no processamento das demandas, além do descompasso gritante entre os institutos processuais e as garantias constitucionais.¹⁰⁴¹

Em especial no campo processual penal, a reforma do Código de Processo Penal era inevitável, pois se tratava de conformar um modelo processual autoritário ao sistema democrático inaugurado com a Constituição de 1988.¹⁰⁴² Neste sentido, o reconhecimento da presunção de inocência, como direito fundamental, demandava uma nova sistemática das medidas cautelares de caráter pessoal, que refletisse a harmonia entre a previsão constitucional e a dos Tratados Internacionais de Direito Humanos ratificados pelo Brasil e os objetivos da tutela cautelar no processo penal.¹⁰⁴³ As reformas legislativas observadas ao longo destes anos não atenderam a esses objetivos; ao contrário, serviram apenas para comprometer a coerência do sistema processual penal brasileiro, por meio de disposições incongruentes e alheias à estrutura de institutos tradicionais.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴¹ Cf. P. BOTTINI, *Medidas cautelares – projeto de lei 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 449-453.

¹⁰⁴² Com efeito, o advento da Constituição de 1988 representou uma mudança inquestionável em matéria de reconhecimento de direitos e de garantias fundamentais. O ideal de processo penal como instrumento do exercício do *ius puniendi* estatal cedeu espaço para novos valores. O sistema processual penal brasileiro passou a ser norteado por princípios que, de modo notório, assumiam um compromisso com um modelo de processo acusatório, democrático e de tutela jurídica da liberdade individual. Neste sentido, destacam-se diversos direitos e garantias fundamentais voltados diretamente ao processo, em especial o reconhecimento da presunção de inocência (artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição da República); a proclamação do devido processo legal (artigo 5.º, inciso LIV, da Constituição da República), mais recentemente, a garantia da razoável duração do processo (artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004). Como destaca Fábio Machado de Almeida Delmanto: “A necessidade de reforma do Código de Processo Penal brasileiro era e continua sendo imprescindível, devendo ocorrer o mais rápido possível, a fim de se evitar a aplicação equivocada da lei processual penal ao caso concreto, em flagrante violação de garantias constitucionais. (...) são inúmeros os dispositivos do Código que se encontram em desarmonia com a Constituição Federal” (*Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 269).

¹⁰⁴³ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 268-269; Cf. P. BOTTINI, *Medidas cautelares – projeto de lei 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 452-453. Como destaca este último autor, a reforma processual penal teve por objetivo adequar a legislação infraconstitucional aos preceitos constitucionais de garantia, com o nítido intuito de superar a imagem de defasagem e de desarticulação projetada pelo Código de Processo Penal: “(...) Trata-se de corrigir ou conformar a interpretação de dispositivos originais do Código de Processo Penal (formatado sob a Constituição outorgada de 1937) sob a luz da Constituição Federal de 1988, reconhecendo no texto legal algumas construções jurisprudenciais garantistas provenientes dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal. (...) Dessa forma, a última vertente das reformas foi a tentativa de incorporar, à legislação processual penal infraconstitucional, os princípios e garantias constitucionais, sem, com isso, afetar a sistematicidade e a coerência dos institutos” (*Medidas cautelares – projeto de lei 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 453).

¹⁰⁴⁴ A este respeito, v. item 5.6. do Capítulo 5. Neste momento, apenas a título exemplificativo, cite-se a reforma promovida pela Lei n.º 6.416/77 na disciplina da liberdade provisória. De fato, como já demonstrado, a introdução do parágrafo único ao artigo 310 do Código de Processo Penal não observou a proporcionalidade (em sua sub-regra da necessidade) e a gradação entre as medidas cautelares de caráter

As preocupações em torno de um projeto de lei voltado à regulamentação das medidas cautelares no curso de um processo penal são compreensíveis. Isto porque, como destacado em outras passagens deste trabalho, a prisão cautelar revela-se um instrumento central para a consecução do devido processo penal, tendo em vista as finalidades inerentes à cautela instrumental e à cautela final desempenhadas pela medida em tela.¹⁰⁴⁵ A estas considerações alia-se a constatação, cada vez mais crescente, dos inconvenientes da privação da liberdade pessoal em caráter cautelar e da defasagem do sistema nacional em oferecer medidas alternativas a esta providência.

Nesta esteira, o Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal, entre as alterações propostas para o sistema processual penal brasileiro como um todo, emerge, também, com uma proposta atual de medidas cautelares alternativas à prisão, que permitem vincular o imputado aos expedientes estatais, sem restrições mais intensas à sua liberdade de locomoção.

Com efeito, a proposta legislativa em comento, na parte em que interessa ao tema ora tratado, assenta-se na constatação de que o resguardo dos direitos individuais repousa em um adequado equacionamento dos interesses em debate, de modo que a introdução de medidas alternativas e medidas substitutivas ao cárcere em caráter cautelar, bem como de medidas cautelares diversas da prisão provisória, possa colaborar com a promoção da segurança social e sem descuidar da integridade dos direitos fundamentais.

Neste contexto, o Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009 tem por objetivo inaugurar, no quadro legislativo brasileiro, uma nova sistemática da tutela

pessoal. A lei em questão estendeu o âmbito de atuação da liberdade provisória sem fiança, determinando a sua incidência sempre que o juiz, ao examinar o auto de prisão em flagrante, não verificar a ocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Com esta mudança, o legislador rompeu a harmonia vigente em matéria de prisão cautelar e de liberdade provisória, reservando um papel acessório e de menor importância ao instituto da fiança. Por exemplo, um indivíduo acusado pela prática de uma infração grave, com pena mínima superior a dois anos, já não poderá ser beneficiado concessão de liberdade provisória mediante fiança. No entanto, poderá, o que é melhor, defender-se em liberdade mediante o simples compromisso de comparecimento aos atos do processo, valendo-se o artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que institui a liberdade provisória sem fiança.

¹⁰⁴⁵ Trata-se do fenômeno que Pierpaolo Bottini denomina de “cautelarização” do processo, tendo por objetivo ressaltar a importância que as medidas cautelares assumem no cenário atual de morosidade da justiça e demanda social por resolução eficaz dos litígios. O autor reconhece que a utilização indiscriminada das medidas cautelares revela-se ainda mais traumática no processo penal, em comparação ao processo civil. Isto porque o recurso às medidas cautelares no processo penal restringe a o direito de liberdade de locomoção do indivíduo. No entanto, observa que: “as prisões cautelares e os respectivos *habeas corpus* são institutos processuais atualmente mais importantes do que as sentenças e as apelações”. (*Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 453-454).

cautelar, apresentando medidas cautelares que se distanciam da “bipolaridade” do sistema processual nacional, como critica Rogério Schietti Machado Cruz. Com efeito, conforme aponta este autor, no Brasil, “a única medida alternativa à prisão cautelar – a liberdade provisória – ao contrário do que ocorre com outros ordenamentos, onde a liberdade provisória é uma de tantas outras medidas cautelares *autônomas*, que podem, destarte, ser impostas mesmo a quem se encontre em liberdade total”.¹⁰⁴⁶

Neste sentido, destaca Aury Lopes Júnior que o sistema processual penal brasileiro padece de um defeito e de uma limitação morfológica, não dispondo a autoridade jurisdicional de um elenco vasto de medidas restritivas a direitos individuais em caráter cautelar. O modelo observado pelo sistema brasileiro circunscreve-se ao binário prisão-liberdade, sem oferecer opções intermediárias eficazes. Estas circunstâncias levam a dois extremos patológicos, como observa o autor: a “banalização da prisão preventiva” ou o sentimento coletivo de impunidade em face da liberdade do imputado sem quaisquer restrições, ou “com parcas e insatisfatórias restrições”.¹⁰⁴⁷

Este o verdadeiro propósito do Projeto: apresentar medidas cautelares alternativas e substitutivas à prisão cautelar, a fim de superar a tão criticada dicotomia do sistema processual penal brasileiro.¹⁰⁴⁸ E, na realidade, estas medidas cautelares não se revelam de todo inéditas no ordenamento jurídico nacional, já que entre o novo rol de medidas alternativas e substitutivas encontram-se algumas modalidades de penas restritivas de direito, tal como disciplinadas pela legislação penal brasileira, e espécies de cumprimento da pena privativa de liberdade, como é o caso da prisão domiciliar.¹⁰⁴⁹

5.9.2. COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI N.º 111, DE 2008

Neste momento, não se pretende uma análise exaustiva dos dispositivos do Projeto de Lei em comento, nem traçar comentários sobre todos os aspectos da reforma legislativa que a sua aprovação acarretará ao sistema cautelar nacional. O objetivo do

¹⁰⁴⁶ *Prisão cautelar – dramas ...*, op. cit., p. 134.

¹⁰⁴⁷ *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 131-132.

¹⁰⁴⁸ Neste sentido, o Projeto de Lei n.º 156/2009 acompanha a tendência de sistemas processuais contemporâneos, como demonstrado no Capítulo 4. Com a aprovação do Projeto, o ordenamento jurídico brasileiro passará a contar com um sistema à semelhança do regime italiano, por exemplo, que se caracteriza por um “regime polimorfo”, como observa Franco Cordero (*Procedura penale*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 452).

¹⁰⁴⁹ *Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA, *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 455.

presente item é apresentar as principais mudanças e as discussões trazidas pela proposta legislativa em questão. De fato, não obstante as numerosas críticas recebidas pela doutrina, o Projeto de Lei n.º 111/2008 deve ter o seu mérito reconhecido, por buscar alternativas cautelares menos drásticas à liberdade e reduzir a incidência da prisão cautelar aos casos mais extremos.

O Projeto de Lei n.º 111/2008 propõe nova denominação ao Título IX do Código de Processo Penal brasileiro, o qual passará a chamar-se “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”. Atualmente, o Código de Processo Penal de 1941 disciplina, no Título IX, as medidas cautelares de caráter pessoal, sob a rubrica “DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”. Esta introdução ao tratamento das medidas cautelares eleita pelo legislador de 1941 já acenava para a criticada dicotomia do sistema cautelar nacional. Neste sentido, o novo título bem representa a proposta da reforma processual penal, a saber: a de estender as possibilidades da tutela cautelar no curso do processo penal a novas medidas, reservando a prisão cautelar a situações de extrema e de comprovada necessidade.¹⁰⁵⁰

Nos termos do Projeto de Lei em comento, o Código de Processo Penal brasileiro passará a tratar das medidas cautelares pessoais em seu Livro I, Título IX, artigos 282 a 350. Entre os dispositivos, o legislador reservou o artigo 282 para tratar dos critérios gerais e do procedimento de aplicação das medidas cautelares, o que é uma inovação.¹⁰⁵¹

¹⁰⁵⁰ É certo que o título eleito pelo Projeto de Lei não deveria tratar da prisão e das medidas cautelares, como se se tratassem de institutos distintos. Como destaca Pierpaolo Bottini, o título em análise deveria indicar apenas as medidas cautelares e a liberdade provisória, já que a prisão é uma espécie de medida cautelar (*Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 456).

¹⁰⁵¹ Artigo 282 do Projeto de Lei n.º 111/2008 dispõe que: “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. § 3º 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. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, em quaisquer fases da persecução, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º 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. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). § 7º O juiz ou tribunal que decretou ou manteve a medida cautelar, inclusive a prisão preventiva, a reexaminará, obrigatoriamente, a cada 60 (sessenta) dias, ou em prazo menor quando

Este preceito é, sem dúvida, um avanço de extrema importância, pois tem por objetivo conferir maior racionalidade e maior previsibilidade na adoção das medidas cautelares. Os vetores estabelecidos pelo legislador têm por finalidade não somente auxiliar os juízes no exercício de sua atividade, mas também conferir aos indivíduos balizas seguras para compreender o sistema cautelar nacional.

Neste ponto, o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de sistemas processuais penais estrangeiros, como o Código de Processo Penal italiano, traça os critérios fundamentais a serem observados na aplicação das medidas cautelares de caráter pessoal, a saber: o critério da necessidade, ou, como destaca Pierpaolo Bottini, “o *quando* podem ser decretadas as cautelares” (artigo 282, inciso I), e o critério da adequação da medida à gravidade do crime, ou, como destaca o mencionado autor, “o *como* de sua aplicação” (artigo 282, inciso II).¹⁰⁵² Estas regras terão incidência em todo o sistema cautelar penal brasileiro, alcançando todas as espécies de prisão cautelar, inclusive a prisão temporária prevista na Lei n.º 7.960/1989.

Nos termos do inciso I apresentado, a medida cautelar eleita deve ser necessária para a consecução de ao menos um dos objetivos proclamados em lei, quais sejam: a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal e, nos casos previstos expressamente, evitar a prática de infrações penais.¹⁰⁵³ A incidência destas hipóteses, como ressalta a doutrina, é alternativa, isto é, basta a demonstração, em decisão judicial devidamente motivada, da ocorrência de qualquer das autorizações legais para a imposição da medida cautelar, desde a menos incisiva restrição até a prisão provisória.

Em atenção aos comentários já tecidos sobre a tutela cautelar, observa-se que o legislador ocupou-se, neste inciso, do *periculum libertatis*, sem anotar, de modo expresso, a exigência do *fumus commissi delicti* para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.¹⁰⁵⁴ Fábio Machado de Almeida Delmanto concorda que, “neste ponto, a

situação excepcional assim o exigir para, fundamentadamente, avaliar se persistem os motivos que a ensejaram”.

¹⁰⁵² *Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA, *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 456.

¹⁰⁵³ Com relação a este escopo, remete-se às considerações sobre as finalidades não cautelares da prisão provisória desenvolvidas no Capítulo 6.

¹⁰⁵⁴ Isto porque, no caso da decretação da prisão preventiva, o Projeto de Lei refere-se a ambos os pressupostos da tutela cautelar de modo expresso, como se pode constatar a partir do artigo 312, *caput*: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime

redação proposta merece ser revista”, já que as exigências menos intensas para as cautelares diversas da prisão não autorizam a dispensa do mencionado pressuposto da tutela cautelar.¹⁰⁵⁵

Desta forma, ainda que não se tenha uma determinação legal expressa, a incidência concreta destas medidas cautelares há de contornar esta falha por meio de uma interpretação coerente com o sistema cautelar. As medidas cautelares diversas da prisão, ainda que menos incisivas à liberdade do indivíduo, demandam a presença dos dois pressupostos da tutela cautelar para a sua aplicação, sem os quais a sua decretação revelase arbitrária e abusiva.¹⁰⁵⁶

Por sua vez, o critério de adequação trabalha com a eleição da medida em face do caso concreto. Neste momento da atividade jurisdicional, a necessidade da medida cautelar já se encontra assentada e é indiscutível. Agora, passa-se ao exame da intensidade da providência, que deve ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou do acusado. Em face da presunção de inocência, Pierpaolo Bottini entende que a interpretação do critério de adequação será, sem dúvida, tarefa árdua, já que antecipa considerações alheias à tutela cautelar para a determinação da medida assecuratória cabível.¹⁰⁵⁷

Na realidade, o exame da proporcionalidade na decretação das medidas restritivas a direitos individuais de caráter pessoal, adotadas no curso da persecução penal, demanda o recurso à gravidade da pena abstratamente cominada ao delito e, inclusive, conforme entendimento doutrinário, da pena a ser esperada ao final do processo penal.

organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”.

¹⁰⁵⁵ *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 280-281.

¹⁰⁵⁶ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 132.

¹⁰⁵⁷ Neste sentido, registre-se a crítica de Pierpaolo Bottini aos elementos do critério de adequação em comento. Em que pese o avanço representado por este critério, o autor reconhece que a disposição normativa traz para este momento processual considerações sobre o ilícito praticado, sobre a qualidade da infração penal, sobre as circunstâncias do delito e sobre as condições pessoais do acusado que mais dizem respeito à determinação da pena do que à escolha da medida cautelar adequada. Segundo o autor, o legislador, ao comportar-se desta maneira, parece desconsiderar as finalidades da pena e as finalidades da medida cautelar, que são notoriamente distintas. Por último, o autor reconhece que, desde que corretamente interpretados, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente podem orientar, de modo eficiente, a escolha da medida cautelar. Neste sentido, a interpretação adequada é aquela que vincula estes elementos ao andamento do processo, isto é, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente devem relacionar-se “(...) com a necessidade de assegurar a ordem da persecução” (*Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 458). Ademais, a crítica de A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 171.

Trata-se de uma exigência da adequação qualitativa que deve ser observada entre a intervenção estatal nos direitos fundamentais e o resultado colimado por esta limitação.¹⁰⁵⁸

Ora, se a finalidade das medidas cautelares é, justamente, resguardar os escopos da persecução penal, não se justifica a imposição de semelhante restrição à liberdade em casos nos quais não se vislumbra a possibilidade de se impor a privação deste direito ao final do processo. Não obstante, a fim de evitar subjetivismos e arbitrariedades, os critérios de aferição deste controle de proporcionalidade devem ostentar um caráter objetivo, sempre conectados ao fato objeto da persecução penal.¹⁰⁵⁹

As medidas cautelares serão decretadas pela autoridade jurisdicional, de ofício, ou por requerimento das partes ou, desde que admissível, por representação da autoridade policial (artigo 282, parágrafo 2.º).¹⁰⁶⁰ Neste ponto, o Projeto de Lei mantém a reserva jurisdicional em consonância com o sistema constitucional de garantias. Há, na verdade, uma especial relevância em reafirmar esta cláusula, já que o projeto admite medidas que restringem somente indiretamente a liberdade de locomoção.¹⁰⁶¹ Nos termos do preceito, inclusive estas cautelares devem ser determinadas por autoridade jurisdicional, principalmente diante do fato de que estas medidas podem ser substituídas ou convertidas

¹⁰⁵⁸ Neste sentido, v. Capítulo 6.

¹⁰⁵⁹ Neste ponto, recorre-se às considerações de Maurício Zanoide de Moraes ao estabelecer critérios para a aferição da garantia da ordem pública como fundamento da prisão provisória (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 390).

¹⁰⁶⁰ Quanto à legitimidade para requerer a adoção de cautelares, a maior crítica reside junto à possibilidade de decretação de medida cautelar de ofício. O Código de Processo Penal em vigor traz semelhante autorização (artigo 311). A determinação de medidas cautelares de ofício encontra resistência na doutrina em face do modelo acusatório de processo penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que condena toda iniciativa jurisdicional capaz de comprometer a sua imparcialidade e, com isto, a isonomia entre os sujeitos processuais. Neste sentido, Aury Lopes Júnior, para quem a decretação da prisão preventiva de ofício “(...) não resiste a uma filtragem constitucional. (...) Assim, é inegável que o juiz que decreta uma prisão preventiva de ofício viola os limites impostos pelo sistema acusatório, sendo, portanto, substancialmente inconstitucional a decisão. Mais do que isso, fulmina estética de imparcialidade, tornando-o contaminado e impedido de continuar no processo.” (*Direito processual penal ...*, op. cit., p. 101-104). Ainda, P. BOTTINI, *Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 460-461.

¹⁰⁶¹ A previsão de medidas cautelares diversas da prisão, que restringem os direitos individuais em menor intensidade, poderia conduzir ao entendimento de que a decisão jurisdicional não seria necessária em todos os casos. No entanto, isto resta afastado de plano pelo Projeto de Lei, que reafirma a reserva jurisdicional nesta matéria. Há uma única exceção: a fiança concedida pela autoridade policial, na hipótese de prisão flagrante, tal como disciplinado pelo artigo 322 do Projeto de Lei: “Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena máxima de prisão não seja superior a quatro anos. Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em quarenta e oito horas”.

em prisão preventiva, no caso de descumprimento das obrigações impostas (artigo 282, parágrafo 4.º).¹⁰⁶²

Em atenção ao extenso rol de medidas cautelares previstas, o legislador preocupou-se em destacar que estas poderão ser aplicadas de modo isolado ou cumulativo (artigo 282, parágrafo 1.º). Desta forma, a autoridade jurisdicional poderá avaliar se o caso concreto demanda uma ou mais medidas assecuratórias, orientando a sua decisão pelos critérios de necessidade e de adequação. Por óbvio, a cumulação de medidas pressupõe que sejam as suas restrições compatíveis; além disso, a prisão cautelar somente admite aplicação isolada.¹⁰⁶³

Outro aspecto relevante consiste na previsão do contraditório prévio à decretação da medida cautelar, somente obstado nos casos de urgência ou de perigo de sua ineficácia (artigo 282, parágrafo 3.º). Em atenção ao modelo processual acusatório e democrático adotado, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, deve determinar a intimação da parte contrária, que possui legitimidade para requerer a imposição de medida menos gravosa (artigo 282, parágrafo 2.º).

O caráter provisório das medidas cautelares restou acentuado no projeto, ao permitir-se a revogação da medida ou a sua substituição quando o juiz verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem (artigo 282, parágrafo 5.º).

Ademais, o artigo 282, parágrafo 6.º, já no encerramento das condições gerais de aplicação das medidas cautelares, sumariza a nova concepção do sistema cautelar processual penal: a prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar, sendo indiscutível o seu caráter de *ultima ratio*.

O Projeto de Lei torna evidente a subsidiariedade da prisão cautelar e a ordem escalonada entre as cautelas admitidas. Um exame mais detido aos termos empregados pelo legislador, inclusive a própria localização topográfica deste parágrafo,

¹⁰⁶² As medidas cautelares distintas da prisão demandam o cumprimento de obrigações determinadas em lei, de modo que a sua não observância pode sujeitar o acusado ou o investigado à substituição da medida ou à sua cumulação com outras cautelares. A substituição por prisão preventiva é sempre a escolha mais extrema e desde que comprovada a ineficácia das demais cautelares.

¹⁰⁶³ Cf. P. BOTTINI, *Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 460.

após as considerações sobre os critérios de aplicação das medidas cautelares, revela que “a prisão cautelar deixa de ser o núcleo das medidas assecuratórias e passa a ser a *extrema ratio*, aplicável apenas a situações excepcionais”.¹⁰⁶⁴

Ademais, o Projeto de Lei em comento traz disposição específica quanto à necessidade de reexame obrigatória da decretação ou da manutenção da medida cautelar, em prazo de 60 (sessenta) dias, ou em período menor, quando a situação excepcional assim o exigir. O objetivo do legislador, ao estabelecer semelhante dever às autoridades jurisdicionais, consiste em assegurar a avaliação da subsistência dos pressupostos cautelares que motivaram a sua adoção em primeiro lugar, o que se revela uma exigência indissociável da tutela cautelar caracterizada, justamente, por sua provisoriedade e por sua excepcionalidade.

Destaca-se, ainda, uma preocupação constante com a proporcionalidade na seleção da medida restritiva aos direitos fundamentais, como já destacado e o que se reforça pelo artigo 313, que trata, de modo específico, da prisão preventiva. Embora o Projeto de Lei não tenha optado por uma visão sistemática dos princípios a nortearem a atuação das medidas cautelares, os conceitos de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito encontram-se presentes.¹⁰⁶⁵

Ademais, conforme acenado, o Projeto de Lei apresenta rol de medidas cautelares alternativas e substitutivas da prisão provisória, como se nota de seu Capítulo V, denominado “Das outras medidas cautelares”. Os comentários sobre as espécies de medidas alternativas serão traçados, quando da análise do Projeto de Lei n.º 156/2009. Por ora, destaca-se que o Projeto em comento trata da medida de internação provisória do imputado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração criminosa.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁴ Cf. P. BOTTINI, *Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 462.

¹⁰⁶⁵ Neste sentido, a crítica de Aury Lopes Júnior, para quem o Projeto de Lei em tela deveria ter optado pelo tratamento de princípios orientadores das medidas cautelares (*Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 171).

¹⁰⁶⁶ Como observam Kai Ambos e Fauzi Hassan Choukr, a medida encontra-se relacionada ao tema do incidente de insanidade mental (*A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*, São Paulo, Método, 2001, p. 173).

Sem dúvida, esta nova sistemática da tutela cautelar de caráter pessoal reforça as diretrizes traçadas pela Constituição, que concebe um modelo processual penal sob a base da presunção de inocência e da liberdade como direito fundamental. Neste passo, as intervenções estatais a este direito fundamental são claramente encaradas como medidas extremas, sendo reservado à prisão cautelar o caráter de recurso de absoluta exceção, em evidente combate à visão banalizada da prisão preventiva que domina o cenário nacional.¹⁰⁶⁷

5.9.3. COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 156, DE 2009

Como já destacado, o objetivo deste item é analisar o projeto de reforma do Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, em sua parte dedicada ao tratamento das medidas cautelares de caráter pessoal. Em matéria de medidas alternativas e substitutivas à prisão provisória, bem como de medidas cautelares autônomas distintas desta providência extrema, o Projeto de Lei n.º 156/2009 oferece nova sistemática à tutela cautelar no processo penal e a medidas restritivas a outros direitos individuais diversos da liberdade. É, sem dúvida, preferível que as mudanças no tocante às medidas cautelares de caráter pessoal venham no bojo de um Projeto de Lei de reforma do Código de Processo Penal, o que minimiza os riscos de falta de coesão decorrentes de alterações parciais em códigos.

O Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009, em seu Livro III, trata das medidas cautelares adotadas no curso da persecução penal. O Título I traz as disposições gerais relativas às medidas cautelares, dedicando os artigos 525 a 532 à aplicação e à efetivação das medidas cautelares em geral. Por sua vez, o Título II trata das medidas cautelares de caráter pessoal (artigos 533 a 611). Por fim, o Título III ocupa-se das medidas cautelares reais (artigos 612 a 654).

¹⁰⁶⁷ De fato, o recurso insistente à prisão preventiva, que se verifica pelas decisões judiciais no Brasil, parece desconsiderar os sérios gravames desta medida cautelar aos direitos individuais. Como destaca Pierpaolo Bottini: “a banalização da prisão preventiva desagrega os laços comunicativos normais da pessoa, inserindo-a em um contexto de valores distintos, capazes de afetar de maneira definitiva qualquer processo de socialização. Os efeitos criminógenos da prisão, definitiva ou provisória, são de todos conhecidos – portanto, a sua limitação a medida de extrema necessidade é previsão de bom senso e útil para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito” (*Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 462-463). Nestes sentido, A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 66-67.

Entre as medidas cautelares pessoais, que interessam ao presente tema, o Projeto de reforma do Código de Processo Penal admite: a) a prisão provisória; b) a fiança; c) o recolhimento domiciliar; d) o monitoramento eletrônico; e) a suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; f) a suspensão das atividades de pessoa jurídica; g) a proibição de frequentar determinados lugares; h) a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; i) o afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; j) a proibição de ausentar-se da comarca ou do País; k) o comparecimento periódico em juízo; l) a proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; m) a suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; n) a suspensão do poder familiar; o) bloqueio de endereço eletrônico na internet; p) a liberdade provisória (artigo 533).

O Projeto de Lei em comento inova o tratamento destinado às medidas cautelares em diversos aspectos: a previsão de disposições gerais sobre a aplicação e a incidência das medidas cautelares (artigos 525 a 532), a fixação de prazos máximos de duração das medidas cautelares de caráter pessoal (artigos 558 a 561, 564 e 606), bem como a obrigatoriedade do reexame da prisão preventiva no prazo de noventa dias (artigo 562). Sem dúvida, muitas destas inovações resultaram da incorporação ao texto do Projeto de Lei n.º 156/2009 de recomendações e de críticas da doutrina e da jurisprudência, no que concerne ao sistema brasileiro de tutela cautelar no processo penal.

De fato, as objeções ao tratamento dispensado pelo Código de Processo Penal e por leis extravagantes às medidas cautelares adotadas no curso do processo penal não eram isoladas. Em grande medida, as dificuldades e a arbitrariedade que muitas vezes pairavam sobre a operacionalização das medidas cautelares processuais penais, notadamente as de caráter pessoal, decorriam da ausência de um tratamento sistemático da tutela cautelar.

Com efeito, a disciplina normativa das medidas cautelares, atualmente, não conta com um conjunto integrado de dispositivos ou com lineamentos gerais sobre a matéria; faltam, em nosso sistema processual penal, disposições gerais sobre a aplicação destas medidas, assim como sobre as exigências de revisão periódica e de revogação. Ademais, em se tratando de medidas cautelares de caráter pessoal, o ordenamento jurídico brasileiro convive com a criticada dicotomia entre prisão cautelar e liberdade provisória,

sem oferecer aos seus intérpretes quaisquer providências alternativas a este sistema bipolar.¹⁰⁶⁸

A isto, soma-se a ideologia da Escola Positiva e da Escola Técnico-jurídica italianas, que exerceu papel determinante na inserção de dispositivos em nosso Código de Processo Penal de caráter autoritário e dissonantes do reconhecimento constitucional da presunção de inocência, reservando aos intérpretes a difícil tarefa de conciliar estes preceitos aos valores da ordem constitucional democrática iniciada em 1988.¹⁰⁶⁹ Muitas destes conflitos normativos, como a exigência de recolhimento à prisão para recorrer de sentença condenatória ou em face da decisão de pronúncia, bem como a deserção pela fuga do apelante, só recentemente foram revogados de nossa legislação, o que demonstra o atraso com que as mudanças são realizadas nesta área.¹⁰⁷⁰

No presente trabalho, será feito o exame das disposições previstas no Título I, “Disposições Gerais”, e no Título II, “Das Medidas Cautelares Pessoais”, do Livro III, “Das Medidas Cautelares”, do Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009. Nesta análise, pretende-se dar destaque à sistematização da matéria, o que, como já mencionado, representa uma inovação em nosso diploma processual penal, aos preceitos gerais sobre a aplicação, a incidência, a revogação e a revisão das medidas cautelares de caráter pessoal, bem como à conformidade dessas providências aos caracteres que norteiam a tutela cautelar, em especial, a jurisdicionalidade, a provisoriedade, a provisionalidade, a excepcionalidade, a instrumentalidade, e a proporcionalidade.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁸ Neste sentido, R. S. M. CRUZ, *Prisão cautelar – dramas ...*, op. cit., p. 133-135.

¹⁰⁶⁹ Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 157-160. Neste sentido, Mônica Ovinski de Camargo: “Entretanto, o simples exame do conteúdo da exposição de motivos denuncia sua aproximação com os ensinamentos da Escola Técnico-Jurídica, principalmente quando sublinha a necessidade da codificação repressiva primar pelo interesse social, bem tutelado e conduzido pelo Estado, em lugar da proteção do indivíduo acusado. Isto não causa estranheza, pois em 1941, a citada escola italiana estava em voga, conhecendo grande difusão mundial, e representava o que havia de mais moderno e técnico para a disciplina repressiva, seja no campo penal ou processual penal. Além do que, o fascismo em 1941 ainda vigia na Itália, onde o CPP de Rocco, editado dez anos antes, brilhava incólume sem as luzes da Constituição de 1946, exportando comandos para outras nações, simpáticas aos seus valores ou à sua apurada técnica jurídica.” (*Princípio da produção inocência no Brasil – o conflito entre punir e libertar*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p.111-112.)

¹⁰⁷⁰ A prisão para recorrer da sentença condenatória e a prisão para recorrer da decisão de pronúncia, como já demonstrado, além de inconstitucionais por total incompatibilidade com a presunção de inocência, foram revogadas com a reforma do Código de Processo Penal em 2008 (Lei n.º 11.689/2008 e Lei n.º 11.719/2008).

¹⁰⁷¹ Conforme Aury Lopes Júnior., que destaca a principiologia das prisões cautelares como sendo a estrutura fundamental para o estudo desta matéria, permitindo a coexistência da prisão com o princípio da presunção de inocência (*Direito processual penal ...*, op. cit., p. 59 e seguintes). Neste sentido, as críticas de Sylvio Lourenço da Silveira Filho, que optou por ressaltar a jurisdicionalidade, a provisoriedade, a provisionalidade e a excepcionalidade das medidas cautelares para a análise do Projeto de Lei n.º 156/2009, que o autor

5.9.3.1. A ESTRUTURA DO LIVRO DAS MEDIDAS CAUTELARES DO PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 156, DE 2009

O Projeto de Lei n.º 156/2009, propõe a criação de um Livro III no Código de Processo Penal, que será denominado “Das medidas cautelares”, destinado ao tratamento das medidas cautelares decretadas pelo juiz no curso da persecução penal. O Título I trata das “Disposições gerais”, ao passo que o Título II, “Das medidas cautelares pessoais”.

Como já destacado, atualmente, o Código de Processo Penal não oferece uma exposição sistemática em matéria de medidas cautelares, em qualquer de suas modalidades: de caráter pessoal, de caráter real ou de caráter probatório. Quanto ao tema que interessa no momento, o Código de Processo Penal de 1941 disciplina, no Título IX, as medidas cautelares de caráter pessoal, sob a rubrica “Da prisão e da liberdade provisória”, o que já indicava a criticada dicotomia do sistema cautelar brasileiro. Sem dúvida, o formato eleito pelo Projeto de Lei acena para as novas possibilidades de medida cautelar a serem adotadas no curso da persecução penal, o que se comprova pelo rol de medidas cautelares pessoais de seu artigo 533.¹⁰⁷²

Em seu Título I, dedicado às disposições gerais sobre o tratamento da tutela cautelar no processo penal, o legislador ordinário iniciou com a afirmação das características de legalidade (artigo 526, *caput*), de excepcionalidade (artigo 526, *caput*), de instrumentalidade (artigo 526, *caput*), de jurisdicionalidade (artigo 525, *caput*), de provisoriedade (artigo 532, inciso VII), de proporcionalidade (artigos 527 e 529, parágrafo único) e de motivação da decisão (artigo 532) que norteiam a atuação das medidas cautelares. A exigência dos pressupostos da tutela cautelar também se fez presente por

também indica como princípios de regência das medidas cautelares (*As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS n.º 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência*, in J. N. DE M. COUTINHO e L. G. G. C. DE CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 247-248).

¹⁰⁷² Conforme o artigo 533 do Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, são medidas cautelares pessoais: “I – prisão provisória; II – fiança; III – recolhimento domiciliar; IV – monitoramento eletrônico; V – suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; VI – suspensão das atividades de pessoa jurídica; VII – proibição de frequentar determinados lugares; VIII – suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; IX – afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; X – proibição de ausentar-se da comarca ou do País; XI – comparecimento periódico em juízo; XII – proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; XIII – suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; XIV – suspensão do poder familiar; XV – bloqueio de endereço eletrônico na internet; XVI – liberdade provisória”.

meio da alusão expressa à existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade do delito.¹⁰⁷³ Todas estas considerações estão a ressaltar a preocupação do legislador em conferir caráter mais técnico e preciso à atuação da tutela cautelar no campo processual penal, o que colabora com a segurança jurídica e reduz o risco de arbitrariedades.

De início, o Título II do Projeto em questão, em consonância com o princípio da presunção de inocência, reconhecido em nossa Constituição da República de 1988 e motivador de toda a reforma do sistema cautelar no processo penal, dispõe, em seu artigo 535, que “antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prisão ficará limitada às seguintes modalidades”, a saber: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. Em especial, quanto à aplicação da prisão preventiva, o Projeto é expresso ao determinar que esta “(...) jamais será utilizada como forma de antecipação de pena” (artigo 556, parágrafo 1.º), o que, no entanto, não exclui as críticas a algumas de suas hipóteses de cabimento, descritas no artigo 556, incisos I a V, que serão feitas em momento oportuno.

Ademais, o Projeto também apresenta medidas cautelares pessoais diversas da prisão, como se nota de seu artigo 533, algumas em caráter inovador, outras traduzindo medidas já previstas no ordenamento jurídico brasileiro a título provisório, bem como em caráter de sanção penal diversa da pena privativa de liberdade. A redação proposta ainda admite que outras medidas cautelares pessoais possam ser aplicadas, de modo isolado ou cumulativo, nos termos do artigo 587, como uma forma de evitar a decretação da prisão provisória e assegurar a incidência desta medida extrema conforme a proporcionalidade.

Como será demonstrado, houve uma preocupação constante do Projeto em tela com a observância da proporcionalidade na atuação da tutela cautelar de caráter pessoal, ao vedar a aplicação de medida cautelar mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação (artigo 527).¹⁰⁷⁴ Em seguida, o Projeto prevê que a escolha da

¹⁰⁷³ Como será destacado, as características das medidas cautelares são afirmadas não somente nos dispositivos do Título I, “Disposições gerais”, mas também no Título II, destinado ao tratamento das medidas cautelares pessoais. Em razão da exposição, neste momento, fez-se referência somente aos artigos do Título I.

¹⁰⁷⁴ Ronaldo Leite Pedrosa, ao comentar a preocupação do Projeto de Lei em não autorizar a aplicação de medida cautelar que se mostre, em tese, mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação, destaca o que denomina “princípio da homogeneidade”: “(...) que, em última análise, significa que toda e qualquer medida de natureza cautelar deve guardar congruência com a futura solução do mérito, a fim de impedir um indevido processo legal”. Não obstante, esta característica não afasta a crítica do autor a outros

autoridade jurisdicional será orientada pelos parâmetros de necessidade, de adequação e de vedação do excesso, que correspondem aos requisitos intrínsecos da proporcionalidade, determinando, ainda, ao juiz que atente para as exigências cautelares do caso concreto, considerando a natureza e as circunstâncias do crime (artigo 529), o que deverá ser revelado na motivação da decisão, conforme o artigo 532, incisos IV, V e VI especialmente.

Com relação à decretação da prisão preventiva, em atenção à proporcionalidade que deve orientar as restrições a direitos fundamentais, veda-se a prisão preventiva nos crimes culposos, nos crimes dolosos, cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a três anos, salvo a ocorrência de violência ou de grave ameaça à pessoa, ou se o estado de saúde do agente tornar incompatível a prisão provisória. Neste ponto, o Projeto em comento foge à disciplina do Projeto de Lei n.º 111/2008, que exigia, para a aplicação de prisão preventiva, crime doloso, e punido com pena máxima superior a quatro anos, o que se encontrava de acordo com a atual sistemática das penas restritivas de direito do Código Penal.¹⁰⁷⁵ Em casos notoriamente especiais, a prisão preventiva poderá ser cumprida em regime domiciliar.¹⁰⁷⁶

Outro ponto interessante do Projeto de reforma do Código de Processo Penal consiste na previsão de prazos máximos de duração da prisão preventiva, a serem indicados pelo juiz no momento de decretação ou de prorrogação da medida. Ademais, a obrigatoriedade do reexame do decreto de prisão preventiva após o decurso de noventa dias atende à característica das medidas cautelares, que pressupõem vigência provisória e atrelada à comprovação de seus pressupostos, *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, os quais devem estar presentes não somente no momento da decretação, mas ao longo da medida para que se justifique a sua subsistência, sob pena de revogação.¹⁰⁷⁷

Em seguida, pretende-se uma análise das principais mudanças a serem introduzidas no sistema processual penal brasileiro pelo Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, no tocante às medidas cautelares de caráter pessoal.

pontos do Projeto de Lei, em seu artigo dedicado à reforma (*Medidas cautelares e presunção de inocência – a resposta do Projeto*, in J. N. DE M. COUTINHO e L. G. G. C. DE CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 291).

¹⁰⁷⁵ Cf. artigos 43 e seguintes do Código Penal. Neste sentido, F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 272.

¹⁰⁷⁶ Conforme o artigo 557, parágrafo 1.º, do Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009.

¹⁰⁷⁷ Conforme o artigo 562 do Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009.

5.9.3.2. AS ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL NO PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 156, DE 2009

Uma análise da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 156/2009 deixa evidente o propósito do legislador em sistematizar as medidas cautelares pessoais sob as diretrizes da cautelaridade, da diversidade de medidas, da proporcionalidade e da duração razoável destas restrições.¹⁰⁷⁸ De acordo com o artigo 533 do Projeto de Lei n.º 156/2009, encontram-se previstas dezesseis medidas cautelares pessoais, entre as quais se situam restrições à liberdade pessoal, mas também a direitos individuais de índole diversa.

Com a aprovação do Projeto de Lei em comento, o sistema processual penal passará a contar com extenso rol de medidas restritivas diversas da prisão provisória, em um total de quinze espécies, as quais poderão ser adotadas pelo juiz de modo isolado ou cumulativo (artigo 587).

Neste sentido, a decisão acerca das medidas cautelares de carácter pessoal tornar-se-á ainda mais complexa, já que o juiz deverá, em sua motivação, indicar não somente a presença dos pressupostos cautelares tradicionalmente explicitados quando da adoção da prisão provisória, mas também a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida selecionada. A diversidade de medidas, portanto, tem por objetivo possibilitar ao juiz a escolha da restrição mais ajustada ao caso, devendo a

¹⁰⁷⁸ Neste sentido, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 156/2009 adota como diretrizes: “I) A primeira, convergir para o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art.5º, LVII, da CR), de modo a valorizar a noção básica de *acautelamento*, no sentido de que a prisão e outras formas de intervenção sobre a pessoa humana somente se justificam em face da sua concreta necessidade. Na falta desta, não existirá razão jurídica legítima para a restrição de direitos fundamentais, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Reafirma-se, portanto, a natureza excepcional da prisão e das demais medidas cautelares; (...) III) A terceira diretriz deixa-se guiar pelo princípio da proporcionalidade, acolhido expressamente entre os princípios fundamentais do Código e vislumbrado como desdobramento lógico do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal (arts. 1º e 5º, LIV, da CR). Isso significa, em primeiro lugar, em linguagem coloquial, que o remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade. Ou seja, as medidas cautelares deverão ser confrontadas com o resultado de uma provável condenação, para se aferir eventual excesso na dose. Fica vedada, pois, a aplicação de medida cautelar que, em tese, seja mais grave que a pena decorrente de eventual sentença penal condenatória. No mais, o recurso à prisão somente será legítimo quando outras medidas cautelares revelarem-se inadequadas ou insuficientes. Entre as possibilidades de escolha, cabe ao juiz eleger aquela mais adequada ao caso concreto, atento aos parâmetros de necessidade, adequação e vedação de excesso. Proporcionalidade, portanto. Respeitados tais critérios, abre-se ao magistrado, inclusive, a hipótese de aplicação cumulativa de medidas, em prol, mais uma vez, da efetividade do processo”.

autoridade jurisdicional, em fundamentação minuciosa, expor a cautelaridade, a proporcionalidade e a concreta necessidade da providência.¹⁰⁷⁹

Nos termos do artigo 533 do Projeto de Lei n.º 156/2009, são medidas cautelares pessoais: “I – prisão provisória; II – fiança; III – recolhimento domiciliar; IV – monitoramento eletrônico; V – suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; VI – suspensão das atividades de pessoa jurídica; VII – proibição de frequentar determinados lugares; VIII – suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; IX – afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; X – proibição de ausentar-se da comarca ou do País; XI – comparecimento periódico em juízo; XII – proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; XIII – suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; XIV – suspensão do poder familiar; XV – bloqueio de endereço eletrônico na internet; XVI – liberdade provisória”.

A ideia central da reforma do Código de Processo Penal resta atendida com este elenco de medidas restritivas colocado à disposição do juiz, reafirmando o compromisso de reservar a prisão provisória como medida extrema no curso da persecução penal.¹⁰⁸⁰ Entre as medidas predispostas no Projeto em comento, não se esboça uma hierarquia, a menos pela prisão provisória, a que se confere uma posição diferenciada em razão da máxima ingerência à liberdade pessoal neste caso.¹⁰⁸¹

Como destacado em momento anterior, a prisão provisória, assim como as demais medidas elencadas no Projeto, somente há de ser admitida, se ostentar caráter cautelar. A restrição à liberdade pessoal ou a outros direitos de índole fundamental somente se mostrará em consonância com o nosso sistema constitucional, em especial com a presunção de inocência, caso se destine a finalidades estritamente processuais, qualificando-se como cautela instrumental ou como cautela final.¹⁰⁸² Como sintetiza

¹⁰⁷⁹ Cf. R. S. M. CRUZ, *As medidas cautelares no projeto do novo CPP*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 183, ed. especial, jul.-set./2009, p. 212; A. S. FERNANDES, *As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 183, jul./set.2009, p. 16; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 273.

¹⁰⁸⁰ Ressalta-se que a alusão a “medidas restritivas” refere-se ao fato de que estas providências consistem em restrições (intervenções legítimas) a direitos individuais de índole fundamental.

¹⁰⁸¹ Cf. R. S. M. CRUZ, *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 218. Isto se pode notar pelo caráter de *ultima e extrema ratio* que se atribui à prisão provisória, conforme o artigo 556, parágrafo 3.º, do Projeto de Lei n.º 156/2009.

¹⁰⁸² Neste sentido, o vetor a orientar a reforma processual penal no campo das medidas cautelares é, justamente, aquele que busca a efetividade da presunção de inocência e reserva às intervenções nos direitos

Rogério Schietti Machado Cruz, “o que varia, portanto, não é a justificativa ou a causa final da cautela, mas o grau de lesividade e a dose de sacrifício decorrente de cada uma delas”.¹⁰⁸³

Em face destas considerações, nota-se a controvérsia em torno da natureza cautelar de algumas destas medidas diversas da prisão provisória. Assim, as medidas de recolhimento domiciliar; de suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública, de suspensão das atividades de pessoa jurídica; de proibição de frequentar determinados lugares; de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; de suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; de suspensão do poder familiar; de bloqueio de endereço eletrônico na internet, têm questionado o seu caráter cautelar no sistema processual penal. Isto porque, nestas providências, a justificativa de sua imposição não guarda correspondência aos pressupostos cautelares, que somente admitem providências voltadas a assegurar o normal andamento do processo ou a efetividade de seu resultado.¹⁰⁸⁴

Em todas estas hipóteses, por trás da previsão legal, não se encontra fundamento condizente à cautela instrumental ou à cautela final, sendo medidas precipuamente orientadas a resguardar a ordem pública ou a evitar a reiteração criminosa, o que, como já demonstrado, não condizem com o sistema de tutela cautelar.¹⁰⁸⁵ Neste sentido, a compreensão, a interpretação e a atuação deste novo sistema cautelar deverão ser conduzidas em termos coerentes ao ordenamento constitucional e, em especial, à presunção de inocência, zelando as autoridades judiciais para que não se atribuam finalidades próprias de pena a estas providências instrumentais.

Desta forma, a persistir a redação deste Projeto de Lei, será necessário, ao menos, buscar a cautelaridade destas providências na sua incidência concreta,

fundamentais um caráter excepcional. Como destacam Kai Ambos e Fauzi Hassan Choukr, é necessária uma “inversão valorativa”, colocando-se a liberdade como a regra, e a prisão como a exceção (*A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*, São Paulo, Método, 2001, p. 153).

¹⁰⁸³ *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 218. Neste sentido, F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 275.

¹⁰⁸⁴ Aliás, o Projeto de Lei n.º 4.208/2001 contemplava como outras medidas cautelares diversas da prisão a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou o acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações, e a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais. Nestas hipóteses, portanto, o Projeto de Lei era claro quanto à finalidade de evitar a reiteração criminosa, o que distanciava as medidas do caráter cautelar.

¹⁰⁸⁵ Neste sentido, F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 275-276.

reservando tais medidas apenas quando estritamente necessário para a preservação da realização do processo. Trata-se, sem dúvida, de uma linha muito tênue, pois algumas das medidas em questão assumem uma identidade próxima à pena, fazendo-se o controle de sua cautelaridade através da motivação das decisões penais.

Entre as medidas restritivas à liberdade e a outros direitos diversas da prisão, encontram-se medidas nem tão inovadoras em nosso sistema processual penal. Assim ocorre com a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, que já se encontrava prevista na Lei n.º 9.503/1997 (artigo 294), o afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima, que é disciplinado na Lei n.º 11.340/2006 (artigo 23, inciso III), a suspensão do exercício de função pública, que se encontra na Lei n.º 8.429/1992 (artigo 20, parágrafo único), também podendo mencionar o afastamento do prefeito do cargo, no caso dos crimes de responsabilidade (artigo 2.º, inciso II, do Decreto-lei 201/1967) e o afastamento do funcionário público de suas atividades com fundamento na Lei n.º 11.343/2006 (artigo 56, parágrafo 1.º). Em todos estes casos, as medidas podem ser adotadas em caráter provisório, no curso do processo penal, a critério da autoridade jurisdicional.

Ademais, há outras providências, como a proibição de frequentar determinados lugares, o comparecimento periódico, a proibição de ausentar-se da comarca, o recolhimento domiciliar e a suspensão parcial ou total das atividades, que coincidem com medidas previstas no ordenamento jurídico como condições da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n.º 9.099/95), como condições da suspensão condicional da pena (artigo 78, parágrafo 2.º, alíneas *a*, *b*, *c*, do Código Penal) e, inclusive, como penas restritivas de direito, (no caso do recolhimento domiciliar, no artigo 47, inciso V, e artigo 48 do Código Penal e artigo 8.º, inciso V, da Lei n.º 9.605/1998; por sua vez, no caso da suspensão parcial ou total das atividades, no artigo 8.º, inciso III, da Lei n.º 9.605/1998).¹⁰⁸⁶

Destaca-se, ademais, que a Lei n.º 6368/1976, em seu artigo 24, *caput*, conferia autorização à autoridade policial para, no caso de imputado menor de vinte e um anos, substituir a fiança pelo recolhimento domiciliar na residência dos pais, de parentes ou de pessoa idônea, sob compromisso de responsabilidade. A medida, portanto, encontrava-

¹⁰⁸⁶ Neste sentido, K. AMBOS e F. H. CHOUKR, *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*, São Paulo, Método, 2001, p. 172-173.

se submetida a posterior controle jurisdicional e somente incidia na hipótese de prisão em flagrante.

Ainda com relação à prisão domiciliar, a Lei n.º 5.256/1967, que regula a prisão especial, autoriza o recolhimento de imputados com direito à prisão especial na própria residência, sob a condição de não sair sem o prévio consentimento judicial, em atenção à gravidade do crime e após a manifestação do Ministério Público, se não houver estabelecimento adequado ao cumprimento da determinação legal na localidade. Na hipótese, o artigo 2.º do diploma em tela submete o imputado a obrigações de comparecimento a atos investigatórios e processuais, além de limitações a serem indicadas pelo juiz como indispensáveis ao desenvolvimento da persecução. Encontra-se prevista, ademais, a possibilidade de vigilância policial.¹⁰⁸⁷

Em face destas circunstâncias, discute-se a legitimidade destas medidas em razão da ausência de seu caráter cautelar, o que, como já se assinalou, compromete a sua concordância com o princípio constitucional da presunção de inocência. Não se trata, portanto, da identidade entre as providências e a pena ou as condições estatuídas por institutos de Direito Penal, mas a constatação dos pressupostos da tutela cautelar para a sua adoção.¹⁰⁸⁸

Em atenção aos conceitos de medidas alternativas e de medidas substitutivas à prisão cautelar, bem como de medidas cautelares autônomas, já apresentados, percebe-se que o Projeto de Lei n. 156/2009 teve por objetivo criar medidas alternativas à prisão cautelar e medidas autônomas, além de manter providência notoriamente substitutiva: a liberdade provisória, com ou sem fiança. De fato, como destacado, a medida alternativa atua em face da possibilidade de se adotar a prisão cautelar no caso concreto, no entanto, busca-se uma medida menos invasiva aos direitos fundamentais e que contribua com eficiência para a realização do processo e para a utilidade de seu resultado. Em outra vertente, as medidas substitutivas têm por pressuposto a decretação de uma prisão cautelar, ou a sua efetivação; colocam-se como uma providência menos severa, destina a substituir a prisão já determinada.

¹⁰⁸⁷ Cf. K. AMBOS e F. H. CHOUKR, *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*, São Paulo, Método, 2001, p. 171.

¹⁰⁸⁸ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 276-277.

Ademais, em observância da proporcionalidade que deve nortear as intervenções em direitos fundamentais, a alternatividade se faz presente não somente em relação à prisão: a autoridade jurisdicional tem sempre o dever de realizar um exame comparativo entre a medida selecionada e todas as demais existentes e adequadas para o caso concreto, para controlar a proporcionalidade de sua atuação e para optar pela providência que represente a mínima intervenção nos direitos fundamentais.

5.9.3.3. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO MEDIDA CAUTELAR NO PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 156, DE 2009

De acordo com o Projeto de Lei n.º 156/2009, o monitoramento eletrônico poderá ser utilizado como medida cautelar autônoma ou como providência auxiliar na execução de outra medida adotada, já que, conforme o artigo 587, se admite a aplicação das medidas cautelares de modo isolado ou cumulativo.¹⁰⁸⁹

O sistema de monitoramento eletrônico consiste em métodos que possibilitam a obtenção de informações acerca da localização de determinadas pessoas ou de determinados objetos, além de permitirem acompanhar a aproximação ou a ausência de indivíduos de locais previamente demarcados. Além disso, as técnicas de vigilância eletrônica atuais possibilitam a constatação de informações adicionais, tais como a indicação do consumo de álcool ou de drogas pelo indivíduo monitorado e o fornecimento de padrões relativos aos seus sinais vitais.¹⁰⁹⁰

Em outros ordenamentos jurídicos, a utilização do monitoramento eletrônico já se mostra realidade, sendo previsto como medida substitutiva à prisão cautelar ou como medida auxiliar a outras providências cautelares. Em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista o caráter taxativo das medidas cautelares e a vedação ao poder geral de

¹⁰⁸⁹ Neste ponto, destaca-se a Lei n.º 12.258, de 15 de junho de 2010, que altera o Código Penal e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

¹⁰⁹⁰ Cf. M. P. CISNEROS, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, in *Revista del Poder Judicial*, n. 65, 2002, p. 60-61; J. A. DE LUCA e M. POULASTROU, *Libertad vigilada por monitoreo electrónico*, in *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 7, vol. 3, dez./1997, p. 653-654. Como destaca Antônio Carlos Duarte Fonseca, “existem programas que combinam dispositivos de vigilância e controlo com outros objectivos, designadamente pesquisa de álcool no ar expirado ou pesquisa de droga. No primeiro caso, depois de o computador efectuar a chamada e de a pessoa vigiada ser identificada, esta sopra para um aparelho que sinaliza a presença de vestígios de álcool à unidade central” (*Obrigações de permanência ...*, in *Revista do Ministério Público de Lisboa*, op. cit., p. 97). Neste sentido, F. G. RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, *La cárcel electrónica - el modelo del derecho norteamericano*, in *La Ley Penal - Revista de Derecho Penal, Proximal y Penitenciário*, n. 21, ano II, nov./2005, p. 46.

cautela, tornava-se imprescindível a previsão legislativa da vigilância eletrônica como uma providência cautelar a ser adotada no curso do inquérito policial ou do processo judicial.

O Projeto de lei em comento possibilita o recurso ao monitoramento eletrônico somente no caso de crimes apenados com pena privativa de liberdade, cujo limite máximo seja igual ou superior a quatro anos.¹⁰⁹¹ Há, ademais, uma evidente preocupação do legislador com a preservação da dignidade humana e com os demais direitos do imputado, em especial as suas condições de saúde, o que se justifica em virtude das controvérsias que cercam o recurso a estes mecanismos.

Os sistemas de monitoramento eletrônico revelam-se como alternativas concretas para assegurar as hipóteses de *periculum libertatis* e permitir a preservação dos vínculos sociais e familiares do acusado. Os programas de monitoramento eletrônico em caráter cautelar podem se restringir a medidas de “restrição (ex. recolher-se à residência no período noturno) nos casos de possibilidade de fuga; ou de detenção (prisão domiciliar sem possibilidade de saída)”.¹⁰⁹² Ademais, as tecnologias de vigilância eletrônica apresentam - se também de notável utilidade para resguardar a instrução processual, ao permitir o controle da aproximação do acusado de lugares restritos ou da residência de vítimas ou de testemunhas.

No entanto, é certo que, em muitos aspectos, a vigilância eletrônica resvala os limites de uma atuação estatal controladora, ao admitir aos agentes estatais a intromissão em atividades rotineiras e em experiências restritas do indivíduo sob controle. Como destaca María Poza Cisneros, esta nova dimensão de execução de penas e de medidas cautelares proporciona a ingerência do Estado no reduto de “autonomia ética” de cada indivíduo e em sua atuação como ser social, conduzindo a uma visão instrumental do ser humano e, para muitos autores, incompatível com a dignidade da pessoa humana.¹⁰⁹³

¹⁰⁹¹ O Projeto de Lei n.º 111/2008 não previa a possibilidade de utilização de recurso de monitoramento eletrônico como medida alternativa. Neste sentido, a crítica de A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal...*, op. cit., p. 176.

¹⁰⁹² Cf. C. R. MARIATH, *Monitoramento eletrônico - liberdade vigiada*, p. 28. (disponível em <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTsvc.asp?DocumentID=%7BC9076872-0D4F-4CED-9BA4-5A6BB881AADA%7D&ServiceInstUID=%7B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%7D>. Acesso em 10 janeiro 2010.)

¹⁰⁹³ *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, in *Revista del Poder Judicial*, n. 65, 2002, p. 123.

Os aparelhos de controle eletrônico representam aos olhares de defensores dos direitos humanos uma “intervenção ilegítima no corpo do indivíduo”¹⁰⁹⁴ e imprimem aos monitorados um estigma que condiciona as suas relações sociais.¹⁰⁹⁵ Justamente por estas considerações, o Projeto de Lei n.º 156/2009, prevê a necessária anuência prévia do imputado, a ser manifestada em termo específico, para a incidência do monitoramento eletrônico como alternativa a outra medida (artigo 592).

Não obstante, o que se nota neste contexto são entendimentos doutrinários extremados e que, muitas vezes, não permitem assumir os reais benefícios representados pelas medidas de vigilância eletrônica. De fato, desde que devidamente aplicadas e de acordo com os ditames constitucionais, as técnicas de monitoramento eletrônico podem proporcionar alternativas concretas aos elevados níveis de encarceramento e à ineficiência de medidas executadas em meio à comunidade. Além disso, os mecanismos de supervisão eletrônica traduzem nítidas vantagens econômicas aos organismos estatais, bem como apresentam índices altamente satisfatórios com relação ao cumprimento das restrições pelos condenados ou acusados e auxiliam na redução das taxas de reincidência.¹⁰⁹⁶

5.9.3.4. COMENTÁRIOS ÀS MUDANÇAS DO PROJETO DE LEI N.º 156, DE 2009, QUANTO ÀS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL NO PROCESSO PENAL À LUZ DAS CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR

Certamente, os comentários sobre o Projeto de Lei em tela estendem-se por muitos aspectos e demandam uma extensa análise que foge ao propósito do presente item. Por isso, optou-se por uma forma de exame, que traz como eixo cada uma das características da tutela cautelar no processo penal, conferindo destaque ao exame da

¹⁰⁹⁴ Cf. M. L. KARAM, *Monitoramento eletrônico*, in *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 170, jan. 2007, p. 04-05.

¹⁰⁹⁵ Cf. R. S. GARCIA, *Pulseirinhas, tornoeleiras e inconstitucionalidade da Lei n.º 12.906/08*, in *Boletim IBCCRIM*, ano 16, n. 187, jun. 2008, p. 6; F. T. SIMANTOB, *O monitoramento eletrônico das penas e medidas alternativas - efetividade ou fascismo penal?*, in *Boletim IBCCRIM*, ano 12, n. 145, dez. 2004, p. 13-14.

¹⁰⁹⁶ Como destaca Carlos Eduardo A. Japiassú, o sistema de monitoramento eletrônico “permite reduzir a reincidência, uma vez que, colocado em prisão domiciliar, não estará o infrator em contato com outros criminosos e poderá ainda manter seu emprego. No caso francês, somente a título ilustrativo, houve 1.136 pessoas submetidas à vigilância eletrônica e somente 15 casos de reincidência, entre 2000 e 2003, o que significa ser medida útil e relevante para o combate à violência e à criminalidade” (*A crise do sistema penitenciário - a experiência da vigilância eletrônica*, in *Boletim do IBCCRIM*, ano 14, n. 170, jan. 2007, p. 02-03. Ainda, conforme as justificativas do Projeto de Lei n.º 641/2007, que antecedeu a Lei n.º 12.258, de 2010, as medidas de monitoramento eletrônico demandam um custo médio inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais) para serem implementadas em âmbito nacional, o que comprova a economia de recursos para os cofres públicos.

proporcionalidade.¹⁰⁹⁷ Assim, será feita uma análise dos dispositivos do Projeto relacionados à questão da jurisdicionalidade, da motivação, da provisoriedade, da excepcionalidade e da proporcionalidade. De modo preliminar, no entanto, deve ser acentuada a legalidade das medidas cautelares pessoais, objeto de referência expressa logo no artigo 526, ao dispor que “as medidas cautelares dependem de expressa previsão legal”.

5.9.3.5. AS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL E A JURISDICIONALIDADE

A reserva jurisdicional para a decretação das medidas cautelares restou acentuada no Projeto em comento, recebendo destaque logo no dispositivo de abertura do Livro III, destinado ao tratamento do tema. Assim como se observa no Projeto de Lei n.º 156/2009, há uma especial preocupação em assegurar o controle jurisdicional na imposição das medidas cautelares, inclusive aquelas que se destinam à limitação de outros direitos fundamentais ou à restrição apenas indireta da liberdade de locomoção. E, sem dúvida, esta previsão se mostra adequada, tendo em vista a possibilidade de decretação da prisão preventiva, em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares pessoais disciplinadas no Capítulo III do Projeto de Lei.¹⁰⁹⁸

Nos termos do artigo 525, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes no curso do processo penal. Já na fase de investigação, consoante o parágrafo único deste artigo, a incidência estará adstrita ao requerimento do Ministério Público ou à representação da autoridade policial, vedando-se a decretação de medida, de ofício, pelo juiz, a menos que se trate de providência

¹⁰⁹⁷ Conforme Aury Lopes Júnior, que destaca a principiologia das prisões cautelares como sendo a estrutura fundamental para o estudo desta matéria, permitindo a coexistência da prisão com o princípio da presunção de inocência (*Direito processual penal ...*, op. cit., p. 59 e seguintes). Neste sentido, as críticas de Sylvio Lourenço da Silveira Filho, que optou por ressaltar a jurisdicionalidade, a provisoriedade, a provisionalidade e a excepcionalidade das medidas cautelares para a análise do Projeto de Lei n.º 156/2009, que o autor também indica como princípios de regência das medidas cautelares (*As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS n.º 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência*, in J. N. DE M. COUTINHO e L. G. G. C. DE CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 247-248).

¹⁰⁹⁸ Conforme o artigo 609 do Projeto de Lei n.º 156/2009, o juiz deverá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, conferida a oportunidade de manifestação à defesa, avaliar a necessidade de impor a prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa em casos de descumprimento das providências anteriormente impostas. Aliás, o próprio artigo 557, parágrafo 2.º, inciso I, reconhece a possibilidade de a prisão preventiva ser imposta em caso de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais. Neste caso, deve-se observar que a decretação da prisão preventiva ostenta caráter excepcional, somente podendo ser adotada quando se revelar imprescindível e desde que observados os requisitos previstos em lei. O texto projetado, portanto, indica em diversas passagens que a autoridade jurisdicional deve buscar, sempre que possível, a aplicação de medida cautelar de menor gravidade do que a prisão preventiva, reservando-a para os casos de extrema necessidade.

substitutiva à outra anteriormente imposta. Neste último caso, portanto, o texto projeto reconhece a possibilidade de o juiz adotar medida cautelar de ofício, ainda que no curso da investigação, em substituição à prisão ou à outra medida cautelar decretada em momento anterior.

Nota-se, portanto, que o Projeto de Lei em comento admite que o juiz possa assumir uma postura atuante, em contraste com a inércia que caracteriza a atividade jurisdicional, como destaca Aury Lopes Júnior. Assim, as determinações constantes do texto projetado, estabelecendo medidas cautelares de ofício, têm sido alvo de críticas por comprometer a integridade do sistema acusatório adotado no ordenamento jurídico brasileiro e revelar vestígio inquisitorial incompatível com a ordem constitucional vigente.¹⁰⁹⁹

Outro aspecto que merece ser discutido à luz da jurisdicionalidade consiste na possibilidade de a autoridade policial arbitrar a fiança, de acordo com o artigo 568, parágrafo 1º, “nos crimes punidos com detenção ou prisão simples, qualquer que seja o limite máximo da pena cominada, ou reclusão, com pena fixada em limite não superior a 5 (cinco) anos, exceto se praticados com violência ou grave ameaça à pessoa”. Nota-se, portanto, que o dispositivo em comento estendeu a atribuição da autoridade policial em relação à atual sistemática do Código de Processo Penal, que apenas admite a concessão de fiança pela autoridade policial nos casos de infração punida com detenção ou com prisão simples (artigo 322).

O instituto da fiança encontrou, sem dúvida, uma sobrevida com o Projeto de Lei n.º 156/2009, que o retirou “(...) do ostracismo a que foi relegada com as sucessivas reformas do Código de Processo Penal de 1941, nomeadamente com a reforma introduzida pela Lei n.º 6.416/77”, que ampliou a incidência da liberdade provisória sem

¹⁰⁹⁹ De fato, como já ressaltado na análise do Projeto de Lei n.º 111/2008, o sistema processual brasileiro observa o modelo acusatório. Assim, a principal crítica no tema de legitimidade e medidas cautelares consiste na possibilidade de o juiz adotá-las de ofício, o que compromete a sua imparcialidade, bem como o tratamento isonômico que deve ser observado entre os sujeitos processuais. Demonstrou-se que o Código de Processo Penal em vigor admite que o juiz decrete a prisão preventiva, de ofício, no curso da investigação ou do processo penal (artigo 311), o que já é objeto de resistência por parte da doutrina. Aury Lopes Júnior bem destaca a crítica à decretação, de ofício, da prisão preventiva, ao ressaltar que “A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. (...) Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade” (*Direito processual penal ...*, op. cit., p. 102).

fiança, a ser admitida, desde que ausente a necessidade de cautela.¹¹⁰⁰ A extensão dos poderes reconhecidos à autoridade policial para a concessão da fiança tem sido, no entanto, objeto de polêmica, já que há autores que entendem indispensável o controle jurisdicional para a admissão de liberdade provisória mediante fiança, em face, justamente, da relevância deste ato processual.

Neste sentido, não se mostram suficientes a comunicação imediata ao juiz competente da fiança concedida pelo delegado de polícia, bem como dos compromissos legais de vinculação ao processo, na hipótese de o imputado não apresentar condições econômicas para efetuar o pagamento da fiança (artigo 568, parágrafo 2.º), sendo, ao contrário, preferível que o texto projetado assegurasse a imediata condução indivíduo, tão logo efetuada a lavratura do auto de prisão em flagrante, à autoridade jurisdicional, a fim de que esta decidisse acerca da manutenção da prisão ou da concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.¹¹⁰¹

5.9.3.6. A CONVALIDAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO PELA AUTORIDADE JURISDICIONAL

Como já destacado por ocasião da análise desta característica, a decretação das medidas cautelares de caráter pessoal, no ordenamento jurídico brasileiro, submete-se ao controle jurisdicional, em face da intervenção a direitos individuais de índole fundamental que representam. Neste sentido, a Constituição de 1988 não se mostrou distante desta consideração, ao determinar a ordem de prisão, devidamente fundamentada, por autoridade jurisdicional competente, salvo nos casos de flagrante delito, de crimes propriamente militares ou de transgressão militar.

Na hipótese de flagrante delito, consoante já explicado, há uma apreciação jurisdicional *a posteriori*, essencial para a manutenção da prisão provisória. Aliás, o Projeto de Lei é expresso em determinar a obrigatoriedade de o juiz, ao receber o autor de prisão em flagrante, em vinte e quatro horas, decidir sobre o relaxamento da prisão ilegal; a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que

¹¹⁰⁰ Cf. R. S. M. CRUZ, *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 221; K. AMBOS e F. H. CHOUKR, *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*, São Paulo, Método, 2001, p. 173; A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 177.

¹¹⁰¹ Cf. R. S. M. CRUZ, *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 222-223.

necessário; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou a aplicar medida cautelar mais adequada às circunstâncias do caso (artigo 555).

Esta é, sem dúvida, outra inovação de relevo da reforma do Código de Processo Penal, e já constava da redação do Projeto de Lei n.º 4.208/2001 (artigo 310). A necessidade de o juiz proceder a este exame da prisão em flagrante, ainda que esta obrigação decorresse do sistema de tutela cautelar, constituiu um avanço, já que a maior parte dos magistrados limitava-se a uma análise meramente formal da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Ao colocar este rol de opções à disposição da autoridade jurisdicional, o legislador impõe aos juízes que não se restrinjam a “legalidade” do auto de prisão em flagrante, mas estendam a sua cognição, decidindo, por exemplo, sobre a admissibilidade da liberdade provisória sem a necessidade de se aguardar manifestação da defesa neste sentido.¹¹⁰² Nota-se, ademais, uma revalorização do instituto da liberdade provisória mediante fiança, abrindo-se a possibilidade de o juiz determinar a fiança como medida cautelar suficiente e adequada para assegurar a presença do indivíduo aos atos do processo, quando ausentes os elementos a indicar a necessidade da prisão preventiva.¹¹⁰³

Com relação à manutenção do instituto da liberdade provisória, as críticas voltam-se, novamente, à denominação do instituto, que transmite a ideia de liberdade do imputado no curso da persecução penal como situação excepcional, bem como ao tratamento sistemático conferido pelo Projeto de Lei em tela.¹¹⁰⁴ De fato, o legislador manteve a possibilidade de a liberdade provisória ser concedida como uma contracautela, destinada a conferir a liberdade ao preso em flagrante, ausentes os requisitos

¹¹⁰² Neste sentido as observações de Fábio Machado de Almeida Delmanto, ao comentar o Projeto de Lei n.º 4.208/2001, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 286.

¹¹⁰³ De acordo com Pierpaolo Bottini, nos comentários ao Projeto de Lei n.º 4.208/2001, a fiança recuperou a sua importância no sistema cautelar brasileiro, exercendo o seu papel de medida cautelar apta a garantir o comparecimento do acusado aos atos processuais (*Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 472). Como já destacado, após a reforma promovida pela Lei n.º 6.416/1977, o instituto da fiança teve notadamente reduzido o seu espaço de atuação. De fato, a lei em comento acrescentou o parágrafo único ao artigo 310 do Código de Processo Penal, de modo que a liberdade provisória sem fiança passou a ser admitida aos casos em que não se constatassem os pressupostos e os requisitos para a decretação da prisão preventiva. Com o projeto de reforma, a fiança recupera certo prestígio, podendo o juiz dela se valer para assegurar o normal desenvolvimento do processo penal. Ainda, conforme F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 286 – 287; R. S. M. CRUZ, *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, op. cit., p. 221-222.

¹¹⁰⁴ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 334.

para a decretação da prisão preventiva ou não havendo fundamento para a adoção de outra medida cautelar.

Ora, nestas hipóteses, resta evidente a impropriedade do sistema proposto, já que a ausência de fundamento para a imposição da prisão preventiva ou de outra medida cautelar pessoal deveria conduzir à liberdade do indiciado, porque não há necessidade cautelar. Ao menos, nestes casos, como sugere Rogério Schietti Machado Cruz, poder-se-ia submeter o indiciado à obrigação de comparecimento periódico em juízo, já disciplinada como medida cautelar autônoma.¹¹⁰⁵

Não obstante, o instituto também foi objeto de disciplina autônoma, nos artigos 610 e 611, o que parece demonstrar o propósito do Projeto em assinalá-la como medida cautelar isolada, a ser imposta quando cessarem os motivos que justificaram a prisão provisória ou outra medida cautelar pessoal ou findo o prazo de duração destas providências anteriormente aplicadas. Neste caso, no entanto, a situação deveria ser de liberação do acusado, já que cessados os motivos para a imposição da medida, e não de adoção de liberdade vinculada.

5.9.3.7. AS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

A motivação das decisões penais relativamente às medidas cautelares de caráter pessoal revela-se o campo, em que se mostra mais problemático o cumprimento deste dever constitucional.¹¹⁰⁶ Justamente por este motivo, o Projeto em tela ocupou-se não somente do enunciado genérico da obrigação de motivar, mas também se dedicou a traçar o retrato das resoluções judiciais acerca das medidas cautelares, enunciando o que devem conter as decisões neste sentido. Outro aspecto de fundamental importância consiste na exigência expressa do caráter individualizado de cada motivação, determinando que a fundamentação sobre a decisão acerca de uma medida cautelar seja específica para cada agente (artigo 532, parágrafo 1.º), o que se mostra conforme a ideia de adequação subjetiva já destacada.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁵ Cf. R. S. M. CRUZ, *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 224.

¹¹⁰⁶ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 546-547.

¹¹⁰⁷ Cf. item 1.8.3.5. do Capítulo 1. Destacando a preocupação em torno da motivação da decisão sobre as medidas cautelares, Antonio Scarance Fernandes ressalta que o intento do Projeto de Lei, em explicitar o conteúdo da fundamentação, teve por objetivo: “(...) evitar a praxe negativa de o juiz decretar medidas cautelares em fundamentações excessivamente sucintas ou, até mesmo, com mera repetição de dispositivos

O artigo 532, inserido entre as disposições gerais sobre as medidas cautelares, estende a obrigação de motivar à decisão que prorroga, substitui ou denega qualquer medida cautelar, não se limitando, portanto, somente ao instante de sua decretação. Ademais, o dispositivo em comento dispõe que, sem prejuízo da demonstração dos requisitos próprios de cada espécie, a decisão deverá trazer, obrigatoriamente, como requisitos: 1) o fundamento legal da medida; 2) a indicação dos indícios suficientes de autoria e de materialidade do delito; 3) as circunstâncias fáticas que justificam a medida; 4) as considerações sobre a estrita necessidade da medida; 5) as razões que levaram à escolha da medida, como também à aplicação cumulativa, se necessária; 6) no caso de decretação de prisão, os motivos pelos quais o juiz considerou insuficiente ou inadequada a aplicação de outras medidas cautelares pessoais; 7) a data de encerramento do prazo de duração da medida; 8) a data para reexame da medida, quando obrigatório.

Em um ponto que interessa ao desenvolvimento do trabalho, o texto projetado preocupa-se com a proporcionalidade da medida eleita pela autoridade jurisdicional, sendo que o controle sobre a atuação estatal somente poderá ser realizado, quando se tem acesso aos fundamentos da decisão e ao caminho observado pelo juiz para alcançá-la. De fato, somente o exame dos fundamentos exarados na decisão permite concluir que a medida selecionada pautou-se pela natureza e pelas circunstâncias do crime, bem como por parâmetros de adequação, de necessidade e de proibição do excesso, como quer o artigo 529 do Projeto. A motivação da decisão também permite avaliar o exame comparativo levado a efeito para determinar a prisão como medida necessária, o que se revela exigência da proporcionalidade, em sua sub-regra da necessidade ou da exigibilidade (artigo 532, inciso VI).

5.9.3.8. AS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL E A PROVISORIEDADE

Existe uma preocupação constante em torno da provisoriedade das medidas cautelares de caráter pessoal, que permeia o Projeto de Lei n.º 156/2009. Sem dúvida, a previsão de prazos máximos de duração da prisão preventiva, tratada entre os artigos 558 a 561, bem como de limites máximos de duração das demais medidas cautelares pessoais descritas no Capítulo III, conforme o artigo 606, é um dos pontos altos da reforma.

legais” (*As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 183, jul.-set./2009, p. 18).

Trata-se de antiga reivindicação da doutrina e da jurisprudência, que se encontravam em meio a mais absoluta indeterminação acerca da duração temporal das prisões provisórias no ordenamento jurídico brasileiro, com exceção da prisão temporária, em total descompasso à provisoriedade que caracteriza as medidas cautelares.¹¹⁰⁸ Os prazos jurisprudenciais convencionados em torno do tema não forneciam a segurança jurídica que se espera no tratamento desta matéria, já que, além da ausência de sua obrigatoriedade, estes períodos assentados com base na somatória dos prazos previstos para os procedimentos penais eram constantemente afastados, sob os argumentos de complexidade da causa ou número excessivo de réus.

Neste sentido, em relação aos prazos de duração da prisão preventiva, o legislador optou por períodos máximos de observância obrigatória. Assim é que a prisão preventiva não poderá ultrapassar: a) cento e oitenta dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível; ou b) de trezentos e sessenta dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível (artigo 558, incisos I e II). Neste último caso, tratando-se de prorrogação, não se computa o período de cento e oitenta dias, em virtude de prisão decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível.¹¹⁰⁹

Ademais, o legislador prevê acréscimos aos prazos estipulados nos incisos I e II do artigo 558, a saber: o acréscimo de cento e oitenta dias, na hipótese definida no inciso II, caso haja a interposição de recurso especial e/ou de recurso extraordinário pela defesa; e o acréscimo de sessenta dias, nas hipóteses dos incisos I e II, caso se trate de investigação ou de processo por crimes, cujo limite máximo de pena privativa de liberdade seja igual ou superior a doze anos.

O acréscimo de prazo em razão do exercício do direito ao recurso, como manifestação da ampla defesa, constitui severo ônus imposto ao condenado. Como observa

¹¹⁰⁸ Neste sentido, a crítica de Sylvio Lourenço da Silveira Filho, *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS n.º 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência*, in J. N. DE M. COUTINHO e L. G. G. C. DE CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 258-262. Destaca-se que o ordenamento jurídico espanhol estabelece prazos de duração da prisão provisória (artigo 504 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). Por sua vez, o ordenamento jurídico italiano também se ocupa da fixação de prazos máximos para a prisão provisória (artigo 13 da Constituição italiana e o artigo 297 do Código de Processo Penal italiano).

¹¹⁰⁹ Nota-se, portanto, que o Projeto de Lei n.º 156/2009 abandonou a fixação de prazos máximos de duração da prisão preventiva com base na gravidade abstrata do delito, como era a previsto na redação original do Projeto em tela.

Sylvio Lourenço da Silveira Filho, o dispositivo obsta o acesso às vias recursais extraordinárias, o que compromete a atuação do duplo grau de jurisdição.¹¹¹⁰ Os processos por crimes de competência do Tribunal do Júri, em razão da maior complexidade, apresentam uma maior demanda por tempo, o que fez com que legislador trouxesse uma forma de contagem diferenciada, iniciando-se com a decisão de pronúncia um novo lapso temporal, de duração de cento e oitenta dias até a sentença condenatória recorrível proferida pelo juiz presidente.

Os prazos indicados neste dispositivo interrompem-se com a fuga do imputado, sendo que, após a sua captura, a contagem ocorrerá em dobro, o que se mostra como uma espécie de punição pelo comportamento do agente, que se subtrai à atuação da persecução penal (artigo 559, parágrafo 1.º). Ademais, as exigências em torno da razoável duração do processo, que se projetam em matéria de prisão provisória, justificam a previsão de que, em nenhuma hipótese, ainda que haja contagem de prazo de modo descontínuo, a duração da prisão preventiva não poderá ultrapassar o prazo de quatro anos (artigo 559, parágrafo 2.º).

É evidente que, em face do caráter provisório e sumário da medida, a autorização projetada de duração, em seu termo máximo, por quatro anos revela-se excessiva para uma providência que se coloca como cautelar, ainda mais quando se tem em mente as condições deletérias dos estabelecimentos prisionais brasileiros.¹¹¹¹ Destaca-se, ademais, a previsão da Lei n.º 7.210/1984, no sentido de que se estendem aos presos provisórios as suas prescrições relativas à execução penal, sendo por isso admissível a progressão de regimes para o acusado preso provisoriamente, que tenha recorrido da sentença condenatória. Aliás, o Projeto é expresso em admitir “o gozo imediato dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal, como a progressão de regime, livramento condicional, saída temporária, indulto e comutação de penas”, sobrevivendo a decisão condenatória recorrível (artigo 548).

¹¹¹⁰ *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS n.º 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência*, in J. N. DE M. COUTINHO e L. G. G. C. DE CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 261.

¹¹¹¹ Cf. S. L. DA SILVEIRA FILHO, *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS n.º 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência*, in J. N. DE M. COUTINHO e L. G. G. C. DE CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 260.

Em se tratando da prisão temporária, o Projeto de Lei não se distancia muito do tratamento conferido à medida cautelar pela Lei n.º 7.960, de 1989, em seu artigo 2.º, *caput*, ao determinar como prazo máximo de duração da prisão o período de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e de comprovada necessidade (artigo 564, *caput*). Interessante notar que o Projeto autoriza o juiz a condicionar a duração da prisão temporária ao tempo estritamente necessário para a realização do ato investigativo que motivou a sua incidência.¹¹¹² Outro ponto de relevo é a determinação expressa de cômputo do período de cumprimento de prisão temporária para efeitos dos prazos máximos de duração da prisão preventiva.

Houve, no entanto, a ressalva expressa às disposições da legislação especial, o que, conforme entendimento da doutrina, novamente, retoma as críticas em torno da previsão do artigo 2.º, parágrafo 4.º, da Lei n.º 8.072/1990, que estendeu o prazo de duração da prisão temporária, para os crimes considerados, por lei, hediondos, para o período de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta dias, em caso de extrema e de comprovada necessidade.

Permanecem, desta forma, as incongruências entre a combatida previsão legal e o prazo de encerramento do inquérito policial, que se altera, no texto projetado, para o prazo de quinze dias, no caso de investigado preso (artigo 31, parágrafo 3.º) . Ora, a duração da prisão provisória não pode se estender além do período de conclusão do próprio inquérito, notadamente quando se tem em vista que esta restrição cautelar tem por objetivo resguardar interesses relacionados à efetividade e aos resultados da investigação. Neste sentido, Sylvio Lourenço da Silveira Filho observa que melhor seria ter o Projeto de Lei em comento previsto a revogação da previsão desmedida da Lei dos Crimes Hediondos, a fim de prevalecer a regra específica de duração da prisão temporária em consonância com a sistemática do inquérito policial.¹¹¹³

De fato, ainda que se admita a prorrogação determinada pelo juiz de garantias, por uma única vez, pelo prazo de quinze dias, a totalizar, portanto, o período de

¹¹¹² Conforme o artigo 564, parágrafo 1.º, do Projeto de Lei n.º 156/2009. Esta previsão, aliás, encontra-se em consonância com o entendimento já exarado pela doutrina. Neste sentido, G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 210.

¹¹¹³ *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS n.º 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência*, in J. N. DE M. COUTINHO e L. G. G. C. DE CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 260.

trinta dias admitido à prisão temporária para os crimes definidos na Lei n.º 8.072/1990, o texto projeto é categórico ao impor que a prisão será imediatamente relaxada, se não houver a conclusão do inquérito policial após o decurso deste período (artigo 14, parágrafo único). Ademais, a extensão dos prazos de prisão temporária para o período de trinta dias, ou até de sessenta dias como o fez a Lei n.º 8.072/1990, revela-se absolutamente excessivo e contrário à garantia constitucional do prazo razoável do processo, que possui incidência no inquérito policial ou em outra investigação criminal.¹¹¹⁴

Por isso, o entendimento já destacado, no sentido de que o Projeto de Lei n.º 156/2009, ao concentrar o tratamento da prisão temporária, importará na revogação da disciplina específica prevista na Lei n.º 8.072/1990. Desta forma, as exceções admitidas ao prazo de cinco dias da prisão temporária deverão vir expressamente discriminadas no novo Código de Processo Penal, assegurando um caráter sistemático à matéria.¹¹¹⁵

Há um ponto de intersecção entre o dever de motivação e o caráter provisório da prisão: trata-se da exigência, direcionada à autoridade jurisdicional competente, de fixar o prazo máximo de duração da medida cautelar, quer no momento de sua decretação, quer no instante de sua prorrogação, findo o qual a pessoa deverá ser imediatamente colocada em liberdade.¹¹¹⁶ A fixação do prazo de duração coloca-se, assim, como requisito da fundamentação da decisão e orienta o controle sobre a proporcionalidade da medida, já que deve haver uma adequação quantitativa entre a restrição ao direito fundamental e o fim visado.¹¹¹⁷

É interessante notar que o Projeto de Lei n.º 156/2009 traz, ainda, outra inovação de relevo para esta temática, consistente na obrigatoriedade de reexame obrigatório da prisão preventiva que exceder a noventa dias, nos termos do artigo 562, *caput*. Neste sentido, qualquer que tenha sido o fundamento eleito para a decretação da

¹¹¹⁴ Cf. A. LOPES JÚNIOR e G. H. R. I. BADARÓ, *Direito ao processo penal no prazo razoável*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 89.

¹¹¹⁵ O advento da lei geral representada pelo Código de Processo Penal ocasionará uma antinomia de segundo grau, em que incidem, simultaneamente, dois critérios de solução de um conflito entre normas. No caso, haverá uma lei geral posterior (Código de Processo Penal) e uma lei específica anterior (Lei n.º 8.072/1990). Nesta hipótese, incidem dois critérios de solução de antinomias: lei posterior revoga a lei anterior e lei especial revoga a lei geral. Há controvérsia na doutrina acerca de qual deverá ser o critério a prevalecer. Como argumento para a solução do conflito, deve-se considerar os inconvenientes de admitir a prevalência da Lei n.º 8.072/1990, neste ponto da matéria, já que o Projeto de Lei em comento teve por objetivo conferir um tratamento unitário, coerente e sistemático às modalidades de prisão provisória.

¹¹¹⁶ Conforme o artigo 560 do Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009.

¹¹¹⁷ Neste sentido, v. item 1.8.3.5. do Capítulo 1.

medida cautelar, a autoridade jurisdicional encontra-se adstrita a esta obrigação de avaliar se persistem os motivos determinantes de sua aplicação, podendo optar, se julgar adequado, por substituí-la por outra medida cautelar.

Desta forma, a previsão do reexame obrigatório vem a atender uma antiga reivindicação doutrinária, e mostra-se em consonância com o sistema da tutela cautelar, que condiciona a incidência das medidas cautelares à comprovação dos seus pressupostos de atuação, que devem se fazer presentes não só no momento de decretação da medida, mas também ao longo de sua duração.

A previsão de limites máximos de duração das outras medidas cautelares, nos termos do artigo 606 do Projeto de Lei n.º 156/2009, confere um tratamento completo ao tema, o que demonstra a preocupação do legislador em suprir a lacuna relativamente ao período de vigência das medidas cautelares pessoais. A duração das medidas cautelares diversas da prisão provisória deverá ser especificada na decisão judicial, observando os prazos variáveis a depender da medida decretada. Apenas a liberdade provisória não apresenta limite específico de duração.

Assim, o Projeto de Lei prevê: a) o limite máximo de cento e oitenta dias, nas hipóteses de suspensão do exercício de função pública, profissão ou atividade econômica e de suspensão das atividades de pessoa jurídica; b) o limite máximo de trezentos e sessenta dias, nas hipóteses de recolhimento domiciliar, de monitoramento eletrônico e de suspensão do poder familiar; c) o limite máximo de setecentos e vinte dias nas demais medidas cautelares pessoais, a saber: proibição de frequentar determinados locais, suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave, afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima, proibição de ausentar-se da comarca ou do país, comparecimento periódico em juízo, proibição de se aproximar ou de manter contato com pessoa determinada, suspensão do registro de arma de fogo ou da autorização para porte, suspensão do poder familiar, bloqueio de endereço eletrônico na internet. Com relação a estas medidas, o Projeto não especificou a obrigatoriedade do reexame obrigatório da manutenção de sua cautelaridade, o que também se mostraria relevante para evitar restrições desnecessárias.

A consideração sobre o caráter provisório das medidas cautelares e a previsão de prazos máximos de duração devem ser acompanhadas, de modo

imprescindível, por sanção legal na hipótese de descumprimento destes termos legais. Neste sentido, observa Aury Lopes Júnior, a necessidade de se estipular um “mandamento sancionatório explícito” torna-se essencial para a eficácia dos dispositivos, bem como para assegurar a observância do direito fundamental à duração razoável das medidas cautelares.¹¹¹⁸

5.9.3.9. A EXCEPCIONALIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS E O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DAS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL

O caráter subsidiário da prisão provisória em face das demais medidas cautelares é um dos vetores da reforma do processo penal, ao passo que o tornar efetivo é um dos obstáculos a ser superado na atuação jurisdicional, uma vez aprovado o Projeto de Lei em comento. Com efeito, a leitura da excepcionalidade da prisão provisória, que se faz a partir de referências não isoladas no Projeto de Lei n.º 156/2009, não é acompanhada pela realidade do sistema nacional, em que se constata a “massificação das cautelares”, levando à excessiva banalização do uso da prisão provisória, como observa Aury Lopes Júnior, “(...) a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida”.¹¹¹⁹

A excepcionalidade da prisão provisória, que deve ser compreendida à luz do sistema constitucional de direitos e de garantias fundamentais, encontra indicação expressa no artigo 532, inciso VII, e no artigo 556, parágrafo 3.º, do Projeto de Lei, sendo que já constava da norma de encerramento das condições gerais de aplicação das medidas cautelares do projeto anterior.¹¹²⁰ A inclusão destes dispositivos torna, ademais, nítida a estrutura escalonada das medidas cautelares pessoais, ao impor que o recurso à prisão provisória deva ser precedido pela constatação de que outras medidas cautelares revelarem-se inadequadas e insuficientes, ainda que cumulativamente aplicadas. Ademais, o juiz, em sua motivação, deverá consignar, expressamente, as razões que o levaram à

¹¹¹⁸ *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 133.

¹¹¹⁹ *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 66.

¹¹²⁰ Nos termos do artigo 282, parágrafo 6.º, do Projeto de Lei n.º 4.208/2001, a prisão preventiva somente poderia ser aplicada quando não fosse possível a sua substituição por medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319. Destacando o caráter excepcional da prisão provisória como princípio da reforma do Código de Processo Penal, A. S. FERNANDES, *As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 183, jul.-set./2009, p. 15; R. S. M. CRUZ, *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, op. cit., p. 215-217.

decretação da prisão preventiva, bem como o convenceram da inadequação ou da insuficiência das demais medidas cautelares.

A proposta, portanto, tem consequências relevantes, já que inverte a estrutura do sistema cautelar então construído no ordenamento brasileiro sob o eixo da prisão provisória, reservando-a a situações excepcionais.¹¹²¹ Desta forma, mais do que instrumentalizar os magistrados e os demais órgãos atuantes no sistema processual penal com medidas cautelares alternativas à prisão, é necessário rever e superar a cultura e a mentalidade que predominam no cenário nacional, em que a prisão provisória desveste-se do caráter de *ultima ratio* do sistema cautelar, para assumir o papel de instrumento nuclear das providências assecuratórias, em uma versão simbólica de eficiência da justiça.¹¹²²

A nova estrutura do sistema cautelar processual penal retoma as diretrizes constitucionais, estabelecendo a incidência excepcional das medidas cautelares de caráter pessoal. De fato, em face do reconhecimento constitucional da presunção de inocência, todas as providências assecuratórias, inclusive as medidas de restrição a outros direitos diversos da liberdade de locomoção, devem ser aplicadas pela autoridade jurisdicional com moderação e de modo consciente.¹¹²³ Em todos os casos, a decisão jurisdicional deve se mostrar assentada em motivos que lhe levam a crer ser suficiente a incidência da medida cautelar para a garantia dos escopos processuais e da eventual aplicação da lei penal.

5.9.3.10. AS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL E A DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA CAUTELAR

¹¹²¹ Sobre a necessária inversão valorativa na reforma do processo penal, K. AMBOS e F. H. CHOUKR, *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*, São Paulo, Método, 2001, p. 153.

¹¹²² Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 67. Como destaca Rogério Schietti Machado Cruz, a excepcionalidade das medidas cautelares deve nortear não somente a elaboração dos textos legais, mas também a atuação jurisdicional. Assim, “deve-se ter em conta que o princípio da excepcionalidade obriga tanto o legislador, quando produz normas relacionadas ao sistema de coerção processual, como os juízes, quando interpretam e aplicam, concretamente, às disposições legais relativas ao encarceramento preventivo” (*Prisão cautelar – dramas ...*, *op. cit.*, p. 76). É, justamente, no cotidiano forense, que o caráter de excepcionalidade da prisão e das medidas cautelares como um todo será, de modo efetivo, observado. Portanto, a atuação jurisdicional representa o ponto central para o êxito da reforma processual penal, sendo a previsão específica de motivação das decisões judiciais um instrumento útil de verificação da conformidade constitucional, bem como dos parâmetros, em que se dá esta atuação. Neste sentido, A. LOPES JÚNIOR, *Breves considerações sobre ...*, in *Boletim IBCCRIM*, *op. cit.*, p. 07-09.

¹¹²³ Cf. P. BOTTINI, *Medidas cautelares – projeto 111/2008*, in M. T. R. DE A. MOURA (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 463.

As medidas cautelares de caráter pessoal são destinadas à tutela do processo.¹¹²⁴ Neste sentido, para a sua atuação, torna-se imprescindível a existência do *fumus commissi delicti* e a ocorrência do *periculum libertatis*. A sistemática da tutela cautelar em âmbito processual penal observa, como demonstrado, peculiaridades próprias de seu campo de incidência, motivo pelo qual os pressupostos comumente apontados no Direito Processual Civil não são simplesmente transpostos para o Direito Processual Penal.

No sistema processual penal, as medidas cautelares são adotadas mediante a comprovação da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria, e desde que demonstrado o risco para o desenvolvimento do processo decorrente do estado de liberdade do sujeito passivo. O Projeto de Lei em comento expressamente consigna a exigência dos pressupostos da tutela cautelar para a decretação de qualquer medida logo em suas disposições gerais (artigo 528).

Isto assume especial relevo, como destacado anteriormente, em face do novo elenco de medidas restritivas diversas da prisão, destacando-se que também com relação a estas providências impõe-se a demonstração dos pressupostos cautelares.¹¹²⁵ Esta exigência, aliás, evita que a imposição de medidas restritivas a direitos individuais revista-se de um automatismo ou revele-se expressão de arbitrariedade judicial.

Destas considerações decorre uma relevante característica das medidas cautelares e, não obstante, “(...) pouco observada no sistema brasileiro”.¹¹²⁶ Trata-se da provisionalidade das medidas cautelares. Isto que significa que as medidas cautelares são providências situacionais e revelam um caráter precário, tendo por objetivo atender a uma determinada situação fática.

Desta forma, as medidas cautelares são revogáveis, na medida em que devem cessar quando desaparecem os motivos que a justificaram. Neste sentido, o artigo 526 determina que as medidas cautelares tenham a sua duração “(...) condicionada à subsistência dos motivos que justificaram a sua aplicação”. Mais adiante, o artigo 530 dispõe que “o juiz deverá revogar a medida cautelar quando verificar a falta de motivo para

¹¹²⁴ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 55.

¹¹²⁵ Neste sentido, R. S. M. CRUZ, *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, op. cit., p. 218.

¹¹²⁶ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 61.

que subsista, podendo substituí-la, se for o caso, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões para sua adoção”.

5.9.3.11. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA NO PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 156, DE 2009

Nos termos do artigo 556, a prisão preventiva poderá ser decretada, desde que se mostre necessária e suficiente para a consecução de ao menos um dos objetivos proclamados em lei, quais sejam: por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, como garantia da ordem pública ou da ordem econômica. Como inovação do texto em comento, a prisão preventiva poderá ainda ser decretada em face da extrema gravidade do delito e diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor. A ocorrência de qualquer destas hipóteses legais, desde que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, basta para a decretação da medida cautelar, o que revela uma incidência alternativa.

O Projeto de Lei n.º 4.208/2001 se mostrava ainda mais tímido nas alterações do tratamento da prisão preventiva, mantendo a redação do atual Código de Processo Penal quanto às hipóteses autorizadoras da medida cautelar (artigo 312).¹¹²⁷ Desta forma, não há dúvida de que a crítica mais severa dos comentadores do texto projetado volta-se à manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e da ordem econômica, bem como à inserção das novas hipóteses de cabimento, a extrema gravidade do delito e a prática reiterada de crimes pelo mesmo autor, que a toda evidência não reúnem caráter cautelar.

Em primeiro lugar, a garantia da ordem pública e da ordem econômica como fundamentos para a decretação da prisão preventiva distanciam-se por completo da sistemática da tutela cautelar. Como já demonstrado, as medidas cautelares voltam-se a escopos notoriamente instrumentais, devendo atuar apenas e tão-somente quando necessárias para garantir a própria realização do processo e a efetividade de seu resultado final. Ora, a prisão preventiva calcada em fundamentos como os criticados assume uma

¹¹²⁷ No entanto, vale destacar que o Projeto de Lei n.º 4.208/2001, em sua redação original, não previa como fundamento da prisão preventiva a “garantia da ordem pública”, mas autorizava a medida “por existência de fundadas razões de que o indiciado ou o acusado venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”.

função diversa da natureza cautelar e, com isto, afronta a consagração constitucional da presunção de inocência.¹¹²⁸

Em segundo lugar, a previsão da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e da ordem econômica encerra uma violação à exigência de legalidade estrita que permeia a disciplina das medidas cautelares de caráter pessoal. As expressões, já consagradas em nosso ordenamento processual penal, revelam um conteúdo indeterminado e genérico, o que se deve ao caráter amplo e impreciso dos termos escolhidos pelo legislador. O recurso às cláusulas genéricas e às estruturas carentes de um referencial semântico apenas perpetua o artifício encontrado pelo Legislador para encobrir prisões substancialmente inconstitucionais, transmutadas de medidas processuais em instrumentos de segurança pública, como observa Aury Lopes Júnior.¹¹²⁹

Ademais, a indeterminação da letra da lei serve tão-somente aos propósitos políticos e momentâneos do Estado, operando como uma válvula de escape para moldar os institutos jurídicos aos ideais e aos objetivos do poder estatal.¹¹³⁰ Nesta esteira, a prisão preventiva poderá servir a finalidades absolutamente diversas de seu caráter, inicial e oficialmente, cautelar, recebendo contornos desconhecidos pelo legislador, transformando-a em um instrumento de poder arbitrário e de violação aos direitos fundamentais.¹¹³¹

Na tentativa de limitar a possibilidade de decretação da prisão preventiva por este fundamento, notadamente tendo em vista o entendimento da jurisprudência sobre este assunto, o Projeto de Lei n.º 156/2009 restringiu a interpretação da “garantia de ordem pública” ao determinar que o “clamor público” não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva” (artigo 556, parágrafo 2.º).

Sem dúvida, o conceito etéreo de “clamor público” reforçava o recurso à prisão preventiva como uma medida policialesca, facultando uma interpretação autoritária e discriminatória desta medida. Em regra, as justificativas associadas ao “clamor público”, bem como à reação ao “alarma social”, redundam em posturas que se valem da prisão

¹¹²⁸ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal* ..., op. cit., p. 115-118; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 293.

¹¹²⁹ *Direito processual penal* ..., op. cit., p. 116.

¹¹³⁰ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal* ..., op. cit., p. 116.

¹¹³¹ Cf. O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor* ..., in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em Homenagem a Evandro Lins e Silva*, op. cit., p. 267.

provisória, medida de caráter processual, para servir como instrumento de antecipação dos efeitos da pena. Assim, a mudança em comento é de grande relevo, muito embora não seja suficiente para evitar uma manipulação da prisão preventiva para finalidades distintas de seu caráter cautelar.

Não obstante estas considerações e as objeções à utilização da prisão provisória como medida de segurança ou de defesa social, é também certo que os ordenamentos processuais penais reservam em seus diplomas normativos hipóteses de cabimento da prisão provisória de caráter mais amplo, a fim de conferir a necessária tutela à paz e à ordem sociais. Neste sentido, a solução de compromisso para esta problemática consiste em encontrar, ao menos, uma redação que exprima um ponto de equilíbrio, como observa Rogério Schietti Machado Cruz, e “(...) atenda tanto aos interesses do indivíduo contra excessos do poder coercitivo estatal, quanto aos interesses igualmente legítimos da sociedade contra comportamentos que colocam sob risco grave e concreto o pacífico e ordeiro convívio social”.¹¹³²

Desta forma, melhor seria que o Projeto de Lei substituísse as expressões ora comentadas, já que tão combatidas, e se ocupasse da delimitação de parâmetros ou de requisitos mais precisos para a decretação da prisão, despontando como essencial, neste caso, a motivação das decisões penais, a fim de controlar o seu embasamento concreto e objetivo.¹¹³³

Outro ponto que merece destaque é a inovação do Projeto de Lei, ao incorporar como fundamentos para a decretação da prisão preventiva a gravidade do fato e a prática reiterada de crimes pelo mesmo autor. Nota-se um esforço do legislador em conferir concretude ao fundamento genérico da ordem pública, incorporando ao texto legal as interpretações já consagradas pela doutrina processual penal e pela jurisprudência nacionais. De fato, a doutrina e a jurisprudência compreendiam a autorização da prisão para garantia da ordem pública como uma medida necessária para aplacar o clamor público, ou como uma medida necessária em face da gravidade do fato ou da periculosidade do agente.

¹¹³² *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 220.

¹¹³³ Neste sentido, R. S. M. CRUZ, *As medidas cautelares ...*, in *Revista de Informação Legislativa*, *op. cit.*, p. 221. Ademais, a proposta de Maurício Zanoide de Moraes, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 390-398.

Em nenhum destes fundamentos, o Projeto de Lei observou as exigências da tutela cautelar. De fato, a prisão preventiva autorizada com base exclusivamente na gravidade do crime não demanda da autoridade jurisdicional qualquer consideração acerca dos pressupostos da tutela cautelar, como se a mera circunstância de ser o crime considerado, em abstrato, de singular gravidade fosse suficiente para a imposição da medida, o que, sem dúvida, revela um automatismo na decretação da prisão provisória. Por outro lado, a reiteração na prática de crimes, como já visto, atribui à prisão provisória finalidades de prevenção especial próprias da pena privativa de liberdade, o que contraria a presunção de inocência.

A prisão preventiva para a garantia da ordem pública, sob o fundamento do risco de reiteração de prática delitiva, encobre, na verdade, um discurso substancialmente inconstitucional. Este juízo prognóstico é, em sua essência, incompatível com a presunção de inocência, além de submeter uma providência cautelar a uma função de polícia ou de segurança pública do Estado, o que foge completamente dos propósitos instrumentais da prisão provisória.¹¹³⁴ Nestes termos, a prisão preventiva “(...) assume os contornos de verdadeira *pena antecipada* ou *medida de segurança*”, revelando-se incongruente com a determinação contida no mesmo dispositivo, no sentido de que “a prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação de pena” (artigo 556, parágrafo 1.º).¹¹³⁵

5.9.3.12. REGRAMENTOS RELATIVOS À IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL NO PROJETO DE LEI N.º 156, DE 2009

No Projeto de Lei n.º 156/2009, aspecto relevante consiste na previsão do contraditório prévio à decretação da medida cautelar, somente obstado no caso de perigo de sua ineficácia (artigo 531). Em atenção ao modelo processual acusatório e democrático adotado, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, deve determinar a intimação da

¹¹³⁴ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 122; S. L. DA SILVEIRA FILHO, *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS n.º 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência*, in J. N. DE M. COUTINHO e L. G. G. C. DE CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 263-269.

¹¹³⁵ Cf. S. L. DA SILVEIRA FILHO, *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS n.º 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência*, in J. N. DE M. COUTINHO e L. G. G. C. DE CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 266.

parte contrária, que poderá valer-se desta oportunidade para manifestar-se pela imposição de medida menos gravosa.

Outra inovação do Projeto de Lei n.º 156/2009 consiste na regulamentação do uso de algemas e do emprego de força na efetivação da prisão, na esteira da Súmula 11 do Supremo Tribunal Federal.¹¹³⁶ Houve uma preocupação em ressaltar o caráter excepcional do emprego das algemas, somente autorizado “em situações de resistência à prisão, fundado receio de fuga ou para preservar a integridade física do executor, do preso ou de terceiros” (artigo 537, parágrafo 1.º).

Ademais, encontra-se expressamente vedado o uso de algemas em caso de apresentação espontânea do imputado à autoridade competente, por tempo excessivo ou como forma de castigo ou de sanção disciplinar (artigo 537, parágrafo 2.º). A disciplina do uso de algemas encontra-se em consonância com o tratamento do imputado como inocente, que emerge como um dos corolários da presunção de inocência.¹¹³⁷

O Projeto de Lei n.º 156/2009 não prevê a medida cautelar de internamento provisório, destinada aos inimputáveis que praticam atos definidos como crime. Como observa Antonio Scarance Fernandes, a internamento provisório constava do Projeto Grinover e revela-se uma providência necessária, em especial, tendo em vista os inconvenientes de se decretar a prisão preventiva aos acusados inimputáveis, colocando-os em estabelecimentos prisionais inadequados ao seu estado, “(...) com todos os problemas decorrentes dessa situação para o enfermo, para os demais presos e para o estabelecimento prisional”.¹¹³⁸

5.9.3.13. AS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL E A EXIGÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE NAS INTERVENÇÕES NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outro aspecto relevante do Projeto de Lei n.º 156/2009 consiste na preocupação constante do Legislador com a proporcionalidade das restrições aos direitos

¹¹³⁶ Nos termos da súmula vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

¹¹³⁷ V. item 2.6. do Capítulo 2.

¹¹³⁸ *As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 183, jul.-set./2009, p. 17. Destaca-se que havia previsão neste sentido no artigo 319, inciso VII, do Projeto de Lei n.º 111/2008.

individuais. As referências aos requisitos intrínsecos da proporcionalidade – adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito – permearam o texto do Projeto, revelando a importância do controle de proporcionalidade como um limite às intervenções e como fundamento do sistema cautelar.¹¹³⁹

Em atenção à adequação da medida cautelar imposta aos objetivos instrumentais e de tutela do processo visados por esta restrição, o Projeto de Lei em comento exige a demonstração de que as medidas cautelares revelam-se “(...) o meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal e de reparação civil”, ficando, ainda, “(...) a respectiva duração condicionada à subsistência dos motivos que justificaram a sua aplicação” (artigo 526).

A adequação qualitativa das medidas cautelares também se fez presente nas referências do artigo 527, que veda a aplicação de medida cautelar que seja mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação, bem como do artigo 557, que exige crimes dolosos ou punidos com pena privativa de liberdade superior a três anos. O tratamento dispensado à prisão temporária também revela um compromisso do Projeto de Lei com a proporcionalidade na imposição das medidas cautelares pessoais, já que o Legislador optou por indicar os crimes que, em face de sua especial gravidade e da pena abstratamente cominada, admitiriam, em tese, a decretação da prisão. Nota-se, portanto, que o Legislador retornou à descrição casuística dos delitos, abandonando a proposta anterior de adoção de um critério objetivo.¹¹⁴⁰

Ainda tratando da sub-regra da adequação, mas em sua vertente de adequação quantitativa, o Projeto de Lei dedicou atenção à fixação de prazos máximos de duração da prisão e demais medidas cautelares, atendendo à reivindicação da doutrina diante da lacuna que caracteriza o direito atual quanto a este aspecto (artigos 558 a 561 e 606). A previsão legal de períodos de duração das medidas cautelares pessoais, além de conformar-se ao caráter provisório da tutela cautelar e à garantia constitucional de razoável duração do processo, reduz a possibilidade de excesso e de arbitrariedades na incidência da prisão cautelar.¹¹⁴¹

¹¹³⁹ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 67.

¹¹⁴⁰ O rol retoma os delitos indicados como hediondos pela Lei n.º 8.072/1990.

¹¹⁴¹ Neste sentido, A. S. FERNANDES, *As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 183, jul.-set./2009, p. 18.

Ademais, o texto projetado também observou as ideias de adequação subjetiva, na medida em que prevê a exigência de fundamentação específica para cada indivíduo na hipótese de decretação de medidas cautelares em processos com corréus ou em investigações caracterizadas por pluralidade de sujeitos (artigo 532, parágrafo 1.º).

Quanto à sub-regra da necessidade, que demanda um exame comparativo entre a medida selecionada e as medidas alternativas, o Projeto de Lei também cuidou de sua incidência no tratamento das medidas cautelares pessoais. O Projeto em questão prevê, logo em suas disposições iniciais sobre medidas cautelares, que a escolha do juiz acerca da providência assecuratória deverá ser orientada pelos parâmetros da necessidade, da adequação e da vedação do excesso, devendo o magistrado atentar para as circunstâncias concretas a indicarem as exigências cautelares para a situação fática (artigo 529, parágrafo único).

Mais adiante, o Projeto de Lei em apreço prevê que a prisão preventiva somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente (artigo 556, parágrafo 3.º), o que está a exigir do juiz o necessário cotejo entre as medidas alternativas colocadas à sua disposição e a prisão cautelar, a fim de corroborar a necessidade desta medida extrema ou concluir pela adequação e suficiência de outra providência menos invasiva.

A proporcionalidade em sentido estrito acena para o balanceamento entre o princípio ou o bem jurídico objetivado pelas restrições e o direito fundamental limitado. Neste ponto, o Projeto de Lei em comento revela que o Legislador ora demonstrou coerência e correção em suas opções, ora conferiu maior prevalência aos princípios tutelados pelas intervenções estatais nos direitos fundamentais do imputado, afastando-se da proporcionalidade que devem ser observadas nestas medidas. Isto se demonstra, por exemplo, no tratamento da prisão preventiva e nos fundamentos trazidos pelo projeto de lei, entre os quais se mantém a decretação da prisão preventiva como “garantia da ordem pública e da ordem econômica”, “em face da extrema gravidade do fato” e “para evitar a reiteração de crimes pelo mesmo autor”.

Nota-se, portanto, a partir dos fundamentos admitidos para imposição da prisão preventiva, o propósito de conferir à medida, notoriamente instrumental, índole diversa. De fato, os argumentos em tela indicam o recurso à prisão provisória como

artifício para alcançar fins próprios da pena, o que se revela inadmissível em um Estado de Direito calcado no reconhecimento da presunção de inocência. Ainda que se sustente a necessidade da previsão da prisão preventiva por razões de ordem material, com o propósito de atender a situações excepcionais e notadamente limites, o Legislador, a fim de cumprir as exigências derivadas do princípio da legalidade, deverá cercar estas hipóteses de critérios objetivos.

Na realidade, as críticas à disciplina normativa encontrada não somente no Projeto de Lei em comento, mas também em diplomas, atualmente, em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, inserem-se no contexto de análise da proporcionalidade das intervenções estatais nos direitos fundamentais. A indeterminação dos conceitos empregados pelo Legislador provoca “quebras ao princípio da legalidade”, como anota Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, e propicia o cenário para o recurso desmedido e arbitrário às medidas restritivas de caráter pessoal. Neste sentido, torna-se imprescindível o proceder ao controle destas intervenções em direitos fundamentais, recorrendo-se à proporcionalidade como o limite destas restrições.¹¹⁴² É deste assunto que trata o capítulo a seguir.

¹¹⁴² *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 82.

CAPÍTULO 6 – ANÁLISE MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS DE CARÁTER PESSOAL ADOTADAS NO CURSO DA PERSECUÇÃO PENAL COMO INTERVENÇÕES À LIBERDADE SOB O ENFOQUE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONTROLE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

6.1. PRISÃO E DEMAIS MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS DE CARÁTER PESSOAL À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

Como destacado, a Constituição da República de 1988, dentre o seu proclamado compromisso democrático, inaugurou em nossa tradição normativa a consagração expressa do princípio da presunção de inocência. Sem dúvida, o reconhecimento do estado de inocência do imputado representa a mais lídima garantia de liberdade dos indivíduos em face do poder coercitivo estatal, e revela, em uma fórmula, a preocupação humanística reitoria do sistema processual penal.¹¹⁴³

É certo que o correto desenvolvimento do processo penal e a eficiência na atuação de seus institutos demandam a adoção de medidas limitativas aos direitos fundamentais. A prisão provisória e as demais medidas restritivas de caráter pessoal inserem-se entre os instrumentos de que se vale o Estado para a consecução de seus objetivos relacionados à persecução penal, de modo que a incidência da prisão ou de medidas limitativas aos direitos fundamentais em caráter cautelar sempre reconduzirão à colisão de princípios no caso concreto.¹¹⁴⁴

E, de fato, entre as instituições processuais penais, as medidas cautelares de caráter pessoal, em especial a prisão provisória, concentram as maiores preocupações, sendo altamente debatida e controvertida a sua justificação perante o Estado Democrático de Direito. O embate entre o direito à liberdade e a presunção de inocência, em um extremo, e os imperativos de proteção social e de manutenção da segurança e da ordem, em outro, domina a discussão em torno da prisão provisória e torna problemática a solução

¹¹⁴³ Neste sentido, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón* ..., *op. cit.*, p. 549; A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal* ..., *op. cit.*, p. 53; R. B. VARALDA, *Restrição ao princípio* ..., *op. cit.*, p. 46; M. A. M. PARDO, *La presunción de* ..., *op. cit.*, p. 38-39.

¹¹⁴⁴ Cf. P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e* ..., *op. cit.*, p. 187.

por um compromisso entre “as exigências de justiça individual” e os interesses de ordem coletiva.¹¹⁴⁵

Justamente por estes motivos, nota-se uma importância em avaliar a legitimidade constitucional dos regramentos relacionados à prisão e as demais cautelares pessoais no Direito Processual Penal, bem como o modo como a sua incidência prática se revela.

O propósito deste capítulo é apresentar a prisão e as demais medidas restritivas de caráter pessoal adotadas no curso da persecução penal como restrições ao direito fundamental à liberdade e, de igual modo, ao princípio da presunção de inocência. A proporcionalidade é uma importante forma de controle destas restrições.¹¹⁴⁶ Quando as medidas restritivas aos direitos fundamentais desobedecem aos pressupostos e aos requisitos impostos pela proporcionalidade, tais providências transformam-se de intervenções legítimas àqueles direitos, isto é, autênticas restrições, em intervenções ilegítimas, ou, simplesmente, violações.

A ordem constitucional vigente assegura o direito individual à liberdade como direito de índole fundamental, somente admitindo intervenções em seu âmbito de proteção a dois títulos distintos: em razão da imposição de uma pena privativa de liberdade ou em razão da imposição de medidas cautelares de caráter pessoal.

No primeiro caso, a privação de liberdade a título de pena emerge como forma de reação jurídica à infração penal perpetrada, o que ocorre após o desenvolvimento do devido processo legal, em que restam devidamente asseguradas as garantias processuais. No segundo caso, a privação da liberdade, ou uma limitação parcial desta, verifica-se no curso da persecução penal e revela um caráter instrumental, destinando-se a assegurar a efetividade e o resultado útil do processo penal, com a devida observância da presunção de inocência.

¹¹⁴⁵ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 29.

¹¹⁴⁶ Neste sentido, Jorge Reis Novais destaca que a proporcionalidade “(...) é, hoje, a referência fundamental do controlo da actuação dos poderes públicos em Estado de Direito, assumindo, particularmente, no âmbito dos limites aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controlo da actuação restritiva da liberdade individual e de *chave* sem a qual, integrada no recurso à metodologia da ponderação de bens, não seria possível decifrar os complexos problemas que aí vêm sendo suscitados” (*Os princípios constitucionais...*, op. cit., p. 161).

Neste sentido, qualquer outra limitação ao direito fundamental à liberdade que escapar a estes modelos, isto é, revelar-se uma intervenção à liberdade pessoal sem conotação cautelar, em contrariedade à presunção de inocência e aos ditames do devido processo legal, não há de ser admitida no sistema jurídico brasileiro. Trata-se, na realidade, de intervenção ilegítima ao direito individual à liberdade e, quando adotada no curso do processo penal, também se mostra intervenção ilegítima ao princípio da presunção de inocência.¹¹⁴⁷

Neste contexto, a proporcionalidade destaca-se como uma forma de controle a estas intervenções aos direitos fundamentais a orientar a estrutura normativa das medidas cautelares de caráter pessoal e as decisões judiciais a este respeito. Como método científico, a proporcionalidade confere critérios mais objetivos para a avaliação das intervenções aos direitos fundamentais e revela-se, de igual modo, um instrumento útil para dotar as decisões judiciais neste campo de maior objetividade, minimizando-se os espaços para atuações arbitrárias.¹¹⁴⁸

A incidência da proporcionalidade no controle das normas relativas às medidas cautelares pessoais pode conduzir a duas respostas distintas, considerando-se que a ausência de mandamento no ordenamento processual penal relativamente à proporcionalidade e o caráter fundamental dos direitos afetados convertem a discussão em matéria constitucional.¹¹⁴⁹

Em princípio, o controle das intervenções estatais à luz da proporcionalidade pode determinar a adequação das disposições legais aos ditames constitucionais e à necessária tutela dos direitos fundamentais no caso concreto, por meio da técnica de interpretação das normas conforme a Constituição. Em não sendo o caso, a lei deverá ser considerada inconstitucional.¹¹⁵⁰

Neste contexto, chega-se ao momento de se avaliar as medidas restritivas aos direitos individuais adotadas em âmbito processual penal à luz da proporcionalidade. Esta análise será conduzida, tendo em vista a exposição acerca da proporcionalidade

¹¹⁴⁷ Com relação à possibilidade residual e limite de admitirem-se prisões provisórias com fins materiais, portanto, ausente o caráter cautelar, v. item Capítulo 6.

¹¹⁴⁸ Cf. P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 187.

¹¹⁴⁹ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 276.

¹¹⁵⁰ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 277.

desenvolvida no Capítulo 1, bem como as medidas restritivas de caráter pessoal admitidas no ordenamento jurídico brasileiro enunciadas no Capítulo 5.

Como se nota, a proporcionalidade não fornece medidas alternativas ou medidas substitutivas à prisão provisória, mas propicia o controle de sua incidência, mediante critérios objetivos que conferem maior racionalidade à atuação judicial neste campo. Em seguida, segue-se uma análise das medidas restritivas de caráter pessoal adotadas no curso da persecução penal, dando-se destaque as atuações que não obedecem à proporcionalidade e, por isso, são consideradas violações.

6.2. MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS ADOTADAS EM ÂMBITO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA LEGALIDADE COMO PRESSUPOSTO DA PROPORCIONALIDADE *LATO SENSU*

A legalidade desempenha um papel fundamental no campo das medidas restritivas a direitos individuais de caráter pessoal.¹¹⁵¹ Como demonstrado, a legalidade não corresponde somente à exigência de lei, em sentido estrito, para a definição destas espécies de medidas reconhecidas pelo sistema processual penal. Uma das mais relevantes atuações da legalidade neste âmbito consiste na obrigatoriedade de certeza, de exatidão e de precisão das leis processuais penais, o que colabora com a consecução de um ideário de segurança jurídica.¹¹⁵² A perfeição normativa neste âmbito corresponde a uma maior vinculação dos juízes aos termos legais, ao que se segue uma maior segurança e uma maior previsibilidade dos indivíduos acerca dos limites de intervenções estatais em seus direitos fundamentais.

Uma vez assentado o significado da legalidade para o campo das medidas cautelares de caráter pessoal, consegue-se vislumbrar os comportamentos do legislador e da autoridade jurisdicional que dela se afastam e, assim o fazendo, revelam uma incidência desproporcional da prisão e de outras medidas limitativas aos direitos fundamentais adotadas no curso da persecução penal.

¹¹⁵¹ Sobre a legalidade como pressuposto da proporcionalidade, v. item 1.8.3.1. do Capítulo 1. Já se afirmou que as construções da legalidade penal material devem ser levadas ao campo processual penal. Assim, a noção de legalidade processual penal ostenta todos os atributos da lei penal material, como anota Maurício Zanoide de Moraes, devendo ser escritas, estritas e prévias (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 316).

¹¹⁵² Neste ponto, há de se reconhecer a resistência de alguns autores em afirmar o ideal de segurança jurídica como um objetivo concretamente viável, colocando-se, antes, como uma utopia ou ficção. Trata-se do entendimento, por exemplo, de Pablo Rodrigo Alflen, *Garantia de ordem pública e violação ao princípio da proporcionalidade*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 217, dez./2010, p. 10.

Esta investigação se mostra necessária, notadamente em face da constatação de inúmeras “quebras do princípio da legalidade” no sistema processual penal, como anota Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, caracterizadas por medidas limitativas aos direitos fundamentais disciplinadas de modo defeituoso e lacônico, o que proporciona quase nenhuma segurança jurídica aos indivíduos. Esta ruptura com a legalidade é também observada por outras medidas que incidem em evidente violação às leis que autorizam a sua aplicação, havendo, inclusive, aquelas que são adotadas à revelia de qualquer previsão legal.¹¹⁵³ Em todos estes exemplos, a contrariedade à legalidade resta evidente, o que transforma estas condutas em violações ao direito de liberdade e, portanto, inconstitucionais.

6.2.1. ANÁLISE DOS TERMOS GENÉRICOS EMPREGADOS PELO LEGISLADOR NO TRATAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA E DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Em primeiro lugar, as condutas normativas em desatenção à legalidade processual penal serão analisadas. Neste campo, a realidade dos ordenamentos jurídicos processuais penais tem revelado que os exemplos não são poucos, a começar pela redação das hipóteses de cabimento da prisão provisória e dos fundamentos de sua decretação.

Os diplomas processuais penais abusam de termos genéricos, abertos, amplos e indefinidos para regulamentar as hipóteses de admissibilidade da prisão provisória e os motivos que ensejam a sua incidência.¹¹⁵⁴ Este defeito na regulamentação das medidas limitativas de liberdade revela, como já destacado, o que Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano denomina de “quebra ao princípio da legalidade”.¹¹⁵⁵

Neste sentido, cite-se como exemplo o artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro, que, ao enunciar os conceitos de “garantia da ordem pública” e de “garantia da ordem econômica” como fundamentos para a decretação da prisão preventiva,

¹¹⁵³ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 82.

¹¹⁵⁴ Neste campo de medidas cautelares de caráter pessoal, a lei processual penal deve ser clara e específica. Como anota Maurício Zanoide de Moraes, “não obstante se admita a analogia e a extensividade na aplicação da lei processual penal, não se poderá nela inserir termos imprecisos ou abertos que permitam o descumprimento da justificação (teleológica) que o legislador fixou em sua formação ou da justificação (constitucional) que a Constituição exige para haver conformidade daquela norma” (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p.316).

¹¹⁵⁵ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 82.

distancia-se da legalidade esperada no tratamento da prisão provisória.¹¹⁵⁶ A expressão eleita pelo legislador subverte o princípio da legalidade, bem como a finalidade instrumental e processual das medidas cautelares, por construir uma válvula para a decretação da prisão preventiva por motivos materiais, o que revela um caráter de antecipação da pena incompatível com a presunção de inocência.¹¹⁵⁷

O caráter abstrato e vago do texto normativo permite o descumprimento da justificação constitucional da prisão provisória, transmutando a restrição em intervenção ilegítima no direito fundamental de liberdade, assim como no âmbito de proteção da presunção de inocência.¹¹⁵⁸

De fato, entre principais justificativas que, em regra, acompanham a decretação da prisão preventiva por garantia da ordem pública, colocam-se argumentos como “clamor público”, “repercussão social do fato criminoso”, “gravidade abstrata do delito”, “evitar a continuidade delitiva ou a reincidência”, “restabelecer a ordem social e a credibilidade da justiça”, todos a indicar a imposição de uma prisão com fundamento material no curso da persecução penal, em total descompasso com as finalidades instrumentais da tutela cautelar.¹¹⁵⁹

Ora, como já destacado, as leis processuais penais, que disciplinam as hipóteses de prisão e de liberdade provisória no curso do processo, estão a tratar, na

¹¹⁵⁶ Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes reconhece que a estrutura atualmente em vigor em nosso sistema processual penal, no que tange à decretação da prisão preventiva, mostra-se inconstitucional e distante do recomendável pela presunção de inocência. Como destaca o autor, a amplitude e a falta de parâmetro dos conceitos de “ordem pública” e de “ordem econômica” são, na realidade, meios para inserir “justificativas inconstitucionais para a prisão no curso persecutório” (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 370, nt. 100, 388-389). Cf. A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 66; G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 193; A. LOPES JÚNIOR., *Direito processual penal...*, op. cit., p. 116-117; O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor ...*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, op. cit., p. 258-259; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 85; J. G. G. RAMOS, *A tutela de ...*, op. cit., p. 370.

¹¹⁵⁷ Cf. A. M. GOMES FILHO, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 68;

R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 179.

¹¹⁵⁸ Neste sentido a advertência de Maurício Zanoide de Moraes, segundo o qual a lei processual penal deve ser elaborada da forma mais restritiva possível, a fim de evitar que “(...) da vagueza do texto normativo, derivem interpretações que atinjam o âmbito de proteção da norma em áreas vedadas pela Constituição (sem justificação constitucional)” (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 317). Este, aliás, o momento de interseção dos dois pressupostos da proporcionalidade: legalidade e justificação constitucional. A exigência de uma lei precisa e estrita evita que se alcancem finalidades desprovidas de justificação constitucional a partir dos preceitos legais. Isto impede, por exemplo, que se decrete a prisão preventiva por motivos materiais, como “combater a repercussão social do crime” ou “atender ao clamor público de justiça sumária”, que não se coadunam com a presunção de inocência. Ainda, conforme P. R. ALFLEN, *Garantia da ordem pública e violação ao princípio da proporcionalidade*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 217, dez.2010, p. 10-11.

¹¹⁵⁹ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p.382-383; A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 114-121; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 85.

verdade, de medidas restritivas de liberdade, sendo acentuado o caráter híbrido ou misto que ostentam.¹¹⁶⁰ A participação nesses diplomas de matéria relativa a direitos e a garantias fundamentais impõe ao legislador a observância dos preceitos que regem a elaboração e a interpretação das normas penais de caráter material, entre os quais se sobressai, no momento, o da taxatividade.

Neste âmbito, portanto, a tarefa a ser desempenhada pelo legislador deve prezar pela maior precisão técnica e pelo esmero na escolha dos termos e das expressões. É certo que a dinâmica e a mutabilidade sociais demandam certa abertura da disciplina legal, reservando espaço para a atuação da discricionariedade judicial. Não obstante, isto não autoriza o emprego de termos demasiadamente amplos e indeterminados, de forma a ocasionar um estado de insegurança jurídica.¹¹⁶¹

Neste sentido, é possível encontrar alguns exemplos desta crítica na disciplina brasileira pertinente à prisão e a à liberdade provisória. Entre estes, o mais citado é o da previsão de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública e para garantia da ordem econômica, consoante o artigo 312 do Código de Processo Penal, já destacado. Ademais, o artigo 7.º da Lei n.º 9.034/2006, que estabelece a vedação absoluta e

¹¹⁶⁰ Segundo Américo A. Taipa de Carvalho, normas processuais materiais são as normas relativas à queixa, à representação, à prescrição, às espécies de prova, aos graus de recurso, à prisão preventiva, à liberdade condicional etc.; ao passo de que as normas processuais formais, de que “são exemplos as formas de citação e de convocação, a redação dos mandados, as formas de oitiva e registro dos intervenientes processuais, prazos de notificação do argüido, formalidades e prazos dos exames periciais, formalidades e horários das buscas”, apenas regulamentam o desenvolvimento do processo “e não produzem os efeitos jurídicos materiais derivados das primeiras”. Em linhas gerais, as normas processuais materiais colocam-se como as disposições normativas que “condicionam a efetivação da responsabilidade estatal” ou disciplinam medidas diretamente relacionadas aos direitos do acusado ou do recluso (*Sucessão de leis penais*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra, 1997, p. 263-264). Desta forma, logo se vê que o alcance desta categoria pode encontrar uma visão mais restritiva ou uma visão mais ampla, estando a prevalência dos direitos individuais imediatamente condicionada pelo posicionamento adotado. Em um entendimento mais restritivo, as normas processuais materiais consistiriam apenas e tão somente nas disposições normativas relacionadas ao conteúdo da pretensão punitiva, tais como as normas sobre o direito de queixa, de representação, bem como sobre a prescrição, a decadência, o perdão, a perempção, entre outras (Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Problemas de direito intertemporal e as alterações do código de processo penal*, in *Boletim IBCCRIM*, ano 16, n.188, jul. 2008, p. 23-25). Por outro lado, em uma concepção mais ampliativa, as normas processuais com caráter material não estariam restritas somente às condições objetivas de punibilidade ou a disposições relacionadas ao exercício da ação penal; ao contrário, as normas processuais de conteúdo material devem igualmente corresponder às prescrições normativas relacionadas aos direitos e às garantias individuais, de modo a incluir disposições sobre “(...) constituição e competência dos tribunais, meios de prova e eficácia probatória, graus de recurso, liberdade condicional (...) hipóteses de cabimento ou o tempo de duração das prisões cautelares, a possibilidade de concessão de liberdade provisória, entre outras” (Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Problemas de direito intertemporal e as alterações do código de processo penal*, in *Boletim IBCCRIM*, ano 16, n.188, jul. 2008, p. 23-25).

¹¹⁶¹ Neste sentido, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano reconhece o descumprimento do princípio da legalidade no campo processual penal por meio de medidas que: “(...) se encuentran tan defectuosamente reguladas que la seguridad jurídica que la ley ha de proporcionar a los ciudadanos es casi nula” (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 82).

genérica à concessão de liberdade provisória aos agentes que participam de organização criminosa, desde que demonstrada participação “intensa e efetiva na referida organização”, bem como os dispositivos correlatos, como o artigo 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, a Lei de Drogas, e o artigo 3.º da Lei n.º 9.613/1995, Lei de Lavagem de Capitais, que também proíbem de forma absoluta e *a priori* a concessão de liberdade provisória.

As objeções quanto à proibição legal, de modo genérico e prévio, a um direito subjetivo do indivíduo serão mais adiante analisadas. Por ora, nota-se a dificuldade e a incerteza de ordem prática na aplicação deste dispositivo. Por exemplo, o artigo 7.º da Lei n.º 9.034/1995. O legislador condicionou a incidência do preceito a termos genéricos e de interpretação notoriamente subjetiva, o que compromete, em muito, a segurança jurídica e redundante, de maneira frequente, em subjetivismos.

Neste caso, o acesso à liberdade provisória, direito reconhecido em sede constitucional, restou submetido, de forma criticável, à verificação por parte do juiz de dois aspectos subjetivos, a saber: a intensidade e a efetiva colaboração do agente em uma organização criminosa, conceito este também problemático no sistema jurídico nacional. A participação do agente que se revela intensa ou que se mostra efetiva vai depender, sem dúvida, da formação jurídica e humana de cada magistrado, bem como de sua experiência concreta. O resultado será a produção de decisões diversas para casos semelhantes a depender da autoridade jurisdicional.

Além do mais, como será criticado, o estabelecimento de regramentos nestes termos absolutos acena para uma postura legislativa descomprometida com o balanceamento que deve ocorrer entre os direitos individuais e os imperativos de ordem coletiva. Em tais hipóteses de prescrições genéricas e absolutas, o legislador optou por uma prevalência constante dos interesses coletivos, sem que haja qualquer espaço para uma ponderação à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.¹¹⁶²

Neste sentido, não há espaço para atuação jurisdicional em condições de inveter aquela “relação absoluta de prevalência”, em total desconsideração aos ditames da

¹¹⁶² Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 388.

presunção de inocência, princípio que não cumpre somente a função de atender a interesses individuais, mas que também encontra fundamento em interesses de ordem coletiva.¹¹⁶³

6.2.2. ANÁLISE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA: A QUESTÃO DA AUTONOMIA DOS INCISOS E A EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Outro exemplo de atuação normativa em violação aos ditames da legalidade é o tratamento da prisão temporária no ordenamento jurídico brasileiro. Como já demonstrado, as medidas cautelares exigem dois pressupostos básicos para a sua decretação: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, sendo a sua avaliação reservada ao âmbito discricionário do juiz.¹¹⁶⁴ A obrigatoriedade desses pressupostos, no entanto, decorre da sistemática da tutela cautelar e, assim, a sua exigência deve estar, de modo claro e preciso, delimitada em lei.¹¹⁶⁵

Entretanto, não é o que se verifica da redação da Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989. O artigo 1.º do referido diploma legal, em seus incisos isolados, reúne, de fato, os pressupostos das medidas cautelares (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*). No entanto, a forma de disposição da matéria promove dúvidas de interpretação quanto à necessária combinação dos incisos para a decretação da prisão temporária. Com efeito, há correntes em todos os sentidos, sustentando a incidência isolada de qualquer dos incisos, a presença concomitante das três disposições ou a cumulação do inciso III, a indicar a ocorrência do *fumus commissi delicti*, com uma das condições dos incisos I ou II, a caracterizarem o *periculum libertatis*.¹¹⁶⁶

Ora, este tipo de incerteza não se coaduna com o sistema processual penal orientado pelo princípio da legalidade, nem se admite em matéria de intervenções estatais sobre a liberdade.¹¹⁶⁷ Muito embora não se mostre razoável autorizar a prisão

¹¹⁶³ Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 388-389. Sobre a fundamentação da presunção de inocência em interesses coletivos, o autor destaca que: “(...) no atual estágio da evolução juspolítica dos Estados constitucionais e da doutrina dos direitos fundamentais, não é mais possível ou correto manter essa visão individualista como a única ou, quiça, a mais relevante” (Op. cit., p. 232).

¹¹⁶⁴ Neste ponto, ressalta-se que ao órgão jurisdicional reserva-se a avaliação da presença dos pressupostos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* no momento de decretação da medida cautelar e a sua subsistência para a manutenção da cautela. A obrigatoriedade desses pressupostos para a imposição da cautelar é indiscutível para o juiz.

¹¹⁶⁵ Com efeito, o princípio da legalidade exige que as medidas cautelares e as condições de sua aplicação estejam tipificadas em lei. Neste sentido, M. Z. DE MOARES, Op. cit., p. 316.

¹¹⁶⁶ Sobre este tema, remete-se ao item 5.5.5 do Capítulo 5.

¹¹⁶⁷ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 315.

temporária com base na incidência isolada de um só dos incisos do artigo 1.º, o legislador não deve permitir tais incongruências no sistema de tutela cautelar no curso do processo penal, sob pena de caracterizar violação aos direitos fundamentais.¹¹⁶⁸

A existência de leis processuais penais neste estilo subverte a previsibilidade e a segurança jurídica que era de se esperar a partir da edição desses diplomas normativos. A legalidade processual penal não cumpre o seu compromisso de minorar o arbítrio estatal e de resguardar o tratamento igualitário entre os indivíduos. A abertura conferida por termos legais genéricos e indeterminados e a imprecisão técnica na exposição dos pressupostos de decretação da prisão provisória dificultam o controle da atuação jurisdicional e colaboram com as mencionadas “quebras ao princípio da legalidade”.¹¹⁶⁹

6.2.3. ANÁLISE DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE INOMINADAS DECRETADAS COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA DA AUTORIDADE JURISDICIONAL

As medidas cautelares impostas à revelia de qualquer previsão legal, com fundamento em um poder geral de cautela, também contrariam o pressuposto da legalidade.¹¹⁷⁰ Na realidade, o descumprimento da legalidade é ainda mais evidente nestas hipóteses do que naquelas mencionadas anteriormente e encontra, ao menos, uma distinção relevante: neste momento, a observação volta-se não às imperfeições técnicas das leis processuais penais, mas à falta destas e à conduta arbitrária da autoridade jurisdicional que desponta nesta situação.

De fato, a ausência de lei processual penal específica e anterior, que trate das hipóteses de cabimento, da intensidade e do objetivo das medidas cautelares de caráter

¹¹⁶⁸ A margem de interpretação reservada aos juízes por meio de diplomas como a Lei n.º 7.960/1989 demonstra que a atividade do legislador, neste caso, não atendeu às exigências da legalidade. Como visto, a legalidade coloca-se como um pressuposto da proporcionalidade. Com isto, a intervenção estatal nos direitos fundamentais não se comporta como restrição, visto que ilegítima, mas como violação, o que não se admite no Estado Democrático de Direito.

¹¹⁶⁹ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 82.

¹¹⁷⁰ Neste sentido, o entendimento de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, segundo o qual configura “quebra do princípio da legalidade no processo penal”: “(...) as injerencias en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo sin que ley alguna autorice a aplicar tales medidas en concreto” (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 82). Ainda, A. LOPES JÚNIOR, *A (in)existência de ...*, in *Boletim IBCCRIM*, op. cit., p. 08-09.

pessoal, transforma as intervenções estatais neste sentido em violações, visto que ilegítima a ingerência no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.¹¹⁷¹

O conceito de poder geral de cautela e os contornos de seu exercício já foram objeto de análise em momento anterior.¹¹⁷² Nesta ocasião, interessa discutir como a decretação de medidas cautelares de caráter pessoal não admitidas em lei viola a legalidade, como pressuposto da proporcionalidade *lato sensu*.¹¹⁷³ Para tanto, utiliza-se dos exemplos mais comumente encontrados na doutrina e na jurisprudência, que consistem na proibição de viajar ao exterior e na retenção do passaporte do imputado.¹¹⁷⁴

A proibição de viajar ao exterior, acompanhada ou não da retenção do passaporte, revela-se uma medida adequada para afastar o perigo de fuga, para garantir que o imputado permaneça à disposição da autoridade jurisdicional, bem como para resguardar a eventual aplicação de uma sanção penal. Em um exame comparativo às demais medidas cautelares pessoais que podem ser adotadas em face deste mesmo objetivo, a medida em comento demonstra-se também necessária, já que assegura a realização da finalidade processual com eficiência e o mínimo de limitação aos direitos fundamentais.

Sob a perspectiva da proporcionalidade em sentido estrito, a medida apresenta-se, igualmente, a mais indicada, tendo em vista a ponderação que deve ocorrer

¹¹⁷¹ O ordenamento jurídico brasileiro admite, portanto, intervenções aos direitos fundamentais, desde que legítimas. Como observa Aury Lopes Júnior, no processo penal, o valor que se destina à tipicidade processual e ao tipo processual decorre do reconhecimento de que a forma se apresenta como uma garantia para o réu: “Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais ‘poderes gerais de cautela’. Assevera-se, novamente, que toda e qualquer limitação de direitos fundamentais do réu somente está legitimada quando houver estrita legalidade”. (*A (in)existência de ...*, in *Boletim IBCCRIM*, *op. cit.*, p. 08-09).

¹¹⁷² V. item 3.1.7. do Capítulo 3.

¹¹⁷³ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p.167; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 313, nt. 159.

¹¹⁷⁴ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 182. Ainda, tratando do poder geral de cautela no processo penal: A. P. DE A. KHEDI, *A retenção do passaporte como medida cautelar alternativa à prisão provisória*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 172, mar. 2007, p. 15-16; R. P. ALVES, *O poder geral de cautela no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 799, p. 431-432; A. A. de SOUZA, *O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 856, p. 487; M. P. LIMA, *Tutela cautelar no ...*, *op. cit.*, p. 119; R. S. M. CRUZ, *Prisão cautelar – dramas ...*, *op. cit.*, p. 179-181; A. Z. TORON, *Retenção do passaporte do acusado – constrangimento ilegal*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 88, mar. 2000, p. 15; R. L. TUCCI, R. DELMANTO JÚNIOR *et all*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, *op. cit.*, p. 120.

entre os direitos fundamentais e os interesses de ordem coletiva.¹¹⁷⁵ Em suma, a proibição de viajar ao exterior, acrescida ou não da retenção do passaporte, sobrevive ao controle da proporcionalidade, em seus requisitos intrínsecos, mas não cumpre a exigência de legalidade da proporcionalidade *lato sensu*, que se encontra relativizada.¹¹⁷⁶

Desta forma, o comportamento recorrente de juízes que costumam advertir o acusado a não viajar ou a não se ausentar da cidade ou do país sem autorização judicial, ou que impõem a entrega do passaporte como uma forma de afastar a decretação de medidas cautelares, não encontra previsão em nosso ordenamento jurídico, sendo manifestamente ilegal. As hipóteses de cautelares de caráter pessoal devem estar taxativamente previstas em lei, sendo indispensável expressa e precisa autorização legal para as restrições que afetam a liberdade da pessoa.

Não há, portanto, como transferir ao processo penal o exercício do poder geral de cautela admitido na esfera cível, em face, justamente, da qualidade dos bens jurídicos em jogo na persecução penal.¹¹⁷⁷ Neste sentido, a retenção do passaporte do imputado por determinação da autoridade jurisdicional consiste em constrangimento ilegal à liberdade de circulação, passível de impetração de *habeas corpus*.¹¹⁷⁸

É certo que a dicotomia do sistema cautelar no processo penal brasileiro estimula a busca por alternativas com o intuito de melhor solucionar os conflitos neste ramo. O atuação judicial, neste campo, encontra um óbice intransponível, que é a exigência de lei escrita, estrita e prévia a determinar as medidas de cautela. A jurisprudência, no entanto, parece desconsiderar este argumento, tendo se mostrado favorável à retenção do

¹¹⁷⁵ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 200-201; R. S. M. CRUZ, *Prisão cautelar – dramas ...*, op. cit., p. 178-180.

¹¹⁷⁶ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 201; M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 313, nt. 159. Neste sentido, Fábio Machado de Almeida Delmanto adverte que a proibição de viajar ao exterior e a retenção do passaporte “(...) podem se tornar medidas cautelares bastante eficazes para afastar (ou ao menos diminuir) o risco de fuga do acusado, evitando, inclusive, o decreto da prisão preventiva. Todavia, como salientado, o problema está na falta de previsão legal dessas medidas, o que viola o princípio da legalidade” (*Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 183).

¹¹⁷⁷ Cf. A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 57; A. P. DE A. KHEDI, *A retenção do passaporte como medida cautelar alternativa à prisão provisória*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 172, mar. 2007, p. 15-16; A. A. de SOUZA, *O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 856, p. 487; A. Z. TORON, *Retenção do passaporte do acusado – constrangimento ilegal*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 88, mar. 2000, p. 15; R. L. TUCCI, R. DELMANTO JÚNIOR *et al*, *Sistematização das medidas ...*, in *Revista do Advogado*, op. cit., p. 120; A. LOPES JÚNIOR, *Breves considerações sobre ...*, in *Boletim IBCCRIM*, op. cit., p. 07-09; A. LOPES JÚNIOR, *A (in)existência do ...*, in *Boletim IBCCRIM*, op. cit., p. 08-09.

¹¹⁷⁸ Cf. A. Z. TORON, Alberto Zacharias Toron, bem como os julgados citados pelo autor em *Retenção do passaporte do acusado – constrangimento ilegal*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 88, mar. 2000, p. 15.

passaporte e à proibição de viajar para o exterior como uma forma de vincular o acusado aos atos e aos termos do processo, sem recorrer à medida extrema da prisão preventiva.¹¹⁷⁹

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal denegou ordem de *habeas corpus*, por entender admissível a imposição de condições judiciais alternativas à prisão processual com base no poder geral de cautela. No caso em exame, a revogação da decretação da prisão preventiva restou condicionada ao cumprimento de certas condições judiciais, como a entrega do passaporte e a necessidade de autorização judicial para viagens ao exterior, que, no entender do Supremo Tribunal Federal, “(...) não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais)”.¹¹⁸⁰

Em todo caso, há um consenso em torno da necessidade da medida, a fim de se resguardar o desenvolvimento regular do processo penal e a efetividade de seu resultado. Há, também, o reconhecimento de que a imposição da prisão cautelar revelava-se de extrema danosidade aos direitos individuais, razão pela qual se tornou “necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto”.¹¹⁸¹

O resultado desta ponderação conduz à decretação de medidas alternativas à prisão provisória, o que é de todo admissível, segundo este entendimento, pois se o ordenamento jurídico permite o mais, que é “a decretação de prisão temporária e preventiva, entre outras medidas constritivas da liberdade de locomoção da pessoa, (...) com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras”.¹¹⁸²

A admissão de medidas cautelares de caráter pessoal atípicas no sistema processual penal, como um recurso para evitar o encarceramento cautelar, é sustentada por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano. Em que pese a falta de regulamentação de medidas alternativas em lei, o autor sustenta a possibilidade de se recorrer a providências não

¹¹⁷⁹ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 185.

¹¹⁸⁰ STF, 2.^a Turma, HC 94.147/ RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 13.02.2008, p. 107.

¹¹⁸¹ STF, 2.^a Turma, HC 94.147/ RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 13.02.2008, p. 107.

¹¹⁸² STF, 2.^a Turma, HC 94.147/ RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 13.02.2008, p. 107.

disciplinadas em virtude do princípio da intervenção mínima e da interpretação das normas em sentido mais favorável à efetividade dos direitos fundamentais.¹¹⁸³

A atuação jurisdicional, no entanto, encontra-se condicionada a determinados critérios, que o autor propõe como um modo de controle destas intervenções. Neste sentido, o autor propõe que se observem os critérios de idoneidade e de menor lesividade da medida alternativa; de previsão legal suficiente para a limitação dos direitos que a medida visa restringir; e de existência de infraestrutura necessária para a sua aplicação. As condições sugeridas têm por objetivo, como mencionado, conformar os limites da atividade jurisdicional e evitar que este permissivo recaia em arbitrariedades e medidas sem qualquer eficácia para a situação.¹¹⁸⁴

Neste sentido, a exigência de idoneidade e de menor lesividade da medida inominada selecionada corresponde às exigências derivadas da proporcionalidade, como limite às intervenções nos direitos fundamentais. Em segundo lugar, a possibilidade de os juízes aplicarem medidas suficientemente idôneas, menos lesivas e alternativas àquelas providências legalmente estabelecidas em lei assenta-se em uma ponderação entre o princípio da legalidade e o princípio da intervenção mínima nos direitos fundamentais.¹¹⁸⁵

É certo que toda restrição a direitos fundamentais deve encontrar-se determinada em lei, como exigência do princípio da legalidade. Por outro lado, também é certo que as ingerências estatais em direitos fundamentais devem se reger pelo princípio da intervenção mínima. Deste modo, conclui o autor, que estes princípios devem ser harmonizados, em homenagem ao interesse maior que é a tutela dos direitos individuais. Ainda, como exigência deste critério, a medida alternativa deve orientar-se à consecução do fim colimado mediante a limitação aos mesmos direitos que a medida legalmente prevista, mas excluída, limitava de modo mais excessivo.¹¹⁸⁶

¹¹⁸³ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 200.

¹¹⁸⁴ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 201.

¹¹⁸⁵ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 201.

¹¹⁸⁶ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 201. Neste sentido, o autor conclui que: “por lo tanto, la relativización del principio de legalidad que de esta manera se produce es tan sólo parcial, de carácter cuantitativo y en interés del ciudadano, quien ve limitados sus derechos en un grado menor que el previsto por la ley con carácter general. En este sentido, la aplicación judicial del principio de intervención mínima con adopción de medidas no reguladas por la ley, limitativas de los derechos cuya restricción se prevé con mayor intensidad, no supone más que la aplicación del conocido aforismo ‘quien puede lo más, puede lo menos, siendo además la elección de ‘lo menos’ exigencia constitucional” (Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 201-202).

Nota-se, portanto, que a decretação de medidas alternativas menos intensas aos direitos fundamentais assenta-se em uma relativização do princípio da legalidade, o que se verifica em nome de um interesse prevalente de intervenção mínima nos direitos fundamentais. Preocupa-se o autor em autorizar aos juízes a decretação de providências menos gravosas, desde que atendidos os requisitos intrínsecos da proporcionalidade e a restrição se mostre legítima em face do caso concreto. Por fim, o aspecto prático e operacional das medidas também deve integrar o convencimento judicial, limitando a diversidade de medidas que possam ser concebidas à existência de infraestrutura adequada que possibilite a sua aplicação.¹¹⁸⁷

Não obstante, o raciocínio a ser efetuado é outro, pois não se pode justificar a adoção de medida à revelia da lei com base no caráter extremo da prisão preventiva. Se os pressupostos e os requisitos para a decretação da prisão cautelar não se mostram presentes no caso, não se deve impor ao indivíduo medida cautelar alguma. As deficiências do sistema cautelar no processo penal brasileiro devem ser corrigidas por meio da edição de leis precisas e certas, que indiquem providências cautelares intermediárias entre a prisão cautelar e a liberdade.¹¹⁸⁸

Em suma, estes comportamentos normativos e jurisdicionais, no sentido de admitir medidas restritivas à liberdade e a outros direitos individuais inominadas, não atendem à legalidade processual penal ou à expectativa de sistema processual penal democrático e garantidor dos direitos fundamentais. Na verdade, o julgador atua sem observar os limites da discricionariedade que lhe é ínsita, além de invadir seara alheia à sua competência, e procede a violações, isto é, intervenções ilegítimas ao direito fundamental da presunção de inocência.

6.3. MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS ADOTADAS EM ÂMBITO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PRESSUPOSTO DA PROPORCIONALIDADE *LATO SENSU*

¹¹⁸⁷ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 202.

¹¹⁸⁸ Ao contrário da determinação judicial para a retenção do passaporte e a proibição de viajar ao exterior, a entrega espontânea do passaporte não encontra as limitações apontadas. Logo, a entrega espontânea do passaporte pelo imputado deve servir como um indicativo da vontade de se submeter à persecução penal, o que colabora para disseminar os argumentos pela decretação da prisão preventiva. Neste sentido, STF, 1.ª Turma, HC 93.134/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 29.02.2008, p. 36.

Antes de ingressar no exame dos requisitos intrínsecos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, interessa a análise de outro pressuposto de extrema relevância para o estudo da presunção de inocência e das medidas restritivas de caráter pessoal. Trata-se da necessária justificação constitucional a ser exibida pela restrição estatal aos direitos fundamentais nesta matéria.¹¹⁸⁹

A legalidade processual penal no campo das medidas cautelares de caráter pessoal corresponde a uma exigência formal da proporcionalidade em sentido amplo, ao passo que a obrigatoriedade de um fim constitucionalmente legítimo para as restrições estatais determinadas por lei constitui a faceta material dos pressupostos de atuação da proporcionalidade. Como destaca Maurício Zanoide de Moraes, este, justamente, é o ponto de união dos dois pressupostos da proporcionalidade, pois se torna “(...) imprescindível uma lei formalmente correta e com um fim constitucionalmente justificável”.¹¹⁹⁰

Desta forma, assentado que as medidas cautelares de caráter pessoal demandam a existência de lei escrita, estrita e prévia, segue-se a conclusão de que somente isto não basta para atender ao sistema de garantia dos direitos fundamentais. Além de formalmente em ordem, as intervenções estatais devem passar por um controle de conteúdo, isto é, devem ostentar um objetivo constitucionalmente justificado e legítimo.¹¹⁹¹

É certo que toda a intervenção estatal em um direito fundamental obedece a um propósito reconhecido pela ordem constitucional. Neste sentido, as medidas cautelares de caráter pessoal também são instituídas com uma finalidade específica, de caráter instrumental e processual.¹¹⁹² A licitude e a justificação constitucional desta finalidade devem ser controladas não somente no instante de elaboração da norma, como também no momento de sua realização. De fato, como anota Maurício Zanoide de Moraes, os desvios do propósito constitucionalmente legítimo são notados tanto no instante abstrato, de elaboração normativa, como na incidência causuística da lei abstratamente constitucional. Se, em tese, a norma infraconstitucional atendia aos ditames da

¹¹⁸⁹ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 313.

¹¹⁹⁰ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 315.

¹¹⁹¹ Como destaca Maurício Zanoide de Moraes, a lei processual penal “(...) deverá, no plano abstrato, ou seja, no instante de sua formulação legislativa, possuir um propósito também constitucionalmente justificado, ou seja, não poderá ter sua justificação teleológica contrária às determinações constitucionais” (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 317).

¹¹⁹² Com relação à imposição de prisão provisória por motivos materiais, v. item 5.4. do Capítulo 5.

proporcionalidade, a sua atuação concreta desvirtuada da intenção legislativa a caracterizará como desproporcional.¹¹⁹³

Neste sentido, já se destacou a violação à legalidade representada pela indeterminação dos termos legais no tratamento da prisão preventiva. Como observa Maurício Zanoide de Moraes, a disciplina normativa destes casos de prisão provisória distancia-se da proporcionalidade não somente por descumprimento ao seu pressuposto formal, a legalidade, mas também por desatender à justificação constitucional que deve estar presente em todas as intervenções estatais em direitos fundamentais. Este, justamente, o caso da prisão temporária, em virtude da ausência de técnica legislativa que caracteriza o Lei n.º 7.960/1989.¹¹⁹⁴

Em ambos os casos, nota-se na incidência destas espécies de prisão provisória um desvio de finalidade, como observa o autor, “por descumprimento do propósito estabelecido”, no caso da prisão temporária, e “pela vagueza dos termos”, na hipótese da prisão preventiva. O uso que se tem destinado a estes institutos na prática revela um afastamento do caráter instrumental de que se devem revestir. Neste sentido, à prisão temporária imprime-se uma utilização excessiva e um feitiço de instrumento de “pressão psicológica” em notória violação à dignidade da pessoa humana. Já a prisão preventiva para a “garantia da ordem pública”, em razão de seu caráter genérico e indeterminado, recebe conteúdos e motivos incompatíveis com a presunção de inocência, os quais revelam esta medida como um instrumento de antecipação da punição.¹¹⁹⁵

6.3.1. ANÁLISE DA VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

Inicia-se este item pelas violações observadas no plano normativo. Neste campo, as hipóteses de vedação legal de concessão de liberdade provisória correspondem a

¹¹⁹³ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 318.

¹¹⁹⁴ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 318.

¹¹⁹⁵ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 318. Neste sentido, Aury Lopes Júnior destaca o desvio na utilização da prisão temporária, o que se deve, em grande medida, à hipótese de “imprescindibilidade para as investigações”. Nota-se que a medida é predisposta a atender aos interesses do Estado nesta primeira fase da persecução penal: “então, não se pode perder de vista que se trata de uma prisão cautelar para satisfazer o interesse da polícia, pois, sob o manto da ‘imprescindibilidade para as investigações do inquérito’, o que se faz é permitir que a polícia disponha, como bem entender, do imputado” (*Direito processual penal ...*, op. cit., p. 134).

uma violação da proporcionalidade, por descumprimento de seu pressuposto material de *justificação constitucional*.¹¹⁹⁶

A previsão constitucional da liberdade provisória, como lídima garantia do indivíduo em face da coerção estatal, não representou uma inovação da Constituição da República de 1988.¹¹⁹⁷ De fato, disposições semelhantes são encontradas em textos constitucionais anteriores, de modo que o advento da nova ordem constitucional apenas deu continuidade ao sistema definido pelos estatutos fundamentais que a precederam. É de se destacar, no entanto, que o constituinte de 1988 não se limitou à referência à prestação de fiança, estendendo a tutela constitucional à liberdade provisória, com ou sem fiança.¹¹⁹⁸

Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece, hoje, um direito fundamental à liberdade provisória, sendo admitida a sua restrição somente nas hipóteses definidas em lei. Com efeito, esta é a interpretação que decorre do artigo 5.º, inciso LXVI, da Constituição, muito embora a fórmula eleita pelo constituinte tenha sido objeto de críticas constantes da doutrina, pois a remissão à lei submete o direito fundamental à discricionariedade do legislador e ameaça transformá-lo em uma previsão constitucional vazia.¹¹⁹⁹

A redação adotada pela Constituição de 1988 revela dois pontos fundamentais que merecem ser, desde já, destacados. O primeiro diz respeito à atenção conferida pelo constituinte originário em distinguir infrações inafiançáveis e infrações insuscetíveis de liberdade provisória.¹²⁰⁰ O segundo ponto a ser enfrentado na interpretação deste dispositivo relaciona-se à extensão da autorização reconhecida ao legislador ordinário para regulamentar a matéria, ao pronunciar a admissão da liberdade provisória “quando a lei admitir”. Este enunciado suscita dúvidas acerca da possibilidade de a Constituição de 1988 admitir a vedação da liberdade provisória por força desta expressão.

¹¹⁹⁶ Cf. M. Z DE MORAES, *Presunção de inocência* ..., *op. cit.*, p. 428.

¹¹⁹⁷ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 335; W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, *op. cit.*, p. 94-95.

¹¹⁹⁸ Este aspecto é apontado por Antônio Scarance Fernandes em *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 335-336.

¹¹⁹⁹ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 335-336.

¹²⁰⁰ Cf. O. SANGUINÉ, *Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória - inciso II, do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, de 25.07.90*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v.3, n. 4, out.-dez./1990, p. 16.

Em matéria de liberdade provisória, observa-se um recrudescimento normativo, que demanda um controle em face da proporcionalidade.¹²⁰¹ Assim, o artigo 7.º da Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995, Lei do Crime Organizado;¹²⁰² o artigo 3.º da Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, Lei de “Lavagem” de Capitais;¹²⁰³ e o artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei Antidrogas.¹²⁰⁴ Em todos, nota-se a vedação abstrata e genérica de concessão de liberdade provisória aos presos acusados de quaisquer dos delitos tratados nestes diplomas.

Estes dispositivos, como mencionado acima, não resistem ao controle da proporcionalidade, pois padecem de um vício quanto ao pressuposto material de incidência desta regra. Nos termos de Maurício Zanoide de Moraes, a inconstitucionalidade de todos os preceitos encontra uma origem comum: a ausência de justificação constitucional, que os afasta, em definitivo, da proporcionalidade requerida em cada intervenção estatal.¹²⁰⁵

¹²⁰¹ Os dispositivos da Lei dos Crimes Hediondos e do Estatuto do Desarmamento não mais subsistem. Com relação à Lei dos Crimes Hediondos, em que teve início este tratamento inconstitucional do instituto da liberdade provisória, a Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, alterou a redação original do artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/1990. Em sua redação original, o dispositivo determinava que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, eram insuscetíveis de fiança e liberdade provisória. Com a mudança, exclui-se do inciso II a expressão “liberdade provisória”. O advento desta lei veio ao encontro de decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a inconstitucionalidade da vedação à concessão de liberdade provisória determinada pelo então inciso II. Destaca-se que a alteração renovou a harmonia entre a lei e a norma constitucional, solucionando a falta de justificação constitucional de que padecia o diploma legal por conta da vedação abstrata e genérica à liberdade provisória. Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 437-438. Por sua vez, a Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003, em seu artigo 21, determinava que os crimes definidos em seus artigos 16, 17 e 18 eram insuscetíveis de liberdade provisória. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.112-1, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incompatibilidade da vedação absoluta e genérica à liberdade provisória com a ordem constitucional: “(...) visto que o texto magno não autoriza a prisão ‘ex lege’, em face do princípio da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente” (STF – ADIn 3.112-1, DOU 10.05.2007. Disponível em: WWW.stf.jus.br. Acesso em: dez. 2010).

¹²⁰² O artigo 7.º da Lei n.º 9.034/95 assim dispõe: “Art. 7.º. Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”.

¹²⁰³ O artigo 3.º da Lei n.º 9.613/98 dispõe que: “Art. 3.º. Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

¹²⁰⁴ O artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 determina que: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. Destaca-se que a elaboração deste dispositivo foi condicionada pela então redação do artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/1990, que vedava a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, os crimes ali discriminados, entre os quais se situava o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Desta forma, em face da revogação do artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/1990 pela Lei n.º 11.464/2007, entende-se que o dispositivo em comento foi tacitamente revogado por este último diploma. Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência...*, op. cit., p. 438.

¹²⁰⁵ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 429.

Neste sentido, o descumprimento da justificação constitucional observa-se em duas vertentes: a vedação absoluta e anterior à concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos crimes eleitos pelo legislador ordinário, subtraindo ao juiz a possibilidade de exame casuístico; o excesso cometido pelo legislador ordinário, ao definir as infrações penais como insuscetíveis de liberdade provisória, com ou sem fiança, já que não admitida pela ordem constitucional a supressão absoluta deste direito fundamental.

Nesta esteira, as observações de Maurício Zanoide de Moraes, ao anotar a ausência de justificação constitucional para os mencionados diplomas normativos. Conforme o autor, não se pode utilizar o artigo 5.º, inciso LXVI, da Constituição para inaugurar um tratamento penal e processual penal mais severo aos crimes definidos nestas leis, pois o dispositivo não atesta “a vedação absoluta e apriorística de concessão de liberdade provisória”. Ademais, uma interpretação conforme o sistema de direitos e de garantias fundamentais instituído por nossa Constituição acena para o reconhecimento de um direito constitucional à liberdade provisória, o qual, como todo direito fundamental, admite restrições em caráter excepcional e não de modo genérico e absoluto.¹²⁰⁶

Em primeiro lugar, examina-se a vedação absoluta e genérica à concessão de liberdade provisória. Quanto a esta vertente, destaca-se que, embora reconheça ao legislador ordinário a possibilidade de dispor sobre a liberdade provisória, com ou sem fiança, a redação do dispositivo em comento (artigo 5.º, inciso LXVI, da Constituição) não implica, de modo algum, discricionariedade ampla e ilimitada para disciplinar esta matéria. Neste sentido, o legislador infraconstitucional deve observar a proporcionalidade das restrições ao regulamentar este direito fundamental.

Esta a conclusão de Odone Sanguiné, que ressalta o manifesto equívoco em admitir a proibição absoluta à liberdade provisória com fundamento neste preceito. De fato, a interpretação desta norma constitucional só pode ser realizada de forma global, sem isolar partes de seu texto, integrando-a, ainda, no contexto das demais normas de direitos fundamentais. Diante de tais vertentes hermenêuticas, admitir a proibição de liberdade provisória por inteiro revela-se como uma “antítese da garantia fundamental” neste dispositivo explicitada, configurando “um isolamento injustificado das demais expressões

¹²⁰⁶ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 429.

do texto (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido... com ou sem fiança”), além de culminar em “contradição com os princípios reitores da interpretação constitucional”.¹²⁰⁷

Sem dúvida, a proclamação constitucional do direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, revela-se como um direito fundamental do indivíduo, o qual se encontra em relação de complementaridade com o direito à liberdade e com a presunção de inocência. Como demonstrado, a presunção de inocência, em face de seu caráter principiológico, e o direito fundamental à liberdade provisória apresentam-se passíveis de limitação. No entanto, assim como não há direitos fundamentais absolutos, não se admitem intervenções estatais absolutas.¹²⁰⁸

Na esteira do entendimento de Maurício Zanoide de Moraes, é, justamente, neste caráter de “constrição absoluta” que a vedação genérica da lei à liberdade provisória afasta-se da presunção de inocência, ou melhor, nega vigência aos fundamentos e às determinações deste princípio.¹²⁰⁹ Portanto, reconhecer prescrição legal neste sentido, que determina de modo peremptório e absoluto a não incidência de um direito, significa admitir a possibilidade de uma “norma-regra infraconstitucional” invalidar um princípio constitucional, em total afronta à “teoria dos princípios”.¹²¹⁰

Desta forma, torna-se imprescindível demonstrar a violação à proporcionalidade dessa intervenção legal de caráter limitativo, bem como investigar os eventuais excessos empreendidos pelo legislador nessa tarefa.¹²¹¹ Nesta esteira, como demonstrado, em inúmeras circunstâncias, o constituinte institui limitações ao exercício dos direitos fundamentais. Assim como ocorre com dispositivo relativo à liberdade provisória, o legislador constituinte estabelece, de forma expressa, alguns direitos fundamentais sujeitos à reserva de lei restritiva, acenando para a possibilidade de sua

¹²⁰⁷ *Inconstitucionalidade da proibição ...*, in *Fascículos de Ciências Penais*, *op. cit.*, p. 17. Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes destaca a existência de um direito constitucional à liberdade provisória, somente podendo ser restrito em casos excepcionais (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 429). Este também o entendimento de Francisco de Assis Toledo: “A norma constitucional assegura o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, nos limites estabelecidos pela lei ordinária. Assim, segundo penso, não há dúvida de que o legislador ordinário pode ampliar ou restringir este direito, sem violar a letra e o espírito da lei maior. E assim é porque a Constituição, de um lado, assegura o direito à liberdade (art. 5º, *caput*), de outro, permite expressamente a prisão dos indivíduos submetidos a inquérito ou a processo (art. 5º, LXI). Assim, onde couber a prisão não se pode negar seu efeito mais imediato, ou seja, a privação temporária da liberdade.” (*Crimes hediondos*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v.5, n. 2, abr. – jun 1992, p. 67).

¹²⁰⁸ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 435.

¹²⁰⁹ *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 434.

¹²¹⁰ *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 434.

¹²¹¹ Cf. S. DE T. BARROS, *O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 155-156.

limitação em nível infraconstitucional.¹²¹² No caso, tem-se a reserva de lei qualificada, que não permite ao legislador ordinário ultrapassar os limites do espaço normativo já determinado pela Constituição.¹²¹³

Ocorre que, não obstante o preceito constitucional relativo à liberdade provisória confira ao legislador ordinário a possibilidade de efetuar restrições a esse direito fundamental, certamente essa previsão constitucional não implica uma ampla discricionariedade para dispor sobre as limitações ao tema, devendo ser observado não somente o conteúdo essencial do direito fundamental, mas também os requisitos intrínsecos da proporcionalidade.

Como anota Suzana de Toledo Barros, em matéria de restrições a direitos fundamentais, imprescindível que a ingerência legislativa no âmbito de proteção de um direito fundamental empregue a liberdade assegurada pela Constituição de modo consentâneo ao princípio da máxima efetividade do bem jurídico resguardado, bem como consoante aos cânones da regra da proporcionalidade.¹²¹⁴

É certo que o instituto da liberdade provisória se insere num contexto maior de garantias que interagem numa estreita conexão, em que se busca uma harmonia que deve permear os direitos fundamentais inscritos na Constituição da República. Assim, os preceitos da presunção de inocência, do devido processo legal e o próprio direito fundamental à liberdade provisória não se justificam isoladamente, ao contrário, constituem uma unidade de sentido, que representa um direito subjetivo processual do cidadão, despojado de sua liberdade, de recuperar a plenitude deste seu direito, sempre que a medida de cautela encontrar-se desprovida de seu caráter fundamental: a *necessidade*.

Nesse ponto, retomando os caracteres apontados no capítulo referente às medidas cautelares, vale ressaltar a lição de Alberto Silva Franco, segundo o qual toda providência cautelar que determine a obrigatoriedade da prisão e a impossibilidade de se conceder a liberdade provisória, sem a exata aferição de sua necessidade, não se coaduna com a idéia força de uma organização política democrática, além de constituir uma severa afronta ao princípio da presunção de inocência, visto que se distancia da ordem

¹²¹² Cf. S. DE T. BARROS, *O princípio da ...*, op. cit., p. 158.

¹²¹³ V. item 1.7.3. no Capítulo 1.

¹²¹⁴ *O princípio da ...*, op. cit., p. 163-164.

constitucional ao revelar uma pena de caráter afritivo e igualar, em sua condição subjetiva, o acusado ao culpado.¹²¹⁵

Com efeito, à luz dos critérios de interpretação constitucional,¹²¹⁶ bem como do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República, que prescreve aplicabilidade imediata aos direitos e às garantias individuais, prescindindo de qualquer regulamentação ordinária para serem concretizados, ficam evidentes as incongruências nos diplomas legislativos criticados. A alusão do texto constitucional à expressão “quando a lei admitir”, em seu artigo 5º, inciso LXVI, não pode se compreendida como uma permissão ao legislador ordinário de proibir, de modo absoluto, a determinados delitos, direito fundamental consagrado de forma ampla e genérica pelo constituinte originário.

Desta forma, deve o intérprete ater-se para os postulados de interpretação constitucional, anteriormente mencionados, em especial ao postulado de supremacia da Constituição ou “princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição”, como denomina José Joaquim Gomes Canotilho. Ademais, neste campo de interpretação constitucional, deve-se adotar como um limite da atividade interpretativa a possibilidade de se confrontar como uma hipótese de “interpretação da constituição em conformidade com as leis”, sem resvalar, no entanto, em uma legalidade dos direitos fundamentais, devendo-se afastar o “perigo de a interpretação da constituição, de acordo com as leis, ser uma *interpretação inconstitucional* (...). Teríamos, assim, a *legalidade da constituição* a sobrepor-se à *constitucionalidade da lei*.”¹²¹⁷

Com efeito, a Constituição revela um sentido próprio na escala hierárquica do ordenamento jurídico, colocando-se como norma superior em qualquer ocasião. A partir desta particularidade, não se apresenta possível conferir um exato conteúdo aos preceitos constitucionais a partir de diplomas legais. Assim, como destaca

¹²¹⁵ *Crimes hediondos*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 375.

¹²¹⁶ José Joaquim Gomes Canotilho ressalta, entre os princípios que devem orientar a interpretação constitucional, o princípio da máxima efetividade da Constituição, o princípio da força normativa da Constituição e o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição (*Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 1187-1190). Destarte, os recursos hermenêuticos tradicionais não se revelam, muitas vezes, adequados ou suficientes para a compreensão e para a efetivação dos dispositivos constitucionais, principalmente quanto aos preceitos relativos aos direitos e às garantias fundamentais. A atuação do intérprete em face destes preceitos deve pautar-se por critérios de interpretação que favoreçam e valorizem os caracteres fundamentais dos direitos e das garantias individuais, e que os coloquem em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, A. DE MORAES, *Direitos humanos fundamentais*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 41.

¹²¹⁷ *Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 1196-1197.

Celso Ribeiro Bastos, o postulado de supremacia da ordem constitucional afasta qualquer tentativa de interpretação de suas prescrições à luz dos ditames da lei. Ao contrário, cumpre ao intérprete proceder sempre a uma interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição.¹²¹⁸

Em suma, a observância dessas orientações de interpretação constitucional é imprescindível, para que o caráter taxativo dos diplomas legais mencionados ao início não subverta a ordem constitucional e a base de nosso sistema processual. A preponderar uma interpretação isolada das leis ordinárias, sem qualquer atenção às considerações feitas, a prisão provisória transformar-se-ia em regra, visto que se encontra impossibilitado o exame judicial da necessidade da medida. Mais uma vez, destaca-se a ausência total de justificação constitucional desses diplomas.¹²¹⁹

6.3.2. ANÁLISE DA VEDAÇÃO ABSOLUTA À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI N.º 11.343, DE 2006

Com relação ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, além dos argumentos acima expendidos e que encontram inteira aplicação ao artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006, falta justificação constitucional a este dispositivo por mais um motivo: o tratamento processual penal mais rigoroso a esse delito determinado pela ordem constitucional não autoriza a interpretação extensiva realizada pelo legislador ordinário, de modo a estender a vedação para a liberdade provisória como um todo.

¹²¹⁸ *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Celso Bastos, 1999, p. 101-102.

¹²¹⁹ Neste sentido, o entendimento de Maurício Zanoide de Moraes. O autor traz, ainda, observação valiosa, que coloca em evidência a inconstitucionalidade da vedação absoluta de liberdade provisória. Como aponta o autor, a vedação legal tem a mesma finalidade da prisão preventiva obrigatória, somente se diferenciando pelo fato de, ao invés de decretar a prisão de modo obrigatório, vedar a liberdade provisória de forma impositiva. “É modo diverso de se cumprir a mesma finalidade inconstitucional: negar direito à liberdade provisória e, com isso, violar a presunção de inocência por antecipação automática de pena e sem possibilidade de exame judicial de proporcionalidade e justificação constitucional conforme o caso concreto” (*Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 431).

É certo que, como todo direito fundamental de caráter principiológico, a previsão constitucional da liberdade provisória admite a seleção de infrações inafiançáveis.¹²²⁰ E, de fato, o constituinte originário optou por consagrar medidas restritivas em face de determinados delitos, elegendo, como *topus normativo*, o mesmo dispositivo em que proclamou os direitos e as garantias individuais. Assim, no que concerne à prática de racismo (artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República), aos crimes hediondos, à prática de tortura, ao terrorismo, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República), bem como à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição da República), a Constituição, na parte relevante no momento, excluiu a possibilidade de fiança, revelando uma face repressiva à liberdade individual.

Ora, muitos destes crimes, pela gravidade que ostentam e pela própria pena mínima que lhes é cominada, além de serem cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, já não seriam suscetíveis de fiança.¹²²¹ Como destaca Roberto Delmanto Júnior, a referência constitucional expressa à inafiançabilidade destas infrações revela apenas o intuito do legislador constituinte de “tolher da esfera ordinária qualquer possibilidade de tornar tais crimes passíveis de fiança”.¹²²² Ademais, para Júlio Fabbrini Mirabete, o preceito constitucional é razoável e, até necessário, pois, tendo em vista a redução de pena na hipótese de crimes tentados, as infrações poderiam alcançar a afiançabilidade.¹²²³

Além destas hipóteses de inafiançabilidade fixadas pelo próprio constituinte, o legislador ordinário se encarregou de estabelecer a vedação de liberdade

¹²²⁰ Cf. L. O. DE O. ROCHA e M. A. G. BAZ, *Fiança criminal e ...*, *op. cit.*, p. 68.

¹²²¹ Conforme prescreve o artigo 323, inciso I, do Código de Processo Penal, não se admite a concessão de fiança a delitos punidos com reclusão, cuja pena mínima cominada ultrapasse dois anos. Por sua vez, o inciso V deste mesmo dispositivo não admite fiança para os crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça. Neste sentido, R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 140; M. BARTOLI, *Crimes hediondos (Lei 8.072, de 25 de julho de 1990)*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v. 5, n.2, abr.-jun./1992, p. 75; J. J. LEAL, *Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 40, out.-dez., p. 163; F. DE A. TOLEDO, *Crimes hediondos*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v. 5, n. 2, abr.-jun., p. 66.

¹²²² *As modalidades de ...*, *op. cit.*, p. 140-141.

¹²²³ *Crimes hediondos- breve análise crítica*, in *Revista Jurídica do Ministério Público*, Associação Mineira do Ministério Público de Belo Horizonte, n. 13, v. 13, 1992, p. 49. Neste sentido, J. J. LEAL, *Crimes hediondos – a Lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade*, 2.ª ed., Curitiba, Juruá, 2005, p. 193.

provisória, com ou sem fiança, a outras espécies de crimes, tal como destacado. Trabalha-se, portanto, com duas situações distintas: em primeiro lugar, as infrações penais já destacadas pela Constituição como insuscetíveis de fiança; em segundo lugar, as hipóteses de vedação de liberdade provisória, com ou sem fiança, determinadas, *a priori* e sem previsão constitucional, pelo legislador ordinário.

Para o exame destas duas situações deve-se partir da consideração de que a fiança criminal aparece em nosso sistema processual penal como espécie de liberdade provisória. Como vem sendo ressaltado, a Constituição da República estabelece no artigo 5º, inciso XLIII, que a lei considerará inafiançáveis os crimes hediondos, a tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao passo que a Lei n.º 11.343/2006, em atenção ao comando constitucional acima, em seu artigo 44, *caput*, prescreve que estas infrações penais serão insuscetíveis de liberdade provisória.¹²²⁴

Um confronto entre ambos os dispositivos revela as incongruências em que incidiu o legislador ordinário. Enquanto a Constituição da República menciona a vedação absoluta à concessão de fiança aos crimes elencados, a lei ordinária vai além, proibindo a liberdade provisória em qualquer de suas espécies. Ora, em face de nosso sistema processual penal vigente, não restam dúvidas de que a liberdade provisória e a fiança são institutos distintos, estabelecendo-se entre estes uma relação de gênero e espécie. De fato, a fiança revela-se como modalidade de liberdade provisória, enquanto a liberdade provisória, como providência cautelar, pode apresentar-se sob diferentes espécies, distintas e bem caracterizadas, a depender da situação concreta.

Desta forma, a definição de uma infração penal como inafiançável, não impede, de forma alguma, a possibilidade de ser concedida ao imputado a liberdade provisória. Como destaca Rogério Lauria Tucci, sempre que admissível a concessão de liberdade provisória, vinculada ou não vinculada, sem necessidade de prestar fiança, torna-se indiferente, para seu deferimento, que a lei determine a inafiançabilidade do delito.¹²²⁵

Esta distinção não escapou ao olhar atento do legislador constituinte, de sorte que, ao considerar inafiançáveis as infrações disciplinadas nos incisos XLII, XLIII e XLIV, em seu artigo 5º, não vedou, de modo absoluto, a liberdade provisória. Por óbvio,

¹²²⁴ Este mesmo tratamento era conferido pela Lei n.º 8.072/1990, antes da alteração promovida pela Lei n.º 11.464/2007.

¹²²⁵ *Op. cit.*, p. 323.

não se nega a postura mais repressiva adotada pelo legislador em face destes delitos. No entanto, estas premissas, que fazem parte de uma interpretação histórica, não podem condicionar a correta exegese dos aludidos preceitos.

Disto decorre a impropriedade em que incidiu o legislador ordinário ao definir a norma do artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, já que estendeu, para além da proibição contida no texto constitucional, a vedação à liberdade provisória. Ora, ao atuar desta forma, o legislador ordinário estendeu uma intervenção estatal em direitos fundamentais, sob uma lógica interpretativa notoriamente inconstitucional. Como observa Maurício Zanoide de Moraes, a redação dos preceitos indicados pauta-se por uma justificação teleológica inconstitucional, invertendo o raciocínio do texto constitucional, “(...) tornando a prisão provisória, que deveria ser medida excepcional, em algo absoluto, irreversível e de impossível exame judicial casuístico”.¹²²⁶

De fato, no exercício de uma interpretação autêntica que refoge totalmente à sua competência, o legislador ordinário instituiu uma explícita violação a uma das principais garantias do indivíduo frente ao poder coercitivo do Estado. Na medida em que o texto legal veda a concessão de liberdade provisória, acaba por desvirtuar o caráter instrumental das medidas cautelares e a excepcionalidade que lhe é característica, atribuindo à privação liminar da liberdade uma conotação nitidamente penal.

Desta forma, o legislador ordinário distancia-se dos compromissos assumidos não só em âmbito nacional, quando da promulgação de nossa Constituição de 1988, mas também perante a comunidade internacional, retratados nas diversas Tratados

¹²²⁶ *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 430. Neste sentido, a impropriedade da Lei n.º 8.072/1990, hoje alterada, era destacada por Roberto Delmanto Júnior, para quem a Lei dos Crimes Hediondos extrapolou a vontade do legislador constituinte ao prescrever serem os crimes hediondos e outros a eles equiparados insuscetíveis de liberdade provisória: “Afora o **absurdo** em não se admitir liberdade provisória aos acusados por crimes hediondos ou equiparados, bem como por crime de lavagem de dinheiro, a não ser que já tenham sido condenados, podendo apelar em liberdade (...), as referidas vedações, em absoluto, à liberdade provisória, constantes dessas três leis (Leis n.º 8.072/90, 9.034/95 e 9.613/98) se chocam com a *Magna Carta* e com diplomas internacionais, ratificados pelo Brasil, por representarem inadmissíveis prisões obrigatórias que, despojadas de necessidade cautelar, implicam em manifesta punição antecipada” (*As modalidades de...*, *op. cit.*, p. 143). Em defesa da constitucionalidade do artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/1990, em sua redação original, W. M. BATISTA, *Recurso do réu em liberdade – uma releitura dos arts. 594 do Código de Processo Penal e 35 da Lei n.º 6.368/76*, in *Ciência Penal – Coletânea de Estudos – Homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba, JM, 1999, p. 355-356; L. O. DE O. ROCHA e M. A. G. BAZ, *Fiança criminal e ...*, *op. cit.*, p. 69.

Internacionais de Direitos Humanos que integram nossa ordem jurídica de forma indiscutível.¹²²⁷

6.4. MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS ADOTADAS EM ÂMBITO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA JUDICIALIDADE COMO REQUISITO EXTRÍNSECO DA PROPORCIONALIDADE *LATO SENSU*

A judicialidade coloca-se como requisito extrínseco da proporcionalidade e submete as intervenções estatais em direitos fundamentais ao controle de uma autoridade jurisdicional. Desta forma, a limitação estatal a determinados direitos de índole fundamental demanda, para a sua legitimidade do ponto de vista constitucional, a intervenção decisiva de uma autoridade jurisdicional através de uma resolução motivada.¹²²⁸

A intervenção dos órgãos do Poder Judiciário, que deve ser caracterizada por urgência e celeridade, consiste em uma proteção a esses direitos e às liberdades individuais. Em face de direitos fundamentais objeto de especial tutela constitucional, a reserva de jurisdição deve ser interpretada com maior rigor, já que a esses direitos somente se admitem restrições com a autorização de um órgão jurisdicional competente. O controle jurisdicional, nestes casos, há de ser necessariamente prévio ou imediatamente em seguida à intervenção, sempre reservando aos magistrados a decisão sobre esta.¹²²⁹

O ordenamento jurídico brasileiro expressamente reconhece a judicialidade como caráter imprescindível para a legitimidade e a conformidade constitucional de intervenções estatais à liberdade pessoal no curso da persecução penal. O direito à liberdade pessoal foi objeto de tutela constitucional específica, determinando-se

¹²²⁷ De fato, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7º, n. 5, assegura à toda pessoa a possibilidade de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo, podendo ser sua liberdade condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, estipula, em seu artigo 9º, n. 3, lídima garantia à liberdade individual, ao dispor em sua parte final, de forma semelhante ao dispositivo constante da Convenção Americana de Direitos Humanos que: “A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

¹²²⁸ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 109; P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 192.

¹²²⁹ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 109-110.

que somente a autoridade jurisdicional competente poderá decretar a prisão, exceto a hipótese de flagrante delito.¹²³⁰

O controle jurisdicional como requisito extrínseco da proporcionalidade estende-se também às demais medidas cautelares de caráter pessoal. Em todas as providências, nota-se uma limitação a um direito individual, ainda que não se mostre de gravidade semelhante à prisão provisória. Esta circunstância justifica o necessário exame da autoridade jurisdicional para a legitimidade da intervenção, visando-se evitar intervenções excessivas.

Em se tratando de medidas restritivas aos direitos individuais, o legislador não pode subtrair da apreciação jurisdicional a avaliação de qualquer providência. Ainda, neste sentido, não há de se admitir a inserção de limitações automáticas ou compulsórias em lei, que impossibilitem ao julgador realizar o controle de proporcionalidade da intervenção.¹²³¹

O estudo dos ordenamentos jurídicos estrangeiros apresenta algumas medidas que podem ser questionadas à luz deste requisito extrínseco da proporcionalidade. Em primeiro lugar, pode-se citar a detenção do direito espanhol, disciplinada nos artigos 489 a 501 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. A medida em tela é de competência da autoridade jurisdicional, mas é também atribuída às autoridades policiais e prevista como uma faculdade dos particulares. O objetivo da intervenção no direito de liberdade pessoal é colocar o indivíduo à disposição da autoridade judicial, ou, ainda, caso este já se encontre em custódia, de se decidir sobre esta limitação, devolvendo-lhe a sua liberdade ou aplicando-lhe medida cautelar menos restritiva.¹²³²

Destaca-se que a medida representa exceção constitucional, já que a própria Constituição espanhola traça os contornos deste instituto.¹²³³ Esta particularidade

¹²³⁰ Neste sentido, dispõe o artigo 5.º, inciso LXI, da Constituição de 1988: “LXI – 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”.

¹²³¹ Cf. P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 192.

¹²³² Cf. J. L. B. DE QUIROGA, *Tratado de derecho ...*, op. cit., p. 816; V. G. SENDRA, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 266-267.

¹²³³ O artigo 17 da Constituição espanhola de 1978 determina, ainda, que: “2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario par la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el prazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no

da detenção, de ser determinada por autoridade diversa da jurisdicional, suscita a avaliação de sua conformidade a um sistema de direitos e de garantias individuais, posto que a intervenção estatal na liberdade individual não obedece a um dos requisitos extrínsecos da proporcionalidade.

Outra medida a ser tratada neste tópico consiste no instituto do *fermo* do ordenamento jurídico italiano. As particularidades associadas a este instituto, em especial o fato de não derivar de autorização jurisdicional, conduzem a doutrina italiana a classificá-lo como “medida pré-cautelar” ou “sub-cautelar”.¹²³⁴ Justamente em razão de sua particular característica, a medida é de natureza notoriamente precária, tendo breve duração.

6.5. MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS ADOTADAS EM ÂMBITO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA MOTIVAÇÃO COMO REQUISITO EXTRÍNSECO DA PROPORCIONALIDADE LATO SENSU

O dever de motivação das decisões judiciais, de assento constitucional, encontra nova releitura à luz da proporcionalidade. Neste âmbito, a motivação das decisões judiciais coloca-se, como demonstrado, como requisito extrínseco do controle da proporcionalidade e tem sua relevância destacada no campo dedicado às medidas cautelares de caráter pessoal. Neste ponto, a motivação da decisão judicial relativa à decretação ou à manutenção de uma prisão cautelar, ou de uma medida alternativa ou substitutiva, permite um controle efetivo da atividade jurisdicional e denuncia qualquer atuação puramente arbitrária ou excessiva.¹²³⁵

Ocorre que o cumprimento do dever de motivar as decisões, especialmente as determinações de prisão provisória, tem se mostrado altamente problemático na prática judicial. Odone Sanguiné alerta para as dificuldades em torno desta exigência constitucional, revelando que, em sua maioria, estas ocorrem por conta da

pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

¹²³⁴ O Código de Processo Penal italiano disciplina, em seu Livro V, denominado “indagine e udienza preliminare”, os institutos do *fermo* e do *arresto in flagranza*, em seus artigos 379 a 391. Neste sentido, destaca-se o entendimento de F. CORDERO, *Procedura penale*, 3.ª ed., Milani, Giuffré, 2000, p. 463; A. A. DALIA e M. FERRAJOLI, *Manuale di diritto ...*, op. cit., p. 248-249.

¹²³⁵ Conclui-se, portanto, que a exigência de motivação das decisões de prisão provisória desempenha relevante atuação junto ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Nos termos de Odone Sanguiné, o dever de motivar as resoluções de prisão provisória “(...) constituye un mecanismo de verificación objetiva indispensable para controlar jurisdiccionalmente la arbitrariedad” (*Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 546). Neste sentido, N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 141.

impossibilidade de se revelar as verdadeiras razões pelas quais se decreta uma prisão provisória. Ou, ainda quando estas se mostram conforme as disposições legais, muitas vezes os juízes não obtêm êxito em formular um discurso motivador, que resulte em fundamentos “(...) convincentes ou de modo verossímil compatíveis com o princípio da presunção de inocência”.¹²³⁶ O resultado são inúmeras medidas limitativas inconstitucionais, que intervêm no âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem esclarecer os parâmetros e os motivos desta limitação.

A obrigatoriedade do dever de motivação das decisões judiciais, como garantia individual reconhecida na Constituição de 1988, foi objeto de análise no capítulo 1 deste trabalho, tendo esta se concentrado na motivação das decisões judiciais limitativas de direitos fundamentais. Este recorte fez-se necessário, tendo em vista a abordagem da motivação, nesta pesquisa, como um requisito extrínseco da proporcionalidade, limite às intervenções nos direitos fundamentais.

Neste momento, quer-se dar destaque à motivação das decisões judiciais de decretação da prisão provisória e de outras medidas de caráter pessoal adotadas no curso da persecução penal, sendo referido o conteúdo e o alcance do dever de motivar, a forma e o grau de concretude que lhe são exigíveis nestas hipóteses.¹²³⁷

O caráter excepcional das limitações à liberdade pessoal a título cautelar incitou uma postura de extrema diligência por parte do constituinte originário, tendo em vista que o dever de motivação de tais decisões não se conteve em uma formulação genérica (artigo 93, inciso IX, da Constituição). De fato, a Constituição de 1988 fez por bem inserir referência explícita à necessidade de fundamentação dos provimentos dessa natureza, ascendendo esta exigência à categoria de direito individual.¹²³⁸ Ademais, como já

¹²³⁶ Como destaca o autor: “Hay una razón que agrava notablemente el cumplimiento del deber de motivar las decisiones relativas a la prisión provisional. Es la dificultad técnica de hacerlo, es decir, de hacer explícitas las verdaderas razones de aquéllas. Y, siendo éstas *confesables*, por legales, la dificultad de conseguir que en el discurso motivador resulten convincentes o verosímilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia” (*Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 546-547, tradução livre).

¹²³⁷ Estas etapas de análise do dever de motivar, a saber: o seu alcance, a forma e o grau de concretude exigível são relacionadas por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 147.

¹²³⁸ Neste sentido, M. F. DE C. FERNANDES, *Prisão em flagrante, liberdade provisória e o Superior Tribunal de Justiça*, in *Boletim dos Procuradores da República*, n. 59, mar. 2003, p. 26. Ademais, Leslie Shérída Ferraz observa que a fundamentação da ordem de prisão preventiva, então somente uma previsão legal (artigo 315 do Código de Processo Penal), encontrou assento na Constituição de 1988, sendo elevada a garantia constitucional em dois momentos: “(...) de forma genérica – determinando que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões” (artigo 93,

destacado, o relevo do dever de motivar é corroborado por determinações legais expressas quanto aos decretos de prisão preventiva e de prisão temporária.¹²³⁹

Em primeiro lugar, para atender a este dever de motivação das decisões judiciais, de modo substancial e não somente formal, a resolução de prisão provisória deverá conter, obrigatoriamente: a demonstração inequívoca da materialidade delitiva; a existência de indícios veementes de autoria ou de participação; a constatação de que não se mostram presentes as causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade, assim como as causas de extinção da punibilidade ou causas supralegais de exclusão da tipicidade; a indicação e a comprovação da finalidade cautelar da medida.¹²⁴⁰

Logo se percebe que a demonstração dos pressupostos cautelares constitui o núcleo da motivação desses provimentos, sendo imprescindível a sua indicação concreta e precisa. Nesse sentido, cabe ao juiz apontar a prova inequívoca da infração penal, assentada em elementos suficientes a indicar a sua ocorrência, e a existência de indícios veementes de autoria ou de participação, aptos a justificar a probabilidade de ser o destinatário da medida o autor do fato.¹²⁴¹

Por certo, o juiz deve apresentar de modo explícito e coerente o caminho por si percorrido para atingir a conclusão de que, nas circunstâncias de fato sob exame, encontram-se presentes os pressupostos inerentes aos provimentos de caráter cautelar, permitindo a restrição excepcional ao *status libertatis* do indivíduo.¹²⁴²

inciso IX) – e, ainda, específica, dispondo que, fora dos casos de flagrante delito, a prisão apenas pode ser decretada mediante ordem escrita e motivada da autoridade judicial competente (artigo 5.º, LXI). A dúplice previsão constitucional reforça a necessidade de controle estrito dos provimentos restritivos da liberdade pessoal” (*Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 200).

¹²³⁹ De fato, conforme se depreende do artigo 315 do Código de Processo Penal: “Art. 315. O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”. Por sua vez, o artigo 2.º, parágrafo 2.º, da Lei n.º 9.760/89 determina que: “parágrafo 2.º. O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir da data de recebimento da representação ou do requerimento”.

¹²⁴⁰ *Op. cit.*, p. 201-202.

¹²⁴¹ Cf. L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 201.

¹²⁴² Neste sentido, o entendimento de Aury Celso Lima Lopes Júnior: “O sistema garantista está sustentado por seis princípios básicos, sobre os quais deve ser erguido o processo penal. Entre eles está a necessidade de *fundamentação das decisões judiciais*, para controle da contradição e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Ademais, só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder. É uma garantia expressamente consagrada no art. 93, IX, da Constituição Federal.” (*Crimes hediondos e ...*, in *Revista de Estudos Criminais*, *op. cit.*, p. 79). Neste sentido, O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 557.

Ademais, a demonstração da finalidade cautelar a que se destina a limitação à liberdade pessoal também desempenha um papel de destaque no cumprimento do dever de motivar, sendo necessário que sua indicação seja feita de modo individualizado e concreto. Neste ponto, não basta a menção genérica a algum dos fins legitimados por lei a justificar semelhante restrição.¹²⁴³ A motivação nesses termos em muito se distancia da garantia consagrada em sede constitucional, por dispensar o magistrado da apresentação das ocorrências concretas que indiquem a necessidade da medida por exigências cautelares de tipo instrumental ou final.¹²⁴⁴

A análise do conteúdo da motivação das decisões de prisão provisória adquire relevo no momento, tendo em vista que a ausência de um de seus elementos caracteriza vício por motivação incompleta. Isto, em âmbito do controle de proporcionalidade das limitações aos direitos fundamentais, indica a inconstitucionalidade da intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade, passando a ser considerada ilegítima e, portanto, violação.

A motivação das decisões de decretação de prisão provisória deve estruturar-se de uma forma clara, coerente e completa. Justamente na motivação das decisões sobre prisão provisória, em que desponta sobretudo um imperativo moral, a aferição de sua completude alcança importância fundamental.¹²⁴⁵ Como destaca Leslie Shérída Ferraz, todos os argumentos e os motivos que sustentam a decretação da prisão provisória devem escorar-se em uma base empírica, em fatos concretos, que denotem uma fundamentação substancial e “(...) que permitam inferir, indubitavelmente, a procedência das alegações”.¹²⁴⁶

O dever de motivação que aqui se coloca deve acentuar a íntima relação que se estabelece entre a motivação judicial e as circunstâncias fáticas que legitimam a privação de liberdade a título provisório, conforme observa Odone Sanguiné. Isto porque

¹²⁴³ Como anota Leslie Shérída Ferraz, no tocante à prisão preventiva, o juiz não poderá somente fazer menção à possibilidade teórica de o imputado frustrar a instrução criminal, sendo necessário individuar as provas que poderão ser comprometidas por sua liberdade. Assim também na hipótese de medida determinada com base em cautela final, já que deverá o magistrado indicar os fatos concretos dos quais decorre o risco de iminente fuga, a comprometer o andamento do processo e a execução de eventual condenação, o que pode ser demonstrado por com “(...) a emissão de passaporte, alienação de bens de raiz, compras de bilhetes aéreos para o exterior, etc.” (*Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 202).

¹²⁴⁴ Cf. A. M. GOMES FILHO, *A motivação das ...*, op. cit., p. 81.

¹²⁴⁵ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 138.

¹²⁴⁶ *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 202.

somente através da exposição dos fundamentos jurídicos em que se assenta a decisão judicial e, sobretudo, do enlace entre as normas invocadas e a realidade sob apreciação, é que se permite o conhecimento e o controle das resoluções de prisão provisória.¹²⁴⁷ Ainda, não basta a motivação abstrata, posto que “a motivação genérica se equipara à ausência de motivação”.¹²⁴⁸

Desta forma, a motivação da resolução da prisão provisória resta substancialmente desatendida, quando o seu conteúdo é marcado por termos abstratos e de impacto social, que nada revelam sobre a real necessidade cautelar em se impor a maior ingerência à liberdade pessoal. Em diversas decisões, nota-se o recurso constante a motivações tautológicas e superficiais, com uma reprodução automática e reiterada dos textos legais, perdendo-se em juízos abstratos e infundados, que em muito se distanciam do juízo de subsunção entre os fatos e a norma aplicada.¹²⁴⁹

Ora, a imposição constitucional do dever de motivar não se mostra suficientemente atendida com a singela referência à ordem pública e à ordem econômica, expressões genéricas empregadas pelo legislador e de indubitado caráter emotivo.¹²⁵⁰ Neste passo, não se revelam, igualmente, aceitáveis simples referências à gravidade abstrata de determinados delitos ou aos antecedentes do acusado, bem como

¹²⁴⁷ *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 554. Destaca-se que o autor faz uma distinção entre motivação e fundamentação. A fundamentação, segundo o autor, refere-se tão-somente ao amparo legal de determinada decisão judicial, isto é, à indicação, pura e simples, de dispositivos legais, sem, no entanto, analisar a subsunção dos fatos sob exame à norma invocada. Por sua vez, a motivação relaciona-se com o raciocínio da autoridade jurisdicional, o juízo de adequação dos fatos às normas. Também não se mostra suficiente a mera motivação para as decisões judiciais, posto que o juiz poderá ter recorrido a argumentos extra-jurídicos, a “(...) princípios puramente filosóficos, ajenos o por reconhecíveis como de aplicação al ordenamiento jurídico”. Nesta esteira, o dever de motivar tem-se por cumprido, quando a fundamentação jurídica reúne-se à motivação em uma resolução jurídica. Em outros termos, quando a decisão judicial comporta não somente a indicação de seus fundamentos jurídicos, mas também a demonstração do raciocínio lógico empregado pelo juiz para alcançar a sua conclusão (*Op. cit.*, p. 554-555). Na esteira deste raciocínio, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano destaca, quanto ao alcance da exigência de motivação, a necessidade de declaração não somente da interpretação jurídica da norma, mas também dos fatos que justificam a imposição da prisão provisória. (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 148).

¹²⁴⁸ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 555, tradução livre.

¹²⁴⁹ Neste sentido, o entendimento de Odone Sanguiné, que ainda adverte: “Las dificultades para controlar la arbitrariedad aumentan mucho debido a que los criterios legales previstos para justificar la prisión provisional adolecen de una excesiva indeterminación conceptual”. Mais adiante, prossegue o autor, condenando a motivação abstrata da prisão provisória, que não se preocupa com qualquer indicação específica dos fatos a que refere. O autor observa que o decreto de prisão provisória contém uma singela remissão aos dispositivos legais e deixa de mencionar os riscos (cautela instrumental e cautela final), que justificam a sua imposição. (*Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 547 e 554). Ainda, cf. L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 202 – 203; P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 193.

¹²⁵⁰ Cf. A. M. GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 224.

fundamentações formulárias, elaboradas mediante o recurso a fórmulas consagradas na prática judicial.¹²⁵¹

Sem dúvida, a limitação aos direitos fundamentais derivadas das medidas cautelares de caráter pessoal há de demandar uma motivação estrita e completa, em atenção, justamente, à relevância dos resultados dela advindos. Neste sentido, destacam-se como vícios da motivação não somente a inexistência de motivação, que ocorre por ausência absoluta de seus requisitos estruturais, mas também os casos de argumentação genérica, em que justificativas vagas servem de base ao decreto de prisão provisória e não permitem aferir os reais motivos que levaram a esta resolução.¹²⁵²

De fato, não são raros os casos de decisões que se esquivam de maiores argumentações e embasam a decretação da prisão provisória em repetições de fórmulas legais, sem revelar a verdadeira ponte entre as disposições normativas e os elementos concretos a indicar a consistência da prisão. Como destaca Leslie Shérída Ferraz, destacam-se como motivações viciadas as decisões que “(...) ocultam dolosamente as efetivas razões decisórias, fazendo uso de formulações pré-fabricadas ou tautologias resultantes de paráfrase legislativa”.¹²⁵³

As técnicas de motivação implícita e de motivação *per relationem* também são artifícios comumente invocados em matéria de prisão e demais medidas restritivas de caráter pessoal. A motivação implícita tem lugar quando a omissão ou a lacuna de uma decisão pode ser superada mediante o recurso a regras da lógica.¹²⁵⁴ Desta forma, o exame de certos argumentos da decisão é alcançado não de modo explícito, mas

¹²⁵¹ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Crimes hediondos e ...*, in *Revista de Estudos Criminais*, op. cit., p. 80-81; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 203-204.

¹²⁵² Como destaca Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a ausência ou a carência de motivação, sem dúvida, vício do dever de motivar, compreende não somente a ausência absoluta de motivação, mas também a omissão de fundamentação quanto a um ponto que deveria ter sido analisado em face do dispositivo. Ademais, o autor anota que a jurisprudência da Corte de Cassação italiana proporcionou o surgimento de uma distinção entre ausência de motivação extrínseca e ausência de motivação intrínseca. A ausência de motivação extrínseca ocorre nas hipóteses em que o juiz não indica os elementos que serviram de fundamento à sua decisão. Por sua vez, a ausência de motivação intrínseca refere-se à omissão da decisão quanto a elementos de destacada relevância, os quais poderiam conduzir a uma conclusão diversa, caso tivessem sido considerados na formulação do convencimento judicial. Ademais, o autor destaca que a doutrina italiana não é unânime quanto à utilização dessas expressões, por vezes, referindo como ausência motivação extrínseca, o que se entende por ausência de motivação intrínseca. No entanto, em ambos os casos, o resultado será a nulidade absoluta da decisão (*Direito processual penal*, Tomo 1, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 20, nt. 43).

¹²⁵³ *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 203-204.

¹²⁵⁴ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo 1, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 21; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 204.

através de dedução lógica, que pressupõe uma relação de implicação necessária entre as questões efetivamente enfrentadas pela decisão e aquelas implicitamente resolvidas.¹²⁵⁵

A motivação *per relationem* ocorre nos casos em que o juiz invoca como razões de sua decisão os argumentos de ato anterior. E, de fato, não são raras as hipóteses em que o juiz não atende ao seu dever constitucional de motivar, limitando-se a remeter aos fundamentos de outro ato já praticado e que servem, desta forma, como a justificativa de seu próprio convencimento.¹²⁵⁶ Em matéria de prisão provisória, é recorrente o comportamento de juízes que se escusam do dever de motivar a resolução de prisão, ficando adstritos a invocar os argumentos formulados no requerimento do Ministério Público como suas razões de decidir.

A técnica de motivação *per relationem* ou *ad relationem* encontra certa aceitação na doutrina e na jurisprudência, sustentando-a conforme as exigências constitucionais.¹²⁵⁷ Ademais, como destaca Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, há aqueles que a admitem com reservas, somente reconhecendo-a possível, quando o ato remetido for outro ato jurisdicional e não ato de um das partes.¹²⁵⁸

Não obstante o entendimento da doutrina e da jurisprudência, que admite a possibilidade de motivação *per relationem*, os obstáculos derivados deste modo de motivação são vários, o que, sem dúvida, compromete o atendimento da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais. Com efeito, a remissão a argumentos

¹²⁵⁵ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo 1, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 21; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 204.

¹²⁵⁶ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo 1, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 22; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 204.

¹²⁵⁷ Neste sentido, Odone Sanguiné ressalta que a motivação por remissão, isto é, aquela "(...) que no es más que una motivación duera del lugar apropiado (...) no resulta contraria a las exigencias constitucionales". Como destaca o autor, a motivação por remissão assume, expressamente, como próprios os argumentos invocados em resoluções anteriores prolatadas na mesma causa e, ainda quando se refira a medidas restritivas a direitos fundamentais, não padece de vício algum. Isto porque, no entendimento do autor, a decisão sempre se remete a uma fundamentação que tenha sido elaborada em momento anterior (*Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 555). Ainda, Leslie Shérica Ferraz traz pesquisa jurisprudencial, indicando o reconhecimento da motivação *per relationem* como uma forma de motivação válida (*Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 204-205). A motivação *per relationem* encontra, contudo, resistência na doutrina. neste sentido, o destaque de G. H. R. I. BADARÓ, Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo 1, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 22; A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 138; R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 236-237. Neste sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho entende que a motivação *ad relationem* pode não acarretar prejuízos às funções endoprocessuais desempenhadas pelo dever de motivar, mas compromete a face política desta garantia, já que dificulta a correta revisão da decisão por parte da população, que não tem acesso aos atos anteriores que servem de base à fundamentação. O autor, portanto, entende de duvidosa constitucionalidade esta forma de motivação das decisões judiciais, apontando diversas objeções à sua aceitação. (*A motivação das ...*, *op. cit.*, p. 199-200).

¹²⁵⁸ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *Direito processual penal*, Tomo I, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 22.

desenvolvidos em outro ato de cunho decisório ou, inclusive, ato praticado pela parte impede que se tenha uma verdadeira cognição jurisdicional dos motivos que autorizam a decretação de uma prisão provisória ou de uma medida restritiva de caráter pessoal.

Ademais, ao limitar-se a invocar as considerações formuladas por uma das partes, o juiz não se dedica à efetiva análise dos pressupostos cautelares e omite-se no exame de eventuais ocorrências ou elementos supervenientes que podem comprometer a avaliação realizada em momento anterior. Além disso, a remissão a argumentos exarados por uma das partes compromete a exigência de legitimidade e de imparcialidade da decisão, já que atribui a órgão diverso da autoridade jurisdicional o dever de motivar.¹²⁵⁹

A motivação das decisões deve conter, por seu turno, elementos necessários à demonstração da suficiência e da proporcionalidade das medidas restritivas de caráter pessoal adotadas. Desta forma, pode-se concluir que um dos elementos estruturais do dever de motivar corresponde à necessária indicação da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito da medida.¹²⁶⁰

Neste sentido, órgão judicial deve exarar, em suas razões de decidir, os elementos de fato e de direito que o levam a crer ser a medida idônea ao atendimento do fim colimado; necessária em face das medidas alternativas; e, por fim, deve trazer a ponderação entre a liberdade pessoal do imputado, presumidamente inocente, e a realização da persecução penal.¹²⁶¹ Para tanto, é imprescindível que a autoridade judicial contemple a presença destes requisitos de modo individualizado, e considere, expressamente, as circunstâncias concretas e as condições pessoais do acusado.

Este é, justamente, um dos motivos que obrigam a revisão periódica das medidas cautelares de caráter pessoal: o decurso do tempo altera as circunstâncias que motivaram a medida, sendo imperioso o reexame da proporcionalidade da restrição em face de um novo contexto fático. Uma vez mais, a motivação da decisão judicial exerce um

¹²⁵⁹ Cf. A. M. GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 195-213.

¹²⁶⁰ Neste sentido, P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 194.

¹²⁶¹ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 557.

papel fundamental, já que é a análise de seus argumentos que revela a renovação desse juízo de proporcionalidade pela autoridade judicial.¹²⁶²

As hipóteses de descumprimento do dever constitucional de motivação das decisões judiciais, em matéria de prisão e demais medidas limitativas de caráter pessoal, não se esgotam nos vícios de motivação mencionados. É certo que há uma exigência de individualização das medidas restritivas de caráter pessoal, de modo que a motivação baseada apenas e tão-somente em dados objetivos, como ocorre, a título de exemplo, com o argumento de gravidade do delito, não atende ao requisito extrínseco analisado. Nestes casos, não há uma análise individualizada das circunstâncias pessoais do detido ou do caso concreto.

Desta forma, toda prisão provisória ou medida limitativa a direitos fundamentais não suficientemente motivadas estão a contrariar o requisito extrínseco da proporcionalidade e, com isto, a intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental passa a ser considerada ilegítima, caracterizando violação.

6.6. MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS ADOTADAS EM ÂMBITO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA ADEQUAÇÃO COMO REQUISITO INTRÍNSECO DA PROPORCIONALIDADE LATO SENSU

Como ressaltado, o exame da adequação ou da idoneidade é linear, já que envolve a relação entre a medida estatal interventiva e o fim constitucionalmente legítimo, que esta tem por objetivo. Neste momento, não se coloca o exame comparativo entre a medida interventiva adotada e as medidas alternativas para se alcançar o mesmo fim. O requisito intrínseco da adequação ou da idoneidade tem por objetivo responder à indagação sobre encontrar-se a intervenção imposta por lei ou por ato estatal apta a contribuir com o fim por estes visado.¹²⁶³

Neste sentido, a medida restritiva à liberdade adotada deve se mostrar adequada ou idônea para fomentar a realização do objetivo a que visa, sem se preocupar,

¹²⁶² Com relação ao reexame da medida e a exigência de nova motivação, Odone Sanguiné salienta a importância deste dever judicial de motivar as decisões de prisão provisória e indica os vícios que podem decorrer do descumprimento desta obrigação. Ao final, conclui que: “la prisión provisional resulta insuficientemente motivada si no expresa el fin legítimo que justifica la medida ni pondera las circunstancias y el paso del tiempo” (*Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 559).

¹²⁶³ Cf. A. S. FERNANDES, *Proceso penal constitucional*, op. cit., p. 57.

no instante desta análise, com a contribuição efetiva e a eficiência da medida para este propósito. Estes critérios, como já demonstrado, remetem a uma análise da necessidade, a ser realizada na etapa subsequente. No entanto, é imprescindível que a medida que limita o direito de liberdade “(...) reúna as condições necessárias para contribuir significativamente para obter o resultado desejado, finalidade que deve ser constitucionalmente legítima e socialmente necessária”.¹²⁶⁴

Nos termos de Carlos Bernal Pulido, a sub-regra da adequação ou da idoneidade estrutura-se em uma relação linear e de causalidade positiva entre a medida interventiva ao direito fundamental e o objetivo por esta colimado, atestando-se a sua adequação ou a sua idoneidade, na medida em que incrementa a realização do mencionado objetivo. A esta relação de causalidade positiva soma-se, de modo correlato e antagônico, a causalidade negativa derivada do conceito de intervenção em direitos fundamentais. Neste passo, as medidas neutras ou negativas, que não colaboram com a realização do fim perseguido devem ser tidas como “(...) carentes de idoneidade”.¹²⁶⁵

As considerações sobre a idoneidade ou a adequação como sub-regra da proporcionalidade já foram realizadas.¹²⁶⁶ Neste momento, basta retomar a ideia central a orientar este requisito intrínseco, que, em termos sucintos, ocupa-se da adequação ou da aptidão da medida para contribuir com o êxito da finalidade para a qual se dirige. Trata-se, portanto, de um prognóstico, devendo-se afastar, de pronto, aquelas medidas completamente inidôneas, reservando-se para análise somente aquelas medidas aptas a colaborar, em alguma medida, com a realização do objetivo visado.¹²⁶⁷

Logo se nota, portanto, a importância da sub-regra da idoneidade para orientar a escolha jurisdicional por decretar a medida cautelar no caso concreto. Nesta linha da adequação, não basta a comprovação da possibilidade de a medida facilitar o fim pretendido, deve-se demonstrar também que a sua intensidade e a sua duração são condizentes com este fim e que as circunstâncias subjetivas do indivíduo corroborem a sua

¹²⁶⁴ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 644 (tradução livre).

¹²⁶⁵ Como anota Carlos Bernal Pulido: “De esta forma, queda claro que toda medida que tenga una relación de causalidad positiva con su fin inmediato, debe ser considerada idónea. Por el contrario, las medidas neutrales o negativas hacia la realización de dicho fin deben ser catalogadas como carentes de idoneidad” (*El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 726 (tradução livre)).

¹²⁶⁶ Cf. item 1.8.3.5 do Capítulo 1.

¹²⁶⁷ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 645.

proporcionalidade.¹²⁶⁸ Ademais, não se deve esquecer da adequação qualitativa, nos moldes defendidos por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, afastando-se, de pronto, aquelas medidas interventivas aos direitos fundamentais que não se mostram “(...) idôneas por sua própria natureza”, já que não reúnem a qualidade indispensável que as capacitem a alcançar o objetivo colimado.¹²⁶⁹

Neste momento, portanto, a análise deve voltar-se à aplicação destas considerações acerca da sub-regra da adequação ou da idoneidade ao exame das medidas restritivas de direitos individuais adotadas no curso da persecução penal. Como se observa, o controle da proporcionalidade que, aqui, se empreende tem por finalidade demonstrar que, em determinados casos, a imposição de uma prisão provisória, a medida mais extrema entre as limitações ao direito de liberdade no curso da persecução penal, não se mostrará em nada adequada para promover o resguardo e a utilidade do processo.¹²⁷⁰

Esta constatação obrigará o intérprete a partir para a investigação acerca de medidas alternativas à prisão provisória adequadas ao caso concreto, assim como corrobora a necessidade de se fomentar a inclusão de medidas limitativas ao direito de liberdade ou a outros direitos em um sistema processual penal, com o objetivo de assegurar o resultado útil e profícuo da persecução penal.¹²⁷¹

¹²⁶⁸ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57.

¹²⁶⁹ Como anota o mencionado autor: “Las medidas deben ser, en primer lugar, cualitativamente aptas para alcanzar los fines previstos; esto es, idôneas por su propia naturaleza” (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 160) (tradução livre). Neste sentido, o entendimento de Pedro Ivo Gricoli Iokoi: “o subprincípio da adequação constitui um critério de caráter empírico, que faz uma análise objetiva e subjetiva das medidas em relação a seus fins, exigindo que a intervenção permita a consecução do perseguido em virtude de uma adequação qualitativa e de seu âmbito de subjetivo de aplicação. A análise se restringe à adequação da medida para a consecução do fim, excluindo o estudo da necessidade” (*Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 195).

¹²⁷⁰ O exame da idoneidade, como observa Pedro Ivo Gricoli Iokoi, deve atestar a adequação da medida para o alcance do fim desejado. Neste sentido, em se tratando da prisão preventiva, “(...) a medida deve ser idônea ao alcance do fim legalmente previsto, porque é pressuposto de aplicação a legalidade. Logo, os fins que devem ser atingidos através do uso da prisão preventiva são todos aqueles previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, que sejam, no caso concreto, constitucionalmente amparados, e tenham relevância social” (*Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 195-196).

¹²⁷¹ Fábio Machado de Almeida Delmanto observa a necessidade de se recorrer a outras medidas cautelares pessoais, reservando a prisão provisória para os casos em que esta providência se mostra imprescindível: “esta tendência de aplicar medidas cautelares menos severas do que a prisão cautelar está em consonância com o já consagrado movimento doutrinal que se preocupa com o direito de liberdade do acusado e, portanto, com a excepcionalidade da prisão, em virtude dos males que ela causa. A adoção de novas vias processuais, também de natureza cautelar, mas diversas da prisão, constitui tema novo, do qual algumas legislações já se ocupam” (*Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 74-75). Sobre a importância de medidas cautelares pessoais diversas da prisão provisória, v. item 5.7. Capítulo 5.

Neste exame da sub-regra da idoneidade ou da adequação, segue-se a linha da exposição de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, em que se apresentam estratos para a análise deste requisito intrínseco, que correspondem à adequação qualitativa, à adequação quantitativa e à adequação do ponto de vista subjetivo.¹²⁷² Como será demonstrado, já nesta etapa, exclui-se a incidência da prisão provisória em inúmeros casos, por ausência de idoneidade ou de adequação. Sem dúvida, isto colabora com a preservação do direito de liberdade e com o resguardo da presunção de inocência, na medida em que reserva a prisão provisória para casos de extrema necessidade, o caráter de *ultima ratio* da prisão provisória, e soluciona a questão sobre a sua proporcionalidade já neste requisito preliminar, sem que seja necessário recorrer às demais sub-regras da proporcionalidade.¹²⁷³

Logo se nota a importância desta sub-regra da proporcionalidade para orientar a escolha jurisdicional ao decretar a medida cautelar no caso concreto. Nesta linha da adequação ou da idoneidade, não basta a comprovação da possibilidade de a medida facilitar o fim pretendido; deve-se analisar também a sua adequação ou a sua idoneidade em função de eventual sanção a ser imposta ao término do processo (adequação qualitativa), bem como demonstrar que a sua intensidade e a sua duração são condizentes

¹²⁷² *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 160.

¹²⁷³ De fato, como será demonstrado, alguns exemplos apontados como intervenções ao direito de liberdade desproporcionais, posto que ausente a idoneidade em sua faceta qualitativa, são indicados por outros autores como hipóteses de descumprimento da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, por exemplo, o entendimento de Fábio Machado de Almeida Delmanto (*Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 69-72). Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, o autor adota dois critérios: um subjetivo, relacionado ao sacrifício que a medida acarretará na vida do acusado, e um objetivo, através do qual o autor investiga o montante de pena previsto para o delito objeto do processo. Neste trabalho, o critério objetivo de análise da pena prevista para o crime, tanto a pena máxima abstratamente cominada, como a pena previsivelmente aplicável, será considerado por ocasião do exame da sub-regra da adequação, em sua vertente da adequação qualitativa. Tem-se por objetivo manter a coerência na sistematização da matéria, uma vez que a exposição do trabalho segue a estrutura da proporcionalidade desenvolvida por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos ...*, Op. cit.). Ademais, a inserção das considerações sobre a correlação entre as medidas cautelares pessoais e a pena prevista para o crime objeto da persecução penal logo no exame da adequação favorece a tutela dos direitos individuais, pois já nesta etapa da análise da proporcionalidade pode-se excluir a aplicação de uma medida restritiva a direitos fundamentais por inidoneidade ou inadequação. Com isto, não se necessita recorrer ao exame das demais sub-regras da proporcionalidade. Neste sentido, o entendimento de N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 162-166; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 644-649; A. S. FERNANDES, *Proceso penal constitucional*, op. cit., p. 57; P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 196-197; G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milani, CEDAM, 2000, p. 358-361. Não obstante, deve-se reconhecer a importância deste critério objetivo da pena prevista para a infração penal como um elemento de relevante consideração na análise da proporcionalidade em sentido estrito.

com o fim colimado (adequação quantitativa), e que as circunstâncias subjetivas do indivíduo corroboram a sua proporcionalidade (adequação subjetiva).¹²⁷⁴

6.6.1. ANÁLISE DA SUB-REGRA DA ADEQUAÇÃO OU DA IDONEIDADE: A ADEQUAÇÃO QUALITATIVA

Neste sentido, o juiz deverá observar na decretação de qualquer medida cautelar de caráter pessoal, em primeiro lugar, o preenchimento dos pressupostos da tutela cautelar, *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, e, em seguida, a sua congruência em relação à gravidade do fato sob julgamento e em relação à quantidade de pena em concreto, que poderá vir a ser aplicada ao agente, tendo em conta as especificidades do caso concreto à sua disposição para consideração.¹²⁷⁵

Esta, justamente, a observação de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, ao destacar que não basta ao juiz o exame do *fumus commissi delicti*, por se tratar de um elemento necessário, mas não suficiente para a prisão cautelar. Ou ainda, não se deve somente considerar a probabilidade de uma condenação. É necessário avançar uma etapa neste juízo prognóstico, alcançando “(...) a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada”.¹²⁷⁶ Há, portanto, um requisito implícito no exame da decretação de toda prisão provisória, como observa o autor, consistente na proporcionalidade entre a restrição extrema e a pena a ser aplicada ao final do processo.¹²⁷⁷

Desta forma, deve-se observar a proporcionalidade da medida, tendo em vista a sanção a ser eventualmente imposta ao agente ao término do processo.¹²⁷⁸ O

¹²⁷⁴ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57; O; SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 646. Neste sentido, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano ressalta que a análise da idoneidade ou da adequação não se satisfaz com uma perspectiva abstrata, sendo necessário este contraste com o caso concreto para a aferição da adequação da medida adotada: “(...) no es suficiente con que el medio sea cualitativamente adecuado desde una perspectiva abstracta. Es preciso además que en el caso concreto sea previsible la aptitud de la medida para la consecución del fin” (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 161).

¹²⁷⁵ Cf. V. GREVI, *Misure cautelare* in G. CONSO e V. GREVI (coord.), *Compendio di procedura penale*, Milan, CEDAM, 2000, p. 355. Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 393; D. SIRACUSANO et al., *Diritto processuale penale*, vol. I, 2.^a ed., Milani, Giuffrè, 1996, p. 453-454.

¹²⁷⁶ A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade, in B. DE M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 171.

¹²⁷⁷ *Direito processual penal*, Tomo II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 200.

¹²⁷⁸ Neste sentido, Odone Sanguiné: “Las medidas deben ser, en primer lugar, *cualitativamente* aptas para alcanzar los fines previstos, esto es, *idóneas por su propia naturaleza*. Aquí la proporcionalidad está en función de la *eventual sanción* que pudiera imponerse a la terminación del proceso, y no en función de la *entidad del hecho*, que supondría una sustitución de la voluntad del legislador al determinar la sanción a

raciocínio que se coloca, neste momento, guarda íntima relação com as finalidades processuais das providências cautelares e os corolários da presunção de inocência. É certo que o reconhecimento deste princípio afasta a possibilidade de dirigir ao indivíduo, no curso da persecução penal, tratamento incongruente com o seu estado de inocência. Justamente por isto, a prisão cautelar, admitida constitucionalmente como uma intervenção excepcional e extrema ao direito de liberdade pessoal, deve preservar esta função instrumental a distingui-la da prisão com caráter de pena.¹²⁷⁹

Não obstante estas considerações, a pena privativa de liberdade e a prisão cautelar importam, em igual intensidade, na máxima ingerência que se pode obter à liberdade e aos demais direitos individuais que se vêem limitados em razão da privação dessa liberdade, sendo que as justificativas e as distinções em plano teórico em nada minimizam o gravame e a magnitude desta ingerência.¹²⁸⁰ Embora persigam finalidades distintas e emanem de fundamentos igualmente diversos, a prisão cautelar proporciona ao indivíduo a experiência de uma verdadeira pena.¹²⁸¹ Assim sendo, como destaca Winfried Hassemer, a “gravidade da consequência penal a se esperar”, o prognóstico da pena a ser imposta ao agente, deve pesar no controle de proporcionalidade da prisão cautelar.¹²⁸² Tudo isto, sem dúvida, como uma forma de evitar que o imputado venha a “(...) pagar um preço que ele provavelmente não será chamado a pagar nem mesmo depois da condenação”.¹²⁸³

imponer, en su caso, por la del juez que ha de decretar la prisión provisional” (*Prisión provisional y ..., op. cit.*, p. 646).

¹²⁷⁹ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ..., op. cit.*, p. 66; P. A. IBÁÑEZ, *El juez y la prisión provisional*, in M. B. SANTOS, *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha, 1997, p. 15.

¹²⁸⁰ Cf. W. HASSEMER, *Crítica al derecho ..., op. cit.*, p. 121; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ..., op. cit.*, p. 646.

¹²⁸¹ Ademais, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró ressalta que a prisão preventiva, ainda que não seja uma pena antecipada, suscita efeitos parecidos ao da pena (*A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. DE M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 170).

¹²⁸² Como destaca Winfried Hassemer: “Por lo tanto, al analizar la proporcionalidad de la injerencia se debe poner en la balanza la *gravedad de la consecuencia penal a esperar*. Si esta consecuencia penal no alcanza a la privación de libertad, entonces la pérdida de la libertad para aseguramiento de la consecuencia penal resulta desproporcionada” (*Crítica al derecho ..., op. cit.*, p. 121) (tradução livre). Neste sentido, O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ..., op. cit.*, p. 646.

¹²⁸³ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. DE M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 170. Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes reconhece que o requisito da adequação, em sua vertente da adequação qualitativa, demonstra que: “(...) nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir a futura aplicação da lei penal se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta não será privativa de liberdade ou, se privativa, será suspensa. O meio, a prisão, consistente em restrição à liberdade individual, não se revelaria adequado ao fim a ser objetivado com o processo, pois dele não resultará privação de liberdade” (*Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 57).

Desta forma, a sub-regra da adequação ou da idoneidade permite ao intérprete e, mais precisamente ao julgador, construir a necessária ponte entre a providência cautelar, de caráter acessório e instrumental, adotada no curso da persecução penal e a consequência penal a ser imposta ao final do processo.¹²⁸⁴ Ora, se esta consequência jurídica ao delito não corresponde à privação da liberdade, então resta evidente que o encarceramento a título de lhe resguardar revela-se desproporcional e notoriamente distante da ideia de proibição do excesso.¹²⁸⁵

Neste sentido, adverte Odone Sanguiné que a proibição do excesso, que o autor identifica com a proporcionalidade, impõe que a privação da liberdade a título de prisão provisória somente se verifique em casos nos quais resulte legítima a expectativa de uma pena de prisão.¹²⁸⁶ Neste ponto, exige-se da autoridade jurisdicional a realização de um prognóstico da pena a ser aplicada, o qual, a despeito das críticas em torno de sua complexidade e de sua incerteza, pode ser bem executado a partir das experiências concretas do juiz na fixação da pena. A ocorrência reiterada de determinados delitos e a uniformização da jurisprudência no tocante à incidência e à medição de circunstâncias agravantes e atenuantes, de causas de aumento e de diminuição de pena, permitem alcançar a previsão da pena a ser aplicada, ao menos para efeitos de incidência ou não da prisão provisória.¹²⁸⁷

Há de se destacar, ademais, a existência de outro instituto que opera com a pena em perspectiva é a denominada prescrição virtual ou prescrição penal antecipada, o que demonstra não ser inédito este raciocínio acerca do prognóstico da pena.¹²⁸⁸ Todos

¹²⁸⁴ Neste sentido, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró adverte que a medida cautelar, como providência instrumental e acessória, “(...) deve guardar conexão com o provimento futuro que a irá substituir. Em outras palavras, a medida cautelar sempre deve ter em vista uma medida satisfativa e definitiva, resultando do reconhecimento do direito debatido no processo principal, que exige tempo para ser reconhecido” (*A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. DE M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 170).

¹²⁸⁵ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 646. Paulo Bonavides destaca que a pertinência ou a aptidão, tal como o autor denomina a sub-regra da idoneidade, examina a adequação e a conformidade do fim. Para o autor, “(...) logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação do arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade” (*Curso de direito constitucional*, 25.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 397).

¹²⁸⁶ *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 646.

¹²⁸⁷ Neste sentido, G. H. R. I. BADARÓ, *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. DE M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 171; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 647.

¹²⁸⁸ Não se desconhece que a possibilidade de se trabalhar com a pena presumivelmente aplicável no caso de sentença condenatória é polêmica. Neste sentido, a observação de F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 70. O autor menciona também o exemplo da prescrição penal antecipada como instituto a empregar a pena esperada em caso de condenação.

estes argumentos indicam a possibilidade de se trabalhar com a perspectiva de uma pena em concreto, o que contribui para a proporcionalidade na adoção da prisão cautelar.

A todas estas considerações, deve ser acrescida, ainda, a crítica de Winfried Hassemer, que já alertava para a constatação de que mais de um terço dos indivíduos em prisão provisória não são condenados a uma pena privativa de liberdade, que venha a ser efetivamente executada. Esta realidade torna, nos termos do autor, “intolerável do ponto de vista da proporcionalidade”, a decretação da prisão provisória.¹²⁸⁹ Atualmente, o cenário brasileiro corrobora esta crítica. De acordo com as estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional, o número de presos provisórios é de 163.263, de um total de 440.864 de pessoas custodiadas no sistema penitenciário nacional. Por sua vez, analisando-se as estatísticas com relação aos regimes de cumprimento de pena, constata-se que 72.734 pessoas encontram-se no regime semi-aberto, ao passo que 17.415 pessoas encontram-se no regime aberto.¹²⁹⁰

Justamente por isto, torna-se cada vez mais evidente a ideia de quantificação da pena e de medidas cautelares como “termos correlativos”.¹²⁹¹ E, sem dúvida, este raciocínio revela-se, ainda mais, coerente, quando se tem em vista a própria pena em abstrato cominada ao delito. Ora, se a consequência penal destinada ao delito não se mostra grave ou não impõe a privação de liberdade como um resultado possível, a imposição do cárcere a título provisório não guarda proporcionalidade.¹²⁹²

¹²⁸⁹ *Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 121.

¹²⁹⁰ Cf. Departamento Penitenciário Nacional. Dados referentes consolidados em junho de 2010. Disponível em: www.portal.mj.gov.br/data/pages. Acesso em jan. 2010.

¹²⁹¹ Neste sentido, Franco Cordero indica como “canone dei limiti alla libertà”, que “quantificazione della pena e misura cautelare. Sono termini correlativi”. E, de fato, como já mencionado, o ordenamento jurídico italiano traça regramentos específicos para nortear a atividade jurisdicional neste prognóstico da pena a ser aplicada ao final do processo penal. Com efeito, o artigo 278 do Código de Processo Penal italiano trata da determinação da pena para efeito de aplicação das medidas cautelares. Como analisa Franco Cordero: “L’art. 278 stabilisce come computare le pene: nel quantum edittale, ridotto d’un terzo rispetto al delitto tentato (o a 24 anni, dove sia comminato l’ergastolo: art. 56 c.p.); irrelevanti continuazione e recidiva; contano le aggravanti che importino una pena diversa nella specie o aumenti superiori al terzo; e l’attenuante del danno patrimoniale lieve, nonché l’età, nel processo ai minori (...)” (*Procedura penale*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 461). Estes lineamentos fornecidos pela lei processual penal italiana têm por objetivo conferir maior concretude a esta tarefa, bem como assegurar que as medidas cautelares adotadas no curso da persecução penal não padeçam do vício da desproporcionalidade.

¹²⁹² Nesta etapa, o objetivo é analisar não somente o prognóstico da pena a ser aplicada, mas a própria cominação legal. Há infrações penais para as quais o legislador não fixou pena privativa de liberdade, ou se o fez, elegeu patamares mínimo e máximo de pequena monta. Nestes casos, em face de institutos jurídicos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, tais como a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n.º 9.099/1995, a substituição por pena restritiva de direitos (artigo 43 e seguintes do Código Penal) e a suspensão condicional da pena (artigos 77 e seguintes do Código Penal), a imposição da prisão em caráter

Neste sentido, observa Sidnei Agostinho Beneti que a aplicação da prisão provisória norteia-se pela ideia de proporcionalidade, não se admitindo a prisão preventiva, “(...) caso não exista adequação da grave restrição da liberdade à infração penal e à pena prevista”. Deste raciocínio resulta inadmissível a incidência desta medida extrema às pequenas infrações, que o autor considera como sendo aquelas para as quais não seja cominada a pena privativa de liberdade.¹²⁹³

No tocante à abordagem deste critério objetivo da sub-regra da adequação, ao relacionar a medida restritiva a direitos individuais e a pena associada ao crime objeto da persecução penal, há, portanto, duas vertentes possíveis de análise: a primeira vertente considera a pena máxima abstratamente cominada ao delito, sendo este o entendimento mais aceito e adotado expressamente na disciplina legal de alguns países, como observa Fábio Machado de Almeida Delmanto. Já a segunda vertente opta por um prognóstico judicial acerca da pena presumivelmente aplicável na ocasião de uma sentença condenatória, sendo este o posicionamento mais discutível na doutrina.¹²⁹⁴

Nesta esteira, a prisão provisória não guardará caráter cautelar, posto que desproporcional, quando a pena cominada ao delito imputado corresponder apenas à pena de multa ou à pena pecuniária. Ora, a prisão provisória, como medida cautelar, tem por objetivo assegurar a finalidade útil e efetiva do processo e a execução de eventual pena a ser imposta. Neste sentido, se à infração penal é cominada somente a pena de caráter pecuniário, em face, justamente, de sua reduzida gravidade, resta evidente a violação à proporcionalidade da prisão provisória nesta hipótese. Este mesmo raciocínio aplica-se quando o prognóstico judicial indicar tão somente a possibilidade de vir a ser aplicada a pena de multa ao caso concreto.¹²⁹⁵

provisório revela-se, desde a perspectiva normativa e abstrata, desproporcional. Maurício Zanoide de Moraes cita como exemplo desta proporcionalidade que deve ocorrer entre a pena cominada ao delito e a imposição de prisão provisória a hipótese do artigo 69 da Lei n.º 9.099/1995. Com efeito, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, o legislador veda até mesmo a prisão em flagrante, se o autor do fato assumir o compromisso de comparecimento ao juízo. Este caso reflete a ideia de proporcionalidade que deve orientar a incidência da restrição à liberdade pessoal e demonstra, como destaca o autor, que este parâmetro racional já influenciou a elaboração legislativa nacional (*Presunção de inocência* ..., *op. cit.*, p. 393).

¹²⁹³ *Prisão provisória – direitos alemão e brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n.º. 669, jul./1991, p. 272.

¹²⁹⁴ *Medidas substitutivas e* ..., *op. cit.*, p. 70.

¹²⁹⁵ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y* ..., *op. cit.*, p. 647; G. H. R. I. BADARÓ, *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. DE M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 171; P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e* ..., *op. cit.*, p. 196. Odone Sanguiné sintetiza este pensamento, ao destacar que: “no parece que el interes del Estado sea lo suficientemente importante, cuando la pena es pecuniaria, como para justificar la limitación del

Nota-se, portanto, que o exame da adequação qualitativa e a problemática da adoção de prisão provisória em casos de delitos sancionados somente com a pena de multa reclamam, para a sua análise, uma consideração em dois momentos. Em um primeiro momento, a indagação que se coloca volta-se para o plano legislativo e consiste em determinar a conformidade constitucional de leis que admitem a incidência da prisão provisória nos casos indicados. Em um segundo momento, os questionamentos concentram-se na atividade jurisdicional e na possibilidade de a lei permitir, de fato, aos juízes a imposição de semelhante limitação em tais circunstâncias.¹²⁹⁶

Em ambos os casos, não se justifica a imposição da mais gravosa limitação ao direito de liberdade, se a penalidade a ser aplicada, após o regular devido processo legal, não poderá resvalar este direito.¹²⁹⁷ Ora, a prisão de natureza cautelar ostenta caráter instrumental e acessório, sendo orientada, precipuamente, ao resguardo da efetividade e da utilidade do resultado do processo, zelando pela execução de eventual condenação e obstando o perigo de fuga do imputado.¹²⁹⁸

derecho a la libertad, pues ni siquiera tal posibilidad ha sido prevista como castigo ante la comisión del hecho punible” (*Prisión provisional y, op. cit.*, p. 648).

¹²⁹⁶ Trata-se do esquema de análise formulado por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano. É certo que, como destaca o autor, a indagação sobre a proporcionalidade da decretação da prisão provisória em processos penais por delitos a que seja cominada apenas a pena de multa reflete em todas as sub-regras da proporcionalidade. Não obstante, o próprio autor reconhece que: “(...) el problema más complejo consiste en determinar la adecuación cualitativa de la medida para la persecución de los fines propios de la prisión provisional, y ello justifica el tratamiento de la cuestión en este epígrafe” (*O Proporcionalidad y derechos ..., op. cit.*, p. 162). Tendo em vista a pertinência desta observação, opta-se por uma análise desta problemática da prisão provisória em delitos apenados com pena pecuniária neste item da adequação ou da idoneidade, não obstante comentários acerca do tratamento desta questão à luz das demais sub-regras sejam realizados em momento oportuno.

¹²⁹⁷ De fato, o caráter desproporcional da prisão provisória imposta nestas circunstâncias resta ainda mais evidente diante da atual sistemática da pena de multa no direito penal brasileiro. Com efeito, nos termos do artigo 51 do Código Penal, com alteração promovida pela Lei n.º 9.268/1996: “Art. 51. transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.” Ademais, a lei em comento revogou os parágrafos do artigo 51 do Código Penal, que tratavam do modo de revogação e da conversão da pena de multa em pena privativa. Como ressalta Rogério Greco, “naquela época, na conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, cada dia-multa correspondia a um dia de detenção, não podendo ser superior a um ano. Mesmo depois de convertida em pena privativa de liberdade, se houvesse o pagamento da pena de multa a conversão ficava sem efeito” (*Curso de direito penal – parte geral*, vol. I, 8.ª ed., Niterói, Impetus, 2007, p. 551-552). Ora, em face da impossibilidade da conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, a imposição prisão a título provisório traduz inidoneidade ou inadequação, que deve ser evitada pelo controle da proporcionalidade.

¹²⁹⁸ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ..., op. cit.*, p. 162. Como destaca este autor, não se desconhece que a prisão provisória tem sido utilizada, igualmente, para assegurar outras finalidades, tais como evitar a reincidência ou atender ao clamor público ocasionado pelo delito. Estas finalidades, no entanto, são de “duvidosa legitimidade”, como coloca o autor, razão pela qual não serão enfrentadas na análise que ora se realiza. Ademais, há também outras finalidades associadas à prisão provisória, que cumprem um caráter instrumental. Trata-se da prisão provisória para assegurar a presença do imputado aos atos e aos

Desta forma, não se vislumbra a adequação ou a idoneidade de se recorrer à prisão provisória em casos em que a pena a ser imposta for de ordem pecuniária, já que o encarceramento do acusado em nada colabora com a garantia de satisfação da sanção penal a ser fixada em sentença. Ademais, na hipótese de penalidade pecuniária, o sistema processual penal fornece medidas cautelares idôneas ao resguardo deste interesse, como as providências cautelares de caráter real, as quais se mostram menos invasivas, posto que incidem sobre o patrimônio e não sobre a pessoa do imputado.¹²⁹⁹

A possibilidade de imposição de prisão provisória como medida cautelar, a fim de resguardar o cumprimento de penalidade de caráter pecuniário somente seria admissível em casos concretos e excepcionais, no entendimento de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, em que as circunstâncias fáticas indicassem a necessidade do encarceramento como uma forma de obstar o imputado de desvencilhar-se de seus bens. De fato, o comportamento do imputado que acene para um temor fundado de que não restarão bens suficientes para o adimplemento da pena de multa, não sendo possíveis quaisquer outras formas de assegurar o seu pagamento, confere justificativa bastante para a decretação da prisão provisória, no entendimento do autor.¹³⁰⁰

Observa-se, portanto, a violação à proporcionalidade na decretação da prisão provisória, quando a penalidade imposta por lei à infração penal imputada não corresponde à privação de liberdade. Esta inadequação ou inidoneidade da limitação ao

termos do processo, isto é, a sua sujeição ao processo penal, bem como para garantir o proveitoso desenvolvimento da instrução criminal, impedindo que a conduta do imputado possa causar óbices à realização das provas ou venha a ocultar elementos relevantes. Nestes casos, o autor observa que a doutrina majoritária tem admitido a possibilidade de prisão provisória para atender a estas finalidades, ainda que se trate de delito apenado com multa: “También cuando la pena asignada al delito es pecuniaria tales fines pueden ser perseguidos mediante la adopción de la prisión provisional, pues se muestra como medida idónea para satisfacerlos” (*Op. cit.*, p. 163).

¹²⁹⁹ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 648. Neste sentido, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano observa que a prisão provisória, em sua perspectiva cautelar, em nada colabora com a finalidade de resguardar a execução da sentença que impõe a pena de caráter pecuniário. Justamente por isto, a prisão provisória adotada nestas circunstâncias deve ser tida por “(...) inidónea para el cumplimiento del fin”. O recolhimento do imputado à prisão não proporciona quaisquer garantias da satisfação desta pena. Ademais, prossegue o autor, na esteira do que já foi destacado, “(...) el aseguramiento de la pena de multa puede realizarse mediante la adopción de medidas cautelares de carácter real, como la fianza y el embargo, menos restrictivas de los derechos de los particulares, por lo que la prisión provisional acordada en aquellos supuestos infringiría el principio de necesidad o intervención mínima” (*Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 162-163).

¹³⁰⁰ *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 163. Neste sentido, conclui o autor que a prisão provisória seria somente admissível em face das circunstâncias concretas acima indicadas. A idoneidade desta providência cautelar encontra-se, portanto, na dependência de se comprovar a ocultação dos bens do imputado e de que o seu ingresso na prisão seja suficiente para resguardar os bens necessários ao cumprimento da pena.

direito de liberdade emerge não somente nas hipóteses em que se comina a pena de multa, mas também naquelas que prevêm penalidades de outra natureza, distintas da privação de liberdade.

Neste sentido, o mesmo argumento de desproporcionalidade incide aos casos em que forem cominadas ao delito penas restritivas de direito, em caráter autônomo, ou até mesmo a limitação ao final de semana, em ordenamentos jurídicos que admitem esta modalidade de pena em caráter principal. Em todos estes exemplos, submeter o imputado à limitação intensa ao seu direito de liberdade caracterizada pela prisão provisória, sem que o resultado final do processo possa advir semelhante limitação, resulta em uma medida desproporcionada, como observa Odone Sanguiné.¹³⁰¹

Nesta esteira, a admissão da prisão provisória em casos de delitos sancionados com penas diversas da privação de liberdade deveria encontrar parâmetros de incidência nos diplomas legais, cabendo ao legislador ocupar-se de uma sistematização satisfatória destas hipóteses e da possibilidade de decretação da prisão provisória como uma exigência de segurança jurídica.

Com efeito, a ausência de uma disciplina legal específica e categórica, que obste o recurso à prisão provisória em delitos sancionados com pena pecuniária ou com penas restritivas de direitos não atende à expectativa legítima dos indivíduos de um sistema cautelar processual penal consentâneo à proporcionalidade. É necessário um limite normativo expresso, que, em observância à idoneidade, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito, constitua um obstáculo à decretação da prisão provisória em tais casos.¹³⁰²

¹³⁰¹ *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 649. Este também é o entendimento de Fábio Machado de Almeida Delmanto, que observa ser uma decorrência da proporcionalidade a “correlação entre a prisão provisória e a prisão-pena”. Para o autor, este é o fundamento do qual decorre como regra básica a impossibilidade de se aplicar a prisão a título provisório, se esta não for prevista como sanção penal para o delito em discussão (*Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 75).

¹³⁰² Neste sentido, N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 166-167. Como demonstrado no capítulo 4, item 4.4 e neste momento, apenas a título exemplificativo, o ordenamento jurídico italiano reúne algumas disposições orientadas a restringir a incidência das medidas coercitivas e das medidas interditivas a certos delitos, em observância à proporcionalidade. Neste sentido, com relação às medidas coercitivas, o artigo 280 dispõe que estas medidas somente poderão ser aplicadas, quando os supostos delitos sejam sancionados com pena de prisão perpétua ou com pena de reclusão superior no máximo a três anos. O artigo 391 traz como exceção a este dispositivo a possibilidade de se aplicar estas medidas coercitivas na hipótese de convalidação da prisão em flagrante ou do fermo, independentemente do tipo ou do montante de pena prevista para o crime. Por sua vez, o artigo 287 trata das limitações quanto às medidas interditivas, dispondo que estas somente poderão ser aplicadas na hipótese de delito ao qual se

O ordenamento jurídico brasileiro ocupa-se desta correlação entre a prisão provisória e a prisão como sanção punitiva em algumas passagens, orientando-se ora pelo montante da pena prevista ao delito, ora pela espécie de pena cominada. Fábio Machado de Almeida Delmanto observa, inclusive, uma “graduação entre as modalidades de liberdade provisória e o *quantum* ou a espécie de pena prevista para o delito objeto da persecução penal”.¹³⁰³

Assim, por exemplo, na determinação do artigo 321 do Código de Processo Penal, que prevê que “o réu livrar-se-á, independentemente de fiança, no caso de infração a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade”; ou “quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses”. Esta ideia de proporcionalidade também se encontra presente, do acordo com o autor, na hipótese de fiança arbitrada pela autoridade policial, como prescreve o artigo 322 do Código de Processo Penal para os casos de infração punida com detenção ou com prisão simples.¹³⁰⁴

Na esteira deste raciocínio, pode-se interpretar a possibilidade de vedação de fiança judicial aos crimes punidos com reclusão, em que a pena mínima cominada for superior a dois anos (artigo 323, inciso I, do Código de Processo Penal). Ainda, a concessão de liberdade provisória sem fiança, nas hipóteses arroladas no artigo 310 do Código, condizentes com a situação em que o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante delito, que o agente praticou o fato amparado por uma das causas excludentes de ilicitude definidas pelo Código Penal (artigos 23 a 25), o que inclusive impede a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 314 do Código de Processo Penal. Neste último caso, em face da probabilidade de absolvição do acusado, isto se o fato

comina pena de prisão perpétua ou pena de reclusão superior no máximo a três anos. Neste sentido, F. CORDERO, *Procedura penale*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 461; G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milani, CEDAM, 2000, p. 355-358. Por sua vez, o ordenamento jurídico alemão também apresenta disposições indicativas da proporcionalidade que deve ocorrer entre a pena cominada ao delito ou o prognóstico da sanção penal a ser aplicada e a incidência de medidas cautelares. Como já visto, o Código de Processo Penal alemão não admite a prisão preventiva, quando esta providência se mostrar desproporcional relativamente à gravidade do fato, à pena ou à medida de segurança ou de correção antevistas. Neste sentido, S. BENETTI, *Prisão provisória – direitos alemão e brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n. 669, jul./1991, p. 272.

¹³⁰³ *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 77.

¹³⁰⁴ *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 75 -76.

conduzir a um processo penal, a imposição de prisão preventiva revelar-se-ia medida de extrema gravidade e desproporcional.¹³⁰⁵

Em todos estes casos há uma íntima relação entre a pena e as medidas cautelares pessoais adotadas no curso da persecução penal, o que revela ademais a complementaridade entre os institutos penais e processuais penais, como observa Fábio Machado de Almeida Delmanto.¹³⁰⁶ Esta estrita relação entre as circunstâncias autorizadoras da prisão provisória e demais medidas cautelares e as penalidades cominadas às infrações penais colabora para a consecução de um sistema jurídico coerente, bem como para decisões menos arbitrárias e proporcionais. Esta realidade é corroborada no Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal, que trabalha com prescrições mais incisivas sobre a interação entre a prisão provisória e a prisão como pena.¹³⁰⁷

Ademais, a ausência de proporcionalidade da prisão provisória, por descumprimento da sub-regra da adequação ou da idoneidade, verifica-se, de igual modo, em hipóteses em que o prognóstico da pena a ser aplicada indica a superveniência de uma pena privativa de liberdade. Isto porque há outros institutos a serem considerados, cuja incidência poderá atribuir um caráter desproporcional à prisão provisória.

Neste sentido, a autoridade jurisdicional deverá atentar, igualmente, para a possível substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos ao final do processo, em sua decisão acerca da imposição de uma prisão provisória.¹³⁰⁸ Ainda,

¹³⁰⁵ Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 76-77.

¹³⁰⁶ *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 77.

¹³⁰⁷ De acordo com o artigo 527 do Projeto de Lei n.º 156/2009: “É vedada a aplicação de medida cautelar que seja mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação”. O artigo 557 também dispõe que: “Não cabe prisão preventiva: I – nos crimes culposos; II – nos crimes dolosos cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 3 (três) anos, exceto se cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa (...)”.

¹³⁰⁸ Este raciocínio também se estende para as hipóteses de crimes, cuja pena em abstrato for inferior a quatro anos. Há autores, como Fábio Machado de Almeida Delmanto, que entende não ser possível aplicar “(...) qualquer modalidade de prisão provisória (preventiva ou temporária) em situações cujo máximo da pena cominada não seja superior a quatro anos, ou qualquer que seja a pena, se o crime for culposos”. Novamente, retoma-se a necessária interação entre os institutos do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Ora, em face da sistemática inaugurada pela Lei n.º 9.714/1998, as penas restritivas de direito são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, quando, conforme o artigo 44 do Código Penal: “I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (...)”. Por este motivo, entende o autor que a prisão provisória nos casos de crimes com pena máxima inferior a quatro anos ou crimes culposos revelar-se-ia desproporcional. A solução para estas hipóteses, em sua opinião, reside na adoção de

há de se considerar a possibilidade de suspensão condicional da pena privativa de liberdade e, por último, não obstante a cominação de pena privativa de liberdade ao delito debatido, cabe ao juiz observar se o caso de execução de eventual pena privativa de liberdade em regime aberto.¹³⁰⁹ Aliás, com base na própria pena cominada ao delito em abstrato, cabe, ainda, ao juiz avaliar a possibilidade de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n.º 9.099/1995), o que, uma vez mais, estará a indicar a desproporcionalidade da prisão provisória.¹³¹⁰

Em se tratando de regime de cumprimento de pena, a possibilidade de a pena privativa de liberdade aplicada ser cumprida em regime aberto ou semi-aberto explica a determinação do Código de Processo Penal, no sentido de não admitir a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com detenção, salvo em casos excepcionados no próprio artigo 313. Ora, nos crimes punidos com detenção, o regime de cumprimento de pena deverá ser aberto ou semi-aberto, nos termos do artigo 33 do Código Penal. Logo, a prisão preventiva decretada em tais circunstâncias seria manifestamente desproporcional, posto que inadequada qualitativamente, já que eventual condenação não acarretaria a privação de liberdade do acusado.

Outro ponto de relevo nesta análise consiste na ausência de adequação em se decretar a prisão provisória em casos de infração de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais. Há, portanto, uma manifesta desproporcionalidade na imposição de prisão provisória em infrações penais com pena máxima inferior a dois anos, posto que submetidas aos institutos da Lei n.º 9.099/1995,

medidas cautelares pessoais diversas da prisão, motivo pelo qual ressalta a importância das reformas do Código de Processo Penal (*Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 77-79).

¹³⁰⁹ Cf. G. H. R. I. BADARÓ, *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. DE M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 171-172. Após indicar os casos de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, de suspensão condicional da pena privativa de liberdade aplicada ou de fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, o autor conclui que “(...) será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar”. Neste sentido, A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 68; P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e...*, op. cit., p. 196-197; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 70-71, 75-76; A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 57.

¹³¹⁰ Este raciocínio também incide nos casos de outros institutos previstos na Lei n.º 9.099/1995, como a composição civil (artigo 74) e a transação penal (artigo 76). Assim, em casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, em que se vislumbra a possibilidade de aplicação da composição civil e da transação penal, não se deve admitir a imposição de prisão provisória, em face do caráter desproporcional que esta ingerência representará nestes casos. A esta consideração, alia-se o fato de que a própria Lei n.º 9.099/1995 veda a imposição de prisão em flagrante ou a exigência de fiança nas hipóteses de infrações penais de sua competência, se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao Juizado Especial ou assumir o compromisso de a ele comparecer (artigo 69, parágrafo único). Neste sentido, F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 71.

como a composição civil (artigo 74) e a transação penal (artigo 76). Além disso, como já se destacou, a própria lei veda a decretação da prisão em flagrante ou a exigência de fiança nestes casos, o que já sinaliza para a avaliação da proporcionalidade que deve ocorrer na adoção de medidas cautelares pessoais neste âmbito.¹³¹¹

Em face dos institutos mencionados, a persecução penal por determinados delitos, dificilmente, acarretará a imposição de uma pena privativa de liberdade ao condenado, ou, quando aplicada, que venha, efetivamente, a ser cumprida e em um regime de privação de liberdade. Desta forma, ainda que se encontrem presentes a ameaça de fuga ou o risco de comprometimento da instrução criminal, finalidades instrumentais comumente aceitas pela doutrina como justificativa da detenção em caráter cautelar, a prisão provisória poderá não se mostrar a medida adequada.¹³¹²

Neste diapasão, como destaca Maurício Zanoide de Moraes, a exigência de motivos de ordem processual para a decretação da prisão provisória, que só poderá voltar-se à garantia do normal desenrolar da persecução penal e à realização de seu resultado, nem sempre será suficiente para acarretar, *ipso facto*, a necessidade da prisão. Diante de infrações de menor potencial ofensivo, por exemplo, o raciocínio isolado da cautelaridade da prisão provisória não fornece uma resposta consentânea ao sistema de direitos e de garantias fundamentais, sendo necessário associar a esta ideia de cautelaridade o exame da proporcionalidade, como destaca o autor.¹³¹³

A propósito desta análise da adequação qualitativa, registre-se que a Recomendação (80) 11 do Conselho de Ministros, de 27 de junho de 1980, traça diretrizes aos Estados, no sentido da redução do âmbito de incidência da prisão cautelar, em virtude, justamente, das condições deletérias acarretadas aos indivíduos em decorrência do cárcere. Nesta esteira, propõe os seguintes princípios, entre os quais se encontra a determinação aos

¹³¹¹ Neste sentido, F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, *op. cit.*, p. 82.

¹³¹² Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 383-384.

¹³¹³ Neste sentido, o autor apresenta exemplo elucidativo: “Veja-se, por exemplo, a hipótese de alguém que esteja sendo submetido a uma persecução penal por crime de menor potencial ofensivo (v.g., lesão corporal culposa na direção de veículo). Mesmo que esse imputado venha a ser surpreendido ameaçando gravemente uma testemunha, a fim de favorecer-se no feito criminal, não deverá ser preso provisoriamente. Pois, nenhum dos crimes nos quais se vê envolvido, tanto a lesão corporal culposa (art. 303, da Lei 9.503/97, cuja pena é de 6 meses a 2 anos), quanto a coação no curso do processo (art. 344, CP, cuja pena é de 1 a 4 anos), apresentam penas suficientes para, pela proporcionalidade, justificar a prisão provisória. Não se nega que a atuação do imputado perturbou o regular desenvolvimento processual, porém esse crime dificilmente gerará, de per si a perda de sua liberdade, uma vez que ou terá direito à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), ou receberá pena cujo cumprimento se dará em regime aberto (art. 33, § 2.º, alínea “c”, CP)” (Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 383-384).

juízes, ao decretarem a prisão provisória, de considerarem a pena suscetível de ser imposta ao acusado em caso de condenação. Ademais, desponta, igualmente, como uma diretriz a ideia de que a “a prisão provisória não deve ser ordenada se a privação da liberdade é desproporcional em relação à natureza do crime atribuído ao réu e à pena a ele correspondente”.¹³¹⁴

6.6.2. ANÁLISE DA SUB-REGRA DA ADEQUAÇÃO OU DA IDONEIDADE: A ADEQUAÇÃO QUANTITATIVA ¹³¹⁵

O critério quantitativo como elemento da sub-regra da adequação ou da idoneidade impõe que a medida limitativa de direitos fundamentais deva estender-se apenas pelo período indispensável para a promoção do fim visado. A avaliação da idoneidade quantitativa das medidas restritivas de caráter pessoal deve observar a finalidade com que foram decretadas, o que revela que a duração da prisão provisória ou de

¹³¹⁴ Conforme a Resolução (80) 11: “5. In considering whether custody should be ordered, the judicial authority shall have regard to the circumstances of the individual case, and in particular to such of the following factors as may be relevant: - the nature and seriousness of the alleged offence, - the strength of the evidence of the person concerned having committed the offence, - the penalty likely to be incurred in the event of conviction, - the character, antecedents and personal and social circumstances of the person concerned, and in particular his community ties, - the conduct of the person concerned, especially how he has fulfilled any obligations which may have been imposed on him in the course of previous criminal proceedings”. Ademais: “7. Custody pending trial shall not be ordered if deprivation of liberty would be disproportionate in relation to the nature of the alleged offence and the penalty which the offence carries” (tradução livre).

¹³¹⁵ Neste momento, passa-se ao exame das medidas restritivas de caráter pessoal sob a óptica da idoneidade quantitativa. Trata-se de uma das exigências da sub-regra da idoneidade que deve ser observada para que a intervenção no direito fundamental seja considerada idônea, conforme a doutrina de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano. Anota-se, no entanto, que esta sistematização não é observada por todos os autores. Por exemplo, Pedro Ivo Gricoli Iokoi insere o critério quantitativo na sub-regra da exigibilidade, na esteira da exposição de José Joaquim Gomes Canotilho sobre o princípio da proibição do excesso (*Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 202, nt. 313). De fato, José Joaquim Gomes Canotilho insere elementos no requisito da exigibilidade como intuito de dotá-lo de maior “operacionalidade prática”, entre os quais se situa a denominada “exigibilidade temporal”, que “(...) pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público” (*Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 268-269). As conclusões de uma ou de outra forma de exposição são diversas. O critério quantitativo como elemento da sub-regra da idoneidade analisa a relação linear de adequação entre meio e fim. A medida deve revelar período suficiente para contribuir com a realização do objetivo fomentado. Caso se descumpra este requisito, a medida já poderá ser considerada desproporcional por descumprimento da idoneidade ou adequação, sem necessitar de um exame dos demais requisitos. Já o critério quantitativo como elemento da sub-regra da necessidade parte da premissa, como destaca Pedro Ivo Gricoli Iokoi, de que o período de duração da medida deve ser o estritamente necessário para a contribuição com a finalidade visada. A ideia defendida pelo autor é que a proporcionalidade opera como “(...) uma forma de controle do excesso, e não de falta de medida” (*Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 202, nt. 313). Em razão da coerência sistemática, mantém-se a estrutura da proporcionalidade apresentada por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, em *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 160. Na realidade, qualquer que seja estrutura observada, a medida restritiva não poderá ultrapassar o período razoável para fomentar o fim perseguido, sob pena de desproporcional intervenção em direito fundamental.

outras medidas restritivas a direitos fundamentais poderá se apresentar variável de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.¹³¹⁶

A adequação quantitativa no campo da prisão provisória demanda que esta restrição ao direito de liberdade do indivíduo tenha uma duração e uma intensidade compatíveis com a finalidade instrumental que se busca promover e coerentes ao seu caráter cautelar. Desta forma, resulta evidente a desproporcionalidade da prisão provisória com duração superior ao mínimo da pena prevista em lei para o delito que se apura.¹³¹⁷ Neste sentido, a prisão provisória também se mostrará distante da proporcionalidade se a sua duração exceder a quantidade de pena que presumivelmente se espera como resultado de uma eventual condenação.¹³¹⁸ A observância da proporcionalidade impõe às autoridades jurisdicionais a obrigação de não dilatar a detenção provisória por período além do necessário, sendo esta limitação intransponível.¹³¹⁹

O critério quantitativo que ora se analisa revela uma correspondência entre o fundamento de decretação da prisão provisória e a duração desta limitação. Na hipótese de cautela instrumental orientada ao normal desenvolvimento da instrução criminal, a prisão provisória adotada com o fim de impedir que o acusado ou o indiciado exerça influência sobre as declarações ou as condutas de corréus, de testemunhas ou de peritos, a duração da prisão provisória não poderá se estender para além do período de tempo suficiente para a realização do ato que conta com a participação destas pessoas.¹³²⁰

Neste mesmo sentido, a prisão provisória decretada para assegurar a normal realização de uma prova técnica, bem como para evitar que a colheita dos vestígios

¹³¹⁶ Cf. P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 202. Neste sentido, destaca Silvia Barona Vilar, o indivíduo submetido à prisão provisória deverá ser colocado em liberdade, “(...) cuando desaparezcán los presupuestos que concurrieron para adoptarla o cuando se declare su inocencia, la gravedad que comporta esta medida cautelar há generado una necesaria conciencia de protección del derecho de libertad del aún no condenado, de modo que se ha hecho indispensable fijar unos máximos legales de duración de la misma” (*Prisión provisional – ‘solo’ una medida cautelar*, in *Actualidade Penal*, n.º 42, nov./2000, p. 905).

¹³¹⁷ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 176; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 650.

¹³¹⁸ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 650.

¹³¹⁹ Neste sentido, o ordenamento processual espanhol, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, contém disposições específicas. V. item 4.2. Capítulo 4. Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 176.

¹³²⁰ Neste sentido, P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 202.

do crime seja obstruída pelo comportamento indevido do imputado, também não poderá prolongar-se por tempo além do necessário para a efetivação dos atos probatórios.¹³²¹

As demais hipóteses de cabimento da prisão provisória não comportam uma análise objetiva deste critério quantitativo. De fato, como observa Pedro Ivo Gricoli Iokoi, os casos em que a privação da liberdade pessoal tem por objetivo afastar o perigo de fuga ou combater a reiteração criminosa não permitem que se proceda a uma avaliação quantitativa nos termos desenvolvidos para as situações anteriores. Nestes casos, a medida restritiva decretada deverá perdurar enquanto encontrarem-se presentes os motivos que a embasam, não se vislumbrando elementos objetivos que acenem para um marco de duração desta medida.¹³²² É certo que, mesmo nestes casos, as limitações relacionadas à quantidade de pena privativa de liberdade cominada em abstrato e projetada para o crime em exame devem ser observadas pelo intérprete na fixação da prisão provisória.

Ademais, a preocupação em torno da adequação quantitativa da prisão provisória relaciona-se aos demais direitos do indivíduo de índole fundamental que se vêem limitados em decorrência da privação absoluta da liberdade. Também com relação a esses direitos, a intervenção extrema derivada do poder coercitivo estatal deve guardar a necessária a proporcionalidade, não devendo se prolongar além do indispensável para atender aos objetivos programados para a medida.¹³²³

¹³²¹ Cf. P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 202. Neste sentido, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró também traz exemplo de incidência da proporcionalidade na duração do prazo da prisão provisória. Ao tratar da prisão temporária, modalidade de prisão que encontra termos máximos de duração previamente fixados em lei (artigo 2.º da Lei n.º 7.960/1989 e artigo 2.º, parágrafo 4.º, da Lei n.º 8.072/90), o autor ressalta que nada impede que o juiz decrete a prisão por um prazo inferior ao limite máximo determinado em lei, se aquele período de duração se mostrar suficiente para a realização da finalidade que motivou a detenção. Ademais, prossegue o autor: “É possível também que, durante o período de vigência da prisão, a autoridade policial, já tendo realizado determinada diligência (p.ex.: a oitiva do investigado ou a realização de seu reconhecimento pessoal), entenda que a prisão se tornou desnecessária. Neste caso, a autoridade policial não poderá, simplesmente, colocar o investigado em liberdade. Ao contrário, deverá representar ao juiz que a decretou, para que revogue a prisão temporária que se tornou desnecessária” (*Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 210). Sobre este tema, ressalta-se que o Projeto de Lei n.º 156/2009, em seu artigo 564, parágrafo 1.º, expressamente prevê que o juiz poderá condicionar a duração da prisão temporária ao tempo estritamente necessário para a realização do ato investigativo, sem prejuízo do prazo máximo de cinco dias previsto pelo texto projetado.

¹³²² *Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 202.

¹³²³ Neste sentido, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano destaca as decisões do Tribunal Constitucional Espanhol relativamente ao direito de enviar e de receber correspondência e a possibilidade de comunicação do indivíduo durante o período de detenção. Em todas estas decisões, há uma preocupação de que “(...) las restricciones de los derechos de los reclusos deben ser contempladas desde el punto de vista de las exigencias normales y razonables del encarcelamiento” (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 177).

A necessidade de se observar prazos razoáveis para a duração da prisão provisória emana como uma expressão do próprio direito de o acusado ser julgado em um prazo razoável, o que reafirma o compromisso estatal em promover um sistema processual penal eficiente.¹³²⁴ O direito de o acusado ser colocado em liberdade em um prazo razoável revela a preocupação dos Estados em minimizar, ao máximo, os efeitos deletérios derivados do cárcere e as limitações de ordem moral e material que são acarretadas a um indivíduo presumidamente inocente.¹³²⁵

Esta preocupação em torno da duração da prisão provisória não se revelava no ordenamento jurídico brasileiro, já que o Código de Processo Penal se ocupou em determinar, de modo preciso e expresso, os prazos de duração da prisão provisória. Na realidade, somente a prisão temporária recebia tratamento expresso neste sentido, dispondo o legislador acerca dos prazos de duração da detenção nestas hipóteses na Lei n.º 7.960/1989 (artigo 2.º, caput) e na Lei n.º 8.072/1990 (artigo 2.º, parágrafo 4.º).

Em uma tentativa de conferir maior grau de segurança jurídica a estas restrições, a jurisprudência convencionou alguns prazos, sem obrigatoriedade em sua aplicação.¹³²⁶ Neste sentido, o Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal, representa uma inovação, já que pretende suprir a lacuna existente por meio da fixação de prazos de duração não somente das modalidades de prisão provisória, mas também das demais espécies de medidas cautelares de caráter pessoal.¹³²⁷

6.6.3. ANÁLISE DA SUB-REGRA DA ADEQUAÇÃO OU DA IDONEIDADE: A ADEQUAÇÃO SUBJETIVA

¹³²⁴ Como demonstrado no Capítulo 4, as Constituições de Portugal (artigo 28.º, n. 4), da Espanha (artigo 17, n. 4) e da Itália (artigo 13), de modo expresso, determinam que a obrigatoriedade de a lei assinalar prazo máximo de duração da prisão provisória.

¹³²⁵ Cf. R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 235. Na realidade, a exigência de um critério quantitativo no âmbito das medidas cautelares pessoais decorre do próprio caráter provisório de que são dotadas. Como destaca Silvia Barona Vilar, a prisão provisória deve durar enquanto subsistam os motivos que a ocasionaram, justamente em decorrência do papel cautelar que esta medida cumpre (*Prisión provisional – ‘solo’ una medida cautelar*, in *Actualidade Penal*, n.º 42, nov./2000, p. 905).

¹³²⁶ Cf. A. LOPES JÚNIOR e G. H. R. I. BADARÓ, *Direito ao processo penal no prazo razoável*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 103; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de ...*, op. cit., p. 325. Além da ausência de um parâmetro objetivo de duração da prisão provisória, os prazos fixados, de modo convencional pela jurisprudência, são, muitas vezes, flexibilizados, como observa Danielle Souza de Andrade e Silva, *A temporalidade específica da prisão preventiva*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 62, set.-out./2006, p. 205.

¹³²⁷ Neste sentido, os artigos 558 a 561, 564, caput, e 606 do Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009.

As restrições aos direitos fundamentais devem também obedecer a um critério de adequação subjetiva. Neste momento, o exame da proporcionalidade volta-se à determinação do âmbito subjetivo de aplicação das intervenções aos direitos fundamentais.¹³²⁸ A sua avaliação é de relevo para o campo das cautelares de caráter pessoal, notadamente a prisão provisória, que representa a máxima ingerência do poder coercitivo do estado no âmbito de proteção do direito à liberdade.

Em última análise, esta individualização do âmbito de atuação das restrições decorre do próprio exame dos pressupostos da tutela cautelar, que demanda uma consideração sobre elementos determinados e específicos do caso concreto para a incidência da medida. Ademais, somente com os dados individualizados é que se pode realizar um prognóstico de êxito destas ingerências.¹³²⁹

Em regra, o critério subjetivo da adequação não encontra violações no campo da prisão provisória ou demais medidas cautelares de caráter pessoal, isto porque a decretação destas providências recai sobre os indivíduos envolvidos com a persecução penal, como investigados ou como acusados. Além disso, tais medidas demandam uma análise de probabilidade de autoria, o que exclui a possibilidade de se estender estas ingerências a terceiros.¹³³⁰

6.7. MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS ADOTADAS EM ÂMBITO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA NECESSIDADE COMO REQUISITO INTRÍNSECO DA PROPORCIONALIDADE LATO SENSU

Como já demonstrado, quando se fala em necessidade ou em exigibilidade, como requisito intrínseco da proporcionalidade, remete-se a um exame comparativo entre a medida interventiva adotada e as medidas alternativas, de igual modo, adequadas para se alcançar o mesmo fim visado pela providência eleita.¹³³¹ O estudo da necessidade remete, portanto, à seguinte conclusão: a intervenção estatal no âmbito de proteção de um direito fundamental é necessária, quando a consecução do fim

¹³²⁸ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 179.

¹³²⁹ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 180.

¹³³⁰ Cf. P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 197-198.

¹³³¹ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 170-172; C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 737-738.

constitucionalmente legítimo não puder ser realizada, com a mesma eficiência, através de outra limitação, menos invasiva, ao direito fundamental em jogo.

Em matéria de medidas restritivas de caráter pessoal, o estudo da necessidade, como etapa no controle das restrições aos direitos fundamentais levado a cabo através da proporcionalidade, merece destaque. Com efeito, neste âmbito, opera-se com medidas limitativas ao princípio da presunção de inocência, ao se impor restrições à liberdade individual, assim como a outros direitos individuais em decorrência, sem que haja condenação transitada em julgado. Esta intervenção no âmbito de proteção da presunção de inocência tem por objetivo promover a realização útil e eficaz do processo penal – cautela instrumental –, bem como assegurar a aplicação da lei penal – cautela final –, o que encontra justificação constitucional.

Neste sentido, ao se decretar uma medida cautelar de caráter pessoal, que limita direitos fundamentais do indivíduo e fomenta objetivo legítimo – no caso, o resultado útil e profícuo do processo penal –, esta somente se mostrará necessária, se subsistir ao exame comparativo com outras medidas alternativas.¹³³² A sub-regra da necessidade tem por consequência, portanto, obrigar o Estado a buscar a alternativa eficiente e menos lesiva aos direitos fundamentais, o que se afere a partir da comparação entre as medidas restritivas aplicáveis à situação específica.

Desta forma, se houver outra medida cautelar igualmente adequada ou idônea a promover, com o mesmo grau de eficiência, o objetivo perseguido pela medida

¹³³² Ressaltando a escolha comparativa entre a prisão cautelar e as medidas cautelares pessoais alternativas, R. S. M. CRUZ, *Prisão cautelar – drama ...*, op. cit., p. 168; P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 198-202; D. F. PACHECO, *O princípio da ...*, op. cit., p. 249-261; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 73-75; A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 67-68, 131-132. Ademais, a ideia da proporcionalidade como uma regra de orientação ao intérprete, que deve ser observada na escolha da medida cautelar adequada, necessária e proporcional ao caso concreto, é destacada por inúmeros autores. Por exemplo, Jacobo López Barja de Quiroga, ao discorrer sobre a detenção, medida cautelar do sistema processual penal espanhol, adverte que: “Como toda medida cautelar solo debe ser utilizada en los casos en que no exista otra medida menos gravosa que pueda producir idénticos resultados, es decir, debe siempre operar bajo el principio de proporcionalidad, de forma que la detención figure como una medida proporcionada y alejada de toda arbitrariedad”. (*Tratado de derecho ...*, op. cit., p. 816). Neste sentido, a observação de Vicente Gimeno Sendra, ao tratar da aplicação da detenção cautelar no sistema processual penal espanhol: “Al incidir sobre uno de los derechos fundamentales más preciados, la detención está sometida al principio de proporcionalidad (art. 18 del CEDH), por lo que há de adecuarse al fin perseguido, justificarse exclusivamente en los “casos y en la forma previstos en la Ley” (art. 17.1 CE), siempre y cuando no sea posible para alcanzar aquellos fines utilizar otras medidas menos restrictivas (contracautelas, citación de comparecencia, etc.) y sin que le sea autorizado, a quien disponga la medida, restringir el derecho a la libertad más allá de los indispensable para alcanzar los objetivos previstos en las normas que la disciplinan” (*Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 267).

adotada, e, ainda, represente uma intervenção de menor intensidade aos direitos fundamentais em questão, conclui-se que a medida escolhida não era necessária. Portanto, não se mostrando necessária, não era proporcional.

Neste momento, ressaltam-se, novamente, os critérios a serem observados neste exame comparativo. Em primeiro lugar, considera-se a eficiência das medidas para a promoção do objetivo a ser perseguido. Em segundo lugar, considera-se o grau de intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental em jogo. Como já demonstrado, entre estas duas variáveis, deve-se dar prevalência à medida mais eficiente à realização do fim proposto, ao menos, nesta etapa do controle de restrições aos direitos fundamentais promovido pela proporcionalidade.¹³³³

Desta forma, a incidência da sub-regra da necessidade, ou requisito da intervenção mínima ou, ainda, da alternativa menos gravosa, determina à autoridade jurisdicional que reserve a prisão provisória tão-somente para os casos extremos e excepcionais, devendo-se dar preferência a alternativas menos lesiva ao direito fundamental de liberdade pessoal, mas de igual eficiência para a promoção dos objetivos colimados pela tutela cautelar no processo penal. Há, portanto, um dever maior de se investigar medidas distintas da privação de liberdade em caráter cautelar, como uma verdadeira exigência da proporcionalidade na atuação da tutela cautelar.¹³³⁴

O sistema processual penal brasileiro, em sua configuração atual, oferece escassas opções de medidas cautelares de caráter pessoal aos seus intérpretes, para que estes possam proceder ao exame obrigatoriamente comparativo da sub-regra da

¹³³³ Cf. V. A. DA SILVA, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 171-172. Como destaca Virgílio Afonso da Silva, quando se tem em vista o exame comparativo da necessidade, a opção por uma medida mais eficiente, ainda que se trate da medida mais gravosa ao direito fundamental atingido, não importa desproteção ao direito fundamental. Consoante já ressaltado, não se advoga uma política de “eficiência a todo custo”. Isto porque o exame da proporcionalidade não se esgota na sub-regra da necessidade: ele avança para o exame da proporcionalidade em sentido estrito, em que medidas estatais adequadas e necessárias podem ser afastadas, se representarem uma restrição excessiva ao direito fundamental. Ainda, o autor resalta que o grau de restrição ao direito fundamental não é um critério inútil. De fato, sempre que houver medidas igualmente eficientes, o grau de restrição será o critério determinante para indicar a medida a ser adotada (*Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 173-174).

¹³³⁴ Neste sentido, Odone Sanguiné reconhece que a aplicação do requisito da necessidade ou da exigibilidade à prisão de caráter provisório exige do juiz que busque medidas alternativas e menos gravosas à prisão, desde que estas medidas resultem igualmente habilitadas para resguardar a realização de seus fins de ordem instrumental (aqui, o autor menciona o comparecimento do imputado ao juízo). Há, de fato, como menciona o autor, medidas menos gravosas e efetivas, tais como a liberdade provisória, com ou sem fiança; a retenção do passaporte do imputado, para afastar o perigo de fuga; as medidas de “controle de judicial”, identificadas como sendo aquelas de proibição de residência nos delitos de violência doméstica (*Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 650-651).

necessidade. As críticas à bipolaridade da tutela cautelar no processo penal brasileiro são inúmeras, já que a ausência de oferta de medidas cautelares pessoais diferenciadas faz com que a escolha da autoridade jurisdicional recaia, invariavelmente, sobre a prisão ou a liberdade provisória.¹³³⁵

Como se destacou, a carência de medidas cautelares típicas, alternativas ou substitutivas à prisão cautelar, encontra-se em vias de se tornar passado para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o Projeto de Lei n.º 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal. Nos termos de Maurício Zanoide de Moraes, a atuação da proporcionalidade torna indispensável a elaboração de “(...) um rol amplo de medidas já em nível normativo abstrato”.¹³³⁶ O que se busca por meio destas inovações legislativas é, justamente, a criação de medidas de igual modo eficientes, mas menos invasivas aos direitos fundamentais do que a prisão provisória, e que atuem em momento anterior a esta medida extrema.

O que se tem como perspectiva para o ordenamento jurídico brasileiro, já se mostra realidade em diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos.¹³³⁷ As medidas restritivas de caráter pessoal diversas da prisão provisória desdobram-se em medidas restritivas da liberdade pessoal, mas em menor grau e em menor intensidade, e em medidas restritivas a outros direitos fundamentais, em uma escala de gradação que culmina na restrição máxima representada pela prisão a título provisório.

Nesta esteira, apresentam-se as seguintes medidas alternativas à prisão cautelar: a) suspensão do exercício de função pública, de profissão ou do exercício de

¹³³⁵ Sobre as críticas à bipolaridade do sistema cautelar brasileiro, v. R. S. M. CRUZ, *Prisão cautelar – dramas ...*, op. cit., p. 133-135; A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 131-133. Neste raciocínio, adota-se como pressuposto a vedação ao poder geral de cautela, no âmbito processual penal, para impor medidas cautelares inominadas. Destaca-se que, mesmo os autores que admitem o recurso ao poder geral de cautela, em caráter excepcional e para resguardar a proporcionalidade em determinados casos, reconhecem que a solução correta é a reforma do processo penal brasileiro. Com isto, pretende-se a inclusão de medidas cautelares típicas, distintas do extremo da prisão cautelar. Neste sentido, a observação de Marcellus Polastri Lima, *Tutela cautelar no ...*, op. cit., p. 369. Ademais, a adoção de medidas cautelares inominadas contraria a exigência de legalidade das intervenções nos direitos fundamentais – pressuposto formal da proporcionalidade. Neste sentido, para se atender a um requisito intrínseco da proporcionalidade, a necessidade, descumpre-se um pressuposto formal de sua atuação e fundamento do Estado de Direito, a legalidade. Logo, a pretexto de se alcançar uma medida menos gravosa ao direito individual e, de igual modo, eficiente ao resguardo dos escopos processuais, pretende-se a adoção de intervenções à revelia de qualquer disposição em lei. A legalidade, no entanto, não pode ser superada no campo de direitos fundamentais, notadamente a liberdade pessoal.

¹³³⁶ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 378.

¹³³⁷ Sobre medidas alternativas e substitutivas à prisão provisória, v. Capítulo 5.

atividade econômica ou financeira; b) suspensão do exercício de direitos; c) obrigação de apresentação periódica em juízo, a fim de informar e de justificar as atividades; d) proibição de permanência ou de acesso a determinados locais relacionados com a conduta delitiva; e) proibição de contatar determinadas pessoas relacionadas com a prática delitiva; f) proibição de ausentar-se do país, o que pode ser cumulado com a obrigação de entrega do passaporte do imputado; g) obrigação de permanência na habitação, o que pode ser conjugado com as medidas de vigilância eletrônica; h) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; i) concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança; j) monitoramento eletrônico, l) suspensão das atividades da pessoa jurídica.

Ao criticar a dicotomia do sistema processual penal brasileiro, preso aos extremos prisão e liberdade, Aury Lopes Júnior sugere a criação de medidas coercitivas e de medidas interditórias, a exemplo do ordenamento jurídico italiano. Como medidas coercitivas, o autor propõe: a proibição de sair do país; o dever de comparecimento periódico em juízo ou em face de autoridade determinada; residência forçada ou proibida; proibição de permanência, de contatos e de ausência; prisão domiciliar; monitoramento eletrônico; detenção em cárcere ou em hospital. Por sua vez, como medidas interditórias, que podem alcançar direitos individuais diversos da liberdade de ir e de vir, o autor sugere, com inspiração no sistema processual penal italiano, a adoção das seguintes medidas: suspensão do pátrio poder; suspensão do exercício de cargo, de função pública ou de profissão; entrega do passaporte.¹³³⁸

O Projeto de Lei n.º 156/2009 trata das medidas cautelares a partir do artigo 525, expondo o rol das medidas cautelares pessoais no artigo 533. Como já mencionado, o Projeto de Lei em comento inovou ao prever medidas restritivas a direitos individuais diversos da liberdade pessoal, conferindo às autoridades jurisdicionais o tão reivindicado leque de medidas alternativas e de medidas substitutivas à prisão cautelar. A medida alternativa tem por pressuposto a possibilidade de se adotar a prisão cautelar no caso concreto, mas recorre-se a uma medida menos gravosa, posto ser de igual eficiência para o resguardo dos escopos processuais. De modo diferente das medidas substitutivas, as medidas alternativas atuam antes da decretação da prisão cautelar; colocam-se como uma alternativa ao juiz, que não chega a determinar a medida mais gravosa, que é a prisão, no caso concreto.

¹³³⁸ *Direito processual penal ..., op. cit.*, p.

Ademais, em observância da proporcionalidade que deve nortear as intervenções em direitos fundamentais, a alternatividade se faz presente não somente em relação à prisão: a autoridade jurisdicional tem sempre o dever de realizar um exame comparativo entre a medida selecionada e todas as demais existentes, para controlar a proporcionalidade de sua atuação e optar pela providência que represente a mínima intervenção nos direitos fundamentais.

Inclusive, o texto projetado admite a imposição de medidas autônomas, que não guardam qualquer relação com a prisão. Isto é, medidas que podem ser aplicadas sem que tenha ocorrido a decretação ou a efetivação de uma prisão, e sem que seja necessário demonstrar a possibilidade de se aplicar a prisão no caso concreto.¹³³⁹

Neste caso, não se trata de dispensar a ocorrência dos pressupostos cautelares, os quais, como destacado em momento anterior, devem estar sempre presentes para a atuação de qualquer medida no curso da persecução penal. As medidas autônomas atuam em casos para os quais a prisão não se revela cabível, porque ausentes os requisitos legais, ou porque não se mostra proporcional em face da pena cominada ou esperada para o delito. Estas, justamente, as notórias vantagens das medidas autônomas, já que permitem a garantia do desenvolvimento do processo e da efetividade de seu eventual resultado final através de restrições menos intensas aos direitos individuais, atuando em casos em que a prisão não se mostrava possível ou, inclusive, era proibida por Lei.¹³⁴⁰

Neste contexto, o exame comparativo demandado pelo requisito intrínseco da necessidade torna-se viável e permite constatar a proporcionalidade da restrição acarretada ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais diretamente envolvidos por esta atividade estatal. As exigências em torno desta sub-regra têm por premissa que o meio escolhido pelo legislador ou pela autoridade jurisdicional para a

¹³³⁹ Ainda, cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 121-125.

¹³⁴⁰ Trata-se, por exemplo, dos casos em que o legislador não admite a imposição da prisão preventiva devido a desproporcionalidade entre a prisão a título provisório e a pena cominada abstratamente ao delito. Neste sentido, o artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal que veda a decretação da prisão preventiva aos delitos apenados com detenção, a menos que se trate de indiciado vadio ou se existirem dúvidas com relação à sua identidade. (Cf. F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 124).

satisfação dos objetivos visados não possa ser substituído por outro igualmente idôneo e eficaz, e que acarrete a menor desvantagem aos direitos individuais.¹³⁴¹

O controle da proporcionalidade, como um limite às restrições aos direitos fundamentais, tem por norte a ideia da menor ingerência possível a estes direitos e impõe o exame comparativo entre as medidas restritivas admissíveis pelo ordenamento jurídico estatal. Como demonstrado, as providências cautelares de caráter pessoal decretadas no curso da persecução penal desempenham uma função de cautela instrumental e de cautela final, e orientam-se à garantia de execução de eventual sentença condenatória, a obstar a fuga do imputado, a assegurar a sua presença aos atos do processo, e a resguardar o êxito da atividade probatória, evitando o seu comprometimento por atividade do acusado. A sub-regra da necessidade impõe uma justificação objetiva da medida cautelar selecionada para o atendimento destes fins constitucionais relacionados à tutela cautelar, desde que se trate, sempre, da medida menos lesiva ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais.¹³⁴²

Desta forma, caso o objetivo a ser promovido pela medida restritiva à liberdade individual consista em garantir que o imputado não obstrua o normal desenvolvimento do processo, o que visa, em última instância, ao seu resultado útil e profícuo, deve ser avaliado, em primeiro lugar, a existência dos pressupostos da tutela cautelar: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. A comprovação da existência de um crime e a probabilidade de autoria, associadas a elementos concretos e objetivos que indiquem a existência de um fundado receio para o curso regular da persecução penal, autorizam a adoção de uma medida cautelar.¹³⁴³

¹³⁴¹ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 651. Neste sentido, Pedro Ivo Gricoli Iokoi assinala que a necessidade, como requisito intrínseco da proporcionalidade, demanda a escolha pela intervenção estatal que represente a menor restrição ao direito fundamental: “em relação à exigibilidade material, a necessidade da prisão preventiva precisa de um rol de medidas alternativas à prisão para a mais correta aplicação” (*Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 199).

¹³⁴² Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 652.

¹³⁴³ Neste ponto, retomam-se os conceitos dos pressupostos da tutela cautelar já desenvolvidos. Ademais, como destaca Pedro Ivo Gricoli Iokoi: “(...) será avaliado, no caso concreto, se é realmente necessário o encarceramento para proteger a marcha do processo, observando quais elementos concretos existem contra o acusado. A adoção da escala de concreção diferenciara as medidas necessárias das desnecessárias, mostrando-se mais necessárias aquelas pautadas em atividades concretas do acusado de frustrar o procedimento, do que as pautadas em meras presunções” (*Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 200-201).

Em segundo lugar, aferindo em que consiste o *periculum libertatis*, pode-se partir para a seleção da medida mais adequada e mais necessária. Em hipóteses nas quais os elementos concretos denotem a atuação do imputado, no sentido de ocultar, de destruir ou de falsificar provas, o exame comparativo pode se colocar, a título de exemplo, entre a prisão e medidas alternativas como, a suspensão do exercício de profissão, de atividade econômica ou função pública; a suspensão das atividades da pessoa jurídica. Em casos em que se demonstre estar o acusado ameaçando testemunhas, peritos ou ofendido, pode-se valer de medida de afastamento do lar ou de outro local de convivência com a vítima, ou proibição de contato com determinadas pessoas. Procura-se, portanto, buscar a medida restritiva a direitos fundamentais adequada e necessária a servir como cautela instrumental.

Em se tratando do risco de fuga, há medidas, como exemplo, o comparecimento periódico em juízo para justificar atividades; a proibição de ausentar-se do país; o recolhimento do passaporte do acusado e a comunicação da proibição de saída do país.¹³⁴⁴ Aqui, tem-se a incidência de uma medida como cautela final, buscando assegurar o resultado do processo. Em todos estes casos, essas medidas são eficientes para a promoção do fim perseguido e menos gravosas em relação ao direito fundamental em comparação à prisão provisória. Esta, por sua vez, é igualmente eficiente e é mais gravosa ao direito fundamental. Por isso, não é necessária e não deve ser adotada.¹³⁴⁵

Neste ponto, em consonância ao sistema de tutela cautelar processual penal apresentado, que impõe a atribuição de finalidades estritamente processuais às medidas cautelares para a sua conformidade com a presunção de inocência, não se consideraram os argumentos associados à reiteração delitiva, que colocam a prisão como uma necessidade em razão da segurança social.¹³⁴⁶ No entanto, para aqueles que os admitem, embora em caráter excepcional, ainda assim deve existir um controle de

¹³⁴⁴ Entende Pedro Ivo Gricoli Iokoi que, no caso de fuga ou de perigo de fuga, devem ser distinguidas duas situações. Em primeiro lugar, se o acusado é surpreendido com preparativos de fuga, justamente para não cumprir a sentença que é esperada, a prisão é a medida necessária para assegurar a aplicação da lei penal. Em segundo lugar, se o acusado comparece aos atos processuais e tem residência fixa, a prisão não se mostra a medida necessária, podendo o juiz se valer de medidas alternativas, como “(...) uma simples limitação de ausentar-se da comarca” (*Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 201).

¹³⁴⁵ Como aponta Carlos Bernal Pulido, a necessidade determina que, entre as medidas interventivas aos direitos fundamentais com a mesma idoneidade para alcançar o fim proposto, deve-se optar por aquela medida mais benigna ao direito fundamental atingido (*El principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*, p. 736).

¹³⁴⁶ Sobre as finalidades associadas às medidas cautelares de caráter pessoal no processo penal, v. item 6.8. do Capítulo 6.

proporcionalidade na adoção da prisão provisória, podendo existir casos em que medidas alternativas sejam eficientes para afastar o risco que embasa a prisão.

Nesta esteira, esta realidade não admite mais que se recorra à prisão provisória como a primeira e a imediata solução,¹³⁴⁷ devendo-se dar destaque às medidas cautelares de caráter pessoal diversas desta providência extrema. O recurso à prisão provisória, ainda que se mostre eficiente à promoção dos objetivos processuais, permanece como a ingerência mais extrema à liberdade individual no curso da persecução penal, a qual se faz acompanhar de todos os efeitos deletérios aos vínculos sociais e familiares proporcionados pelo cárcere.¹³⁴⁸

Justamente por isto, a leitura do sistema cautelar processual penal mais consentânea aos direitos fundamentais e aos preceitos que norteiam a persecução penal reserva às medidas cautelares menos lesivas um caráter prioritário. De fato, como destaca Winfried Hassemer, a prioridade que se deve atribuir às medidas de menor ingerência à liberdade pessoal, e que podem garantir, em igual medida, os fins da prisão provisória, consiste em uma “consequência óbvia da proibição do excesso”, não havendo muito a se discutir a este respeito. Neste sentido, se ao juiz é dada a possibilidade de recorrer a um meio menos lesivo à liberdade pessoal e, de igual modo, idôneo, este deve ser o conteúdo de sua decisão. Neste contexto, “um decreto de prisão preventiva constituiria então um prejuízo excessivo e não justificado, por não necessário. Somente resulta necessário quando a medida menos lesiva se revela como inidônea”.¹³⁴⁹

Nesta etapa do controle da proporcionalidade, portanto, a atividade jurisdicional recebe nítido destaque, já que se entrega ao juiz a ponderação entre as distintas medidas cabíveis a partir de um “juízo de prognóstico sobre a eficácia das medidas alternativas”, o que se promove a partir de “(...) uma escala de lesividade

¹³⁴⁷ Odone Sanguiné aponta, como conclusão do exame comparativo proporcionado pela sub-regra da necessidade que: “(...) de un lado, la prisión provisional debe considerarse siempre como la última medida a tomar, por outro lado, las medidas alternativas habrán de ser suficientemente aptas o eficaces para la consecución de la finalidad perseguida. Así, en el *juicio comparativo* del principio de ‘necesidad’ juegan un papel transcendental las *medidas alternativas* a la prisión provisional” (*Prisión provisional y ..., op. cit.*, p. 651-652).

¹³⁴⁸ Cf. W. HASSEMER, *Crítica al derecho ...*, *op. Cit.*, 1995, p. 120. Neste sentido, O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ..., op. cit.*, p. 653.

¹³⁴⁹ Conforme o autor: “Una consecuencia obvia de la prohibición de exceso es la *prioridad de las medidas menos lesivas* que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva”. Ademais, prossegue o autor: “(...) un decreto de prisión preventiva constituiría entonces un perjuicio excesivo y no justificado, por no necesario. Sólo resulta necesario cuando la medida menos lesiva se revela como inidônea” (*Crítica al derecho ...*, *op. cit.*, p. 120-121, tradução livre) .

hipotética” das medidas em potencial.¹³⁵⁰ Desta forma, como resultado desta relevância da avaliação jurisdicional, a ausência de meios menos lesivos à liberdade pessoal deve ser destacada na motivação da decisão que decreta a prisão provisória. Trata-se, portanto, de uma exigência da proporcionalidade, que funciona como um limite da prisão provisória.¹³⁵¹

6.8. MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS ADOTADAS EM ÂMBITO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO COMO REQUISITO INTRÍNSECO DA PROPORCIONALIDADE *LATO SENSU*

A sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito trata de um contrapeso entre a importância do interesse estatal que se promove com a intervenção em um direito fundamental e a importância deste direito, considerando-se não somente os sacrifícios acarretados aos seus titulares, mas também aos interesses de toda a sociedade.¹³⁵² Este requisito intrínseco da proporcionalidade acena para uma ponderação entre os direitos individuais alcançados por uma intervenção estatal e, em outro extremo, o direito ou o princípio de índole fundamental que serve de embasamento a esta limitação e consiste no objetivo mediato a ser colimado por esta medida.

O juízo de ponderação tem por objetivo, por conseguinte, assentar, em definitivo, o caráter constitucional de uma medida interventiva, já que cabe a esta etapa do exame da proporcionalidade em sentido amplo a decisão final sobre o caráter excessivo do sacrifício imposto aos direitos fundamentais. É neste momento, portanto, que a proporcionalidade assume a sua mais estrita conotação.¹³⁵³ Justamente por isto, a doutrina

¹³⁵⁰ Como destaca Odone Sanguiné: “En el juicio de pronóstico sobre la eficacia de las medidas alternativas, hay que partir de una ‘escala de lesividad’ hipotética, mediante una ponderación de valores por el juez en el caso concreto entre las distintas medidas aplicables (criterio valorativo-empírico). Así, cabría elegir aquella que, siendo menos lesiva, asegure su mayor grado de eficacia” (*Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 652-653, tradução livre). Como já destacado, este juízo pode ser, em parte, mais controlado pelo legislador, na medida em que este promova a inserção no ordenamento jurídico de hipóteses de não incidência da prisão provisória, isto é, casos em que a sua adoção pelo juiz se encontre vedada em razão de um sopesamento já realizado pelo legislador. Neste sentido, os comentários realizados por ocasião da análise da sub-regra da idoneidade ou da adequação.

¹³⁵¹ Neste sentido, Winfried Hassemer destaca que a proibição do excesso como um limite da prisão preventiva, e conclui que: “Pero la prohibición de exceso exige, además, que la no disponibilidad de medios menos lesivos sea incorporada a los presupuestos del decreto de prisión (...)” (*Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 120).

¹³⁵² Cf. C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 760; N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 225.

¹³⁵³ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 225.

tem se referido à proporcionalidade em sentido estrito como a sub-regra nuclear ou a medula da proporcionalidade.¹³⁵⁴

De fato, quando se chega a esta etapa do exame da proporcionalidade em sentido amplo, a intervenção estatal no direito fundamental já foi considerada idônea para contribuir com a finalidade que se busca atingir por meio desta limitação, bem como necessária, isto é, em comparação às demais medidas alternativas colocadas à disposição do agente estatal, a medida selecionada se mostra a mais eficiente para fomentar o objetivo visado.

Assim, a intervenção estatal no âmbito de proteção de um direito fundamental, rotulada como idônea e necessária, ingressa em outra esfera de considerações na análise da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito: este é o momento de se questionar se o resultado obtido com a intervenção no direito fundamental, já considerada idônea e necessária, é “proporcional à carga coativa” derivada da medida.¹³⁵⁵

Este o real sentido da proporcionalidade em sentido estrito, também identificada com a ideia da “justa medida”: a incidência de uma determinada medida limitativa a um direito fundamental não deve se revelar desarrazoada.¹³⁵⁶ A regra da proporcionalidade assume, neste patamar, a sua conotação comumente referida pela doutrina de juízo de ponderação de interesses e de balanceamento entre princípios e bens colidentes, acenando para uma equação entre meios e fim, “(...) com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.¹³⁵⁷

Neste sentido, a proporcionalidade em sentido estrito revela a justiça do caso concreto, ao determinar a ponderação entre dois objetos normativos. De um lado, o direito fundamental afetado pela intervenção estatal e os sacrifícios acarretados a este direito. Do outro lado da balança, encontra-se o princípio ou o direito de índole fundamental que embasa a intervenção estatal e constitui o objetivo mediato colimado por esta. Neste juízo de ponderação, portanto, pesam-se, de um lado, as desvantagens dos meios escolhidos, e, de outro lado, as vantagens relacionadas ao fim.¹³⁵⁸ Ao contrário do

¹³⁵⁴ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 654.

¹³⁵⁵ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 269.

¹³⁵⁶ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 653.

¹³⁵⁷ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 269.

¹³⁵⁸ Cf. J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e ...*, op. cit., p. 269.

que possa parecer à primeira vista, o ato legislativo não entre nesta ponderação de interesses, mas os valores e os princípios que estão por trás desta intervenção.¹³⁵⁹

Há, em última análise, um sopesamento entre os interesses individuais e os interesses do Estado, devendo-se avaliar se o sacrifício imposto aos interesses individuais de índole fundamental mantém uma relação de proporcionalidade com a importância do interesse estatal que se busca resguardar com a medida limitativa aos direitos fundamentais.¹³⁶⁰ Nota-se, portanto, a preocupação com a sobrecarga aos direitos fundamentais, de modo que o sacrifício excessivo não há de ser admitido, posto que desproporcional.

A análise da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito e das notas essenciais deste conceito, conforme a doutrina de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, já foi objeto de consideração em outro momento.¹³⁶¹ Por ora, retomam-se apenas alguns aspectos para prosseguir com o exame da prisão e demais medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.

Na ocasião, destacou-se que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito ostenta caráter valorativo, ponderativo e de conteúdo material. Como discutido, o aspecto valorativo deve-se à sua incidência no terreno dos valores, além de uma esfera somente empírica. O exame da relação meio-fim, constantemente abordado na análise da proporcionalidade, compreende uma verdadeira tensão entre os interesses estatais e os interesses individuais, e que embasa, justamente, a atuação da proporcionalidade em sentido estrito. Como sub-regra ponderativa, a proporcionalidade destina-se à ponderação desses interesses como modo de solução da tensão mencionada, sendo este juízo de ponderação entre fins e meios a via para analisar a “razoável proporção” entre eles.¹³⁶²

Por fim, a nota essencial do conteúdo material serve para demonstrar que a proporcionalidade não se mostra “carente de conteúdo” ou um mesmo uma regra de caráter meramente formal. Ao contrário, a proporcionalidade destina-se a fornecer os

¹³⁵⁹ Como destaca Carlos Bernal Pulido acerca da proporcionalidade em sentido estrito, as normas legais com caráter de intervenção legislativa em direitos fundamentais não são objeto da ponderação. O autor explica que os objetos normativos que se ponderam são: “(...) por una parte, el derecho fundamental o el principio constitucional de primer o de segundo grado que fundamenta la intervención legislativa (el objetivo mediato de la intervención legislativa)” (*El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 760-761).

¹³⁶⁰ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 654.

¹³⁶¹ V. item 1.8.3.7. do Capítulo 1.

¹³⁶² Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 226-227.

critérios para a solução dos conflitos entre os interesses estatais e os interesses individuais, o que lhe confere aplicabilidade prática e justifica o seu estudo em âmbito processual penal.¹³⁶³

A proporcionalidade é um instrumento útil para a medição dos valores e para a eleição dos interesses a que se deve reconhecer a prevalência no caso concreto. Admitir à proporcionalidade em sentido estrito este conteúdo material é imprescindível para garantir, como destaca Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, “(...) a observância dos valores constitucionais no caso concreto” e obstar, ao mesmo tempo, uma atuação neutra da proporcionalidade, a ponto de fornecer legitimidade a toda e qualquer intervenção estatal nos direitos individuais.¹³⁶⁴

A proporcionalidade em sentido estrito volta-se ao exame da intensidade da intervenção estatal nos direitos fundamentais, de modo que o grau de intensidade desta intervenção deve ser ao menos equivalente ao grau de intensidade da realização do princípio constitucional que a fundamenta.

Nesta análise, deve-se ter em mente que, como observa Odone Sanguiné, há uma incidência diferenciada da proporcionalidade conforme os distintos graus de proteção das garantias jurídicas fundamentais, colocando-se a proteção da liberdade em primeiro grau. Isto faz com que as intervenções legislativas no tocante à liberdade das pessoas submetam-se a maiores limitações, de modo que o legislador vê-se estritamente vinculado à proibição do excesso, nos termos do autor, limitando-se à realização de fins

¹³⁶³ O objetivo da análise da proporcionalidade no campo processual penal é, justamente, avaliar a relação de idoneidade, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito das medidas estatais interventivas em direitos individuais no curso da persecução penal. Há, portanto, a necessidade de se ponderar os interesses estatais e os interesses individuais em colisão na adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais. Em face do tema proposto, a análise da proporcionalidade volta-se à solução da tensão existente entre os interesses estatais e os interesses individuais por ocasião da decretação de uma prisão provisória ou de outra medida restritiva de caráter pessoal no curso da persecução penal. Após a apresentação da estrutura da proporcionalidade (Capítulo 1), discutem-se, neste momento, os interesses estatais que embasam as intervenções aos direitos individuais no campo processual penal e quais desses interesses prevalecem no caso concreto. Neste sentido, N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 243; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 29.

¹³⁶⁴ Como destaca Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano acerca do conteúdo material da proporcionalidade em sentido estrito: “Con el rechazo de la concepción formal del principio y su entendimiento como mera cláusula neutra estabilizadora se evita, por otra parte, caer en un principio inquisitivo según el cual importantes intereses del Estado podrían justificar la adopción de medidas legalmente inadmisibles. Ello supondría asignar un papel pervertido al principio de la proporcionalidad, derivado de su consideración como principio neutral, cuya aplicación conduciría a la quiebra del principio de legalidad” (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 227, tradução livre).

constitucionalmente consagrados e sempre com a observância do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.¹³⁶⁵

Feitas estas considerações, passa-se à ponderação de interesses e de valores no processo penal. O objetivo, portanto, é analisar os interesses em colisão, quando da adoção de medidas interventivas em direitos fundamentais no âmbito do processo penal.¹³⁶⁶ Em razão da proposta do presente trabalho, o exame será concentrado nas medidas de caráter pessoal. A ponderação, como demonstrado, envolve dois objetos normativos. Em seguida, pretende-se indicar quais os interesses estatais que se encontram em um dos lados desta ponderação. No outro extremo, como já mencionado, colocam-se a presunção de inocência e a sua interação com o direito à liberdade e os demais direitos fundamentais já foram objeto de análise anterior.

6.8.1. FIM IMEDIATO DA PERSECUÇÃO PENAL

O controle da proporcionalidade das medidas restritivas a direitos individuais adotadas no curso do processo penal demanda uma consideração acerca do interesse estatal da persecução penal, que, sem dúvida, anima e embasa estas limitações.¹³⁶⁷ Desta forma, torna-se imprescindível determinar o conteúdo deste interesse estatal em um Estado de Direito Democrático.

A persecução penal destina-se à efetivação do ordenamento jurídico penal, transformando em realidade a tutela abstrata dos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, eleitos em meio a um “quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado de Direito Democrático”.¹³⁶⁸ O interesse estatal na persecução penal contribui com a legitimidade democrática da Justiça Penal, nos termos de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, que extrai das normas constitucionais os vetores substanciais para a incriminação de condutas e para a seleção dos bens dignos de sua tutela, inserindo o processo penal como o instrumento necessário para esta proteção.¹³⁶⁹

¹³⁶⁵ *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 655.

¹³⁶⁶ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 243.

¹³⁶⁷ Neste sentido, N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 251.

¹³⁶⁸ Cf. L. R. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, vol. I, 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 118.

¹³⁶⁹ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 251.

A instituição do devido processo legal constitui uma das principais características do Estado Democrático de Direito, revelando-se o expoente de um sistema de garantias estruturado para a consecução de um ordenamento jurídico justo e democrático.¹³⁷⁰ Em âmbito penal, esta garantia emerge como verdadeiro instrumento da liberdade, impondo limites à atuação do Estado e buscando legitimar o exercício da pretensão punitiva estatal.

Desta forma, a prática de um fato definido em lei como infração penal, por maior que se demonstre a ofensa ou a ameaça aos bens juridicamente tutelados, não impõe ao seu autor a punição imediata.¹³⁷¹ Isto porque o Direito Penal é desprovido de atuação direta, não se reconhecendo a possibilidade de concretizá-lo sem o respectivo processo judicial.¹³⁷²

O caráter imprescindível do devido processo penal na determinação de penas e de medidas de segurança revela que a interação entre delito, sanção penal e estrutura processual apresenta verdadeira conotação de complementaridade.¹³⁷³ Ademais, a submissão do embate entre a pretensão punitiva estatal e o direito de liberdade do indivíduo ao controle jurisdicional, além de revelar o caráter instrumental do processo

¹³⁷⁰ Como destaca Denilson Feitoza Pacheco, o princípio constitucional do devido processo legal não se relaciona somente ao processo jurisdicional: “(...) mas quaisquer procedimentos estatais, sejam administrativos, jurisdicionais ou legislativos, que levem à realização dos fins imediatos e mediatos do Estado. (...) Nessa linha, se a investigação criminal for feita, não é admissível uma forma qualquer de se fazer investigação. Ela deve cumprir seu *devido processo legal administrativo* e, desse modo, também a função de garantia dos direitos fundamentais” (*O princípio da ...*, op. cit., p. 164).

¹³⁷¹ Cf. W. M. BATISTA, *Liberdade provisória*, op. cit., p.01; R. L. TUCCI, *Teoria do direito ...*, op. cit., p. 42.

¹³⁷² Cf. R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ...*, op. cit., p. 27-28. Como observa Jorge de Figueiredo Dias, “(...) Daquela função de protecção da ordem social (de protecção da vida comunitária do homem) advém por conseguinte ao Estado o *dever de administração e realização da justiça penal*. este dever é correlato da necessidade, pelo Estado sentida, de tomar sobre os seus ombros, de forma exclusiva, a tarefa de investigar, esclarecer, perseguir e sentenciar os crimes cometidos dentro de sua jurisdição; é só, por diferentes palavras, a outra face do *princípio da exclusão da autodefesa* ou *princípio do monopólio estadual da função jurisdicional*, que constitui uma exigência irrenunciável das sociedades modernas, fundado como é por valores tão essenciais como os da realização da justiça, da unidade do Estado e da paz jurídica e social.” (*Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974, p. 24-25). Ademais, como destaca Aury Lopes Júnior, “Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não é só efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. Por isso, a pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que se o processo termina antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena” (*A instrumentalidade garantista ...*, in *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, op. cit., p. 12).

¹³⁷³ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *A instrumentalidade garantista ...*, in *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, op. cit., p. 12.

penal, acentua o reconhecimento da presunção de inocência do acusado como autêntico limite à atuação estatal.¹³⁷⁴

O processo penal revela-se como o instrumento adequado e necessário para a efetivação do *ius puniendi estatal*, mas assume, de igual maneira, a sua feição de garantia dos direitos individuais. Este último elemento é fundamental para constatar a instrumentalidade especial e diferenciada que se encontra em âmbito processual penal, o que se apresenta como a sua nota distintiva e orienta a sua interpretação.¹³⁷⁵

Desta forma, em uma interpretação à luz da ordem constitucional, como defende Denilson Feitoza Pacheco, a persecução penal orienta-se à demonstração da existência ou inexistência de um fato delitivo e de sua autoria no curso de um devido processo penal, o que pode ser antecedido por uma investigação criminal a lhe fornecer a base probatória necessária ao início deste processo, e a garantir os direitos fundamentais do indivíduo a esta submetido.¹³⁷⁶

Nesta esteira, não há mais como recusar, atualmente, a garantia aos direitos fundamentais como elemento desta visão constitucional do processo penal, de modo que a ideia de instrumentalidade do processo penal constitui-se de duas vertentes: de um “princípio de instrumentalidade processual garantista” ou de direitos fundamentais, e de um “princípio de instrumentalidade processual punitivo”.¹³⁷⁷

Estes elementos revelam a “contrariedade fundamental” entre o que o autor anuncia como uma perspectiva instrumental libertária ou garantista e uma perspectiva instrumental punitiva. Esta colisão fundamental encontra-se na base da discussão acerca das medidas de intervenção nos direitos fundamentais no curso da

¹³⁷⁴ Cf. A. M. G. FILHO, *Presunção de inocência: princípios e garantias*, in *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 131.

¹³⁷⁵ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *A instrumentalidade garantista ...*, in *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, op. cit., p. 17-19; D. F. PACHECO, *O princípio da ...*, op. cit., p. 164. Como destaca Américo A. Taipa de Carvalho: “Diferentemente do que se passa com outros ramos do direito, há entre o direito penal e o processo penal uma verdadeira relação de mútua complementaridade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou de implicação biunívoca: o processo penal - tal como qualquer processo - pressupõe o direito penal, e o direito penal - diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório - só se concretiza através do processo penal. O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito penal”. (*Sucessão de leis penais*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra, 1997, p. 262).

¹³⁷⁶ *O princípio da ...*, op. cit., p. 165-166.

¹³⁷⁷ Cf. D. F. PACHECO, *O princípio da ...*, op. cit., p. 165-166.

persecução penal, sendo objeto de consideração, justamente, no momento de análise da proporcionalidade em sentido estrito.¹³⁷⁸

Estas intervenções em direitos individuais de índole fundamental devem contribuir para a promoção das finalidades imediatas da persecução criminal, tanto em sua perspectiva instrumental punitiva, como em sua perspectiva instrumental garantista. Nesta esteira, as medidas interventivas encontram justificação legítima, se contribuírem com a apuração dos fatos e com a formação do convencimento da autoridade jurisdicional, mas não só. Há de se atender, de igual modo, à vertente instrumental garantista e à tutela dos direitos individuais.¹³⁷⁹

Neste sentido, o caráter meramente instrumental do processo penal não pode mais ser aceito, sob pena de reduzi-lo a uma função exclusivamente técnica, o que não é acertada sob o ponto de vista constitucional. Esta visão a orientar um predomínio do Direito Penal substancial não reconhece o valor do processo penal, como instrumento de garantia, de tutela da liberdade pessoal, e de palco para a efetiva atuação das garantias constitucionais.¹³⁸⁰

Ademais, reconhecer às normas processuais um caráter meramente instrumental tornaria descabida a exigência de ponderação de valores em sua aplicação. A visão do processo penal em um Estado de Direito Democrático, de veículo de tutela da liberdade jurídica da pessoa, faz perder força aquela concepção submissa das normas processuais penais, como meros instrumentos de realização do Direito Penal material. Em decorrência, as normas processuais penais apresentam-se como objeto de interpretação e da atividade de ponderação de valores ínsita à proporcionalidade. Como observa Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, o processo penal revela, de fato, “(...) situações de conflito que devem ser solucionadas desde a perspectiva dos interesses enfrentados, sob a observância do princípio da proporcionalidade”.¹³⁸¹

Neste sentido, os institutos processuais devem ser compreendidos sob a perspectiva de normas limitativas de direitos fundamentais. Como toda intervenção em um

¹³⁷⁸ *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 166-167.

¹³⁷⁹ Cf. D. F. PACHECO, *O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 165-167.

¹³⁸⁰ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 244.

¹³⁸¹ *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 244. (tradução livre)

direito de índole fundamental, estas normas buscam promover a realização de um objetivo legítimo, no caso, a persecução penal ou a “aplicação do *ius puniendi* estatal”, como refere Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, a partir de limitações ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, de modo a entrar em colisão com o *ius libertatis*. Neste contexto, surge a necessidade de ponderação entre “(...) o interesse estatal de persecução penal e os interesses dos cidadãos na manutenção do mais amplo grau de eficácia de seus direitos fundamentais”.¹³⁸²

Ocorre que há também outros interesses, de índole constitucional, que justificam a restrição a direitos individuais no curso do processo penal. Como destaca Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, a atuação estatal em âmbito processual penal pode estar orientada a interesses diversos da persecução penal e, de igual modo, reunidos sob a tutela da ordem constitucional.¹³⁸³

Assim, as medidas restritivas aos direitos fundamentais, no campo processual penal, não se justificam somente pelo interesse estatal em efetivar a persecução penal. De fato, entre outra gama de interesses legítimos sob a perspectiva constitucional, e que, de igual modo, serve de fundamento para a adoção de restrições aos direitos individuais, inserem-se o interesse estatal no “correto desenvolvimento do processo” e no “adequado funcionamento das instituições processuais”, devendo-se considerar, ainda, o interesse do Estado na proteção de outros direitos fundamentais e de outros valores de índole constitucional.¹³⁸⁴

O interesse do Estado na persecução penal dos delitos, sem dúvida, é o interesse de maior relevo no campo processual penal. É este o interesse que se encontra na base de inúmeras restrições aos direitos fundamentais dos indivíduos adotadas no Direito Processual Penal. Ao seu lado, há outros interesses estatais que também são satisfeitos neste âmbito, como o interesse do Estado na proteção dos direitos individuais de índole fundamental. O interesse do Estado na proteção dos direitos fundamentais revela, na verdade, a proteção a um interesse não individual, mas genérico e pertencente a toda a comunidade. Esta tutela aos direitos individuais de índole fundamental é um dado

¹³⁸² *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 244. (tradução livre)

¹³⁸³ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 243.

¹³⁸⁴ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 245.

constante na atuação do Estado e exprime, como já destacado, a dupla dimensão dos direitos fundamentais.¹³⁸⁵

Ademais, destaca-se o interesse do Estado no “correto desenvolvimento do processo e no adequado funcionamento das instituições processuais”, como observa Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano. Há, de fato, uma preocupação do Estado em assegurar a correição e o normal desenrolar do processo penal, bem como a eficiência na atuação de seus institutos, o que impulsiona e subjaz às intervenções em direitos fundamentais, como é o caso de medidas restritivas ao exercício do direito de ação e do direito aos recursos.¹³⁸⁶ Há, por fim, outros interesses que remetem a valores acolhidos constitucionalmente, e que servem de justificativa para as limitações impostas aos direitos fundamentais. Neste caso, impera o exame casuístico, cabendo a análise de preceitos processuais penais tendentes à proteção de bens constitucionalmente tutelados.¹³⁸⁷

6.8.2. FINS MEDIATOS: O DIREITO À MANUTENÇÃO DA ORDEM SOCIAL E DA SEGURANÇA SOCIAL

A atividade estatal de persecução penal dos delitos tem por objetivo tutelar a legitimidade democrática do ordenamento penal e, em decorrência, atender aos imperativos de segurança social e de manutenção da ordem na convivência em sociedade.¹³⁸⁸ Estes fins mediatos da persecução penal relacionados às exigências de ordem

¹³⁸⁵ V. item 1.3. do Capítulo 1. Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano aponta como exemplo de uma colisão entre direito fundamental do indivíduo e o interesse estatal na tutela dos direitos fundamentais as restrições legais à publicação de notícias sobre processos em curso. Neste caso, coloca-se, de um lado, a questão do direito à presunção de inocência do imputado e, do outro lado, o direito à liberdade de informação e de expressão (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 246, nt. 65).

¹³⁸⁶ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 248.

¹³⁸⁷ Neste ponto, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano aponta como exemplo de bem constitucionalmente tutelado a proteção à infância e à juventude, que justifica a faculdade concedida à autoridade jurisdicional pelo ordenamento processual penal espanhol para realizar audiência a portas fechadas em um processo por corrupção de menores (*Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 247).

¹³⁸⁸ Como observa Denilson Feitoza Pacheco, a persecução penal tem por fim mediato mais geral a segurança pública: “a persecução criminal (investigação criminal e processo penal *stricto sensu*), a qual tem por fim realizar/preservar a segurança pública, constitui-se em uma *violência invisível* e entra em contradição consigo mesma quando os atores jurídicos (juízes, tribunais, promotores de Justiça, procuradores da República, delegados de polícia etc.) ignoram, inconstitucionalmente, a integralidade dos direitos fundamentais das pessoas e entes sujeitos à persecução”. A segurança pública, segundo o autor, apresenta inúmeras perspectivas de análise, podendo ser enfocada como: “(...) direito fundamental social, direito fundamental individual, dever fundamental, princípio, bem jurídico constitucional difuso ou coletivo *lato sensu*, bem como pelas várias funções dos direitos fundamentais, como função de defesa, função de proteção, função de prestação social e função de não-discriminação”. Assim, conclui o autor que: “A persecução criminal e suas medidas de intervenção em direitos fundamentais, portanto, devem passar por uma releitura constitucional a partir da noção renovada de segurança pública, a fim de se adequarem à sua justificação teleológica

e de segurança sociais encontram-se envolvidos no juízo de ponderação que ora se analisa, colocando-se dialeticamente em oposição aos direitos individuais afetados por medidas restritivas de caráter pessoal no campo do processo penal.

Assim como os direitos individuais, esses objetivos de “manutenção da ordem e da segurança para uma convivência pacífica” ¹³⁸⁹, de “realização e de preservação da segurança pública” ¹³⁹⁰, de “segurança à coletividade” ¹³⁹¹, de “eficácia na repressão dos delitos” ¹³⁹², de “segurança social” ¹³⁹³ encontram embasamento constitucional e tornam o compromisso constituinte em atender aos direitos individuais e aos imperativos coletivos uma questão de difícil solução. ¹³⁹⁴

Em termos realistas, como observa Odone Sanguiné, um processo penal estruturado sem o recurso a restrições aos direitos individuais resulta impraticável, de modo que a prisão provisória e as demais medidas restritivas a direitos individuais revelam-se um instrumento necessário ao interesse estatal em tornar efetiva a punição e em evitar que se frustrem os objetivos colimados com o processo penal. ¹³⁹⁵

Desta forma, já superada a questão acerca da necessidade da prisão provisória para o desenvolvimento da persecução penal, encarada como uma “triste necessidade social”, percebe-se que a atual problemática em torno deste instituto não se prende mais à sua existência, mas, sim, aos limites e às finalidades que se associam a esta intervenção estatal. A discussão, portanto, desloca-se para os contornos que se atribuem à sua disciplina de modo a assumir o modelo mais consentâneo aos direitos constitucionais. ¹³⁹⁶

constitucional. A importância de uma medida de intervenção deve ser contraposta à importância das violências invisíveis e visíveis que acarreta” (*O princípio da ...*, *op. cit.*, p.176).

¹³⁸⁹ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 29 (tradução livre).

¹³⁹⁰ Cf. D. F. PACHECO, *O princípio da ...*, *op. cit.*, p. 176.

¹³⁹¹ Cf. P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 203.

¹³⁹² Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, *op. cit.*, p. 67.

¹³⁹³ Cf. A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 347-348.

¹³⁹⁴ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 29 (tradução livre).

¹³⁹⁵ *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 32-33.

¹³⁹⁶ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 30-32. Neste ponto, ressalta-se a proposta de Luigi Ferrajoli. A “contradição nos termos que é uma prisão sem sentença definitiva” para ao autor, deve ser suprimida, ao menos no primeiro grau de jurisdição. A necessidade em se abolir a prisão provisória decorre, além da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, de uma “necessidade processual”. A manutenção do imputado no cárcere prejudica o exercício da defesa e abala a paridade de armas no processo penal. Neste sentido, “a única necessidade processual que pode justificar uma coação momentânea – a não deterioração das provas antes do primeiro interrogatório – é ao menos em grande extensão satisfeita pela

Nesta esteira, é evidente que o sistema de garantias processuais penais e a regulamentação de seus institutos encontram-se condicionados pela estrutura política estatal. A predominância que se reconheça a um dos extremos no confronto entre o princípio instrumental punitivo e o princípio instrumental garantista, valendo-se da terminologia de Denilson Feitoza Pacheco, comporta-se como importante instrumento a revelar os valores e as escolhas políticas em um dado contexto histórico e social.¹³⁹⁷

Como observa Odone Sanguiné, “a ideologia política que subjaz em um determinado ordenamento jurídico se reflete na prisão provisória mais que em nenhuma outra instituição jurídica, mais inclusive que a própria pena”. Neste sentido, a busca do equilíbrio entre a dimensão social e a dimensão individual oscila, nos termos do autor, entre uma ideologia de ordem e de segurança e uma ideologia de liberdade e de tutela aos direitos individuais.¹³⁹⁸

Neste sentido, em uma vertente autoritária do Estado, a que corresponde um modelo processual penal predominantemente orientado aos interesses da nação, o sistema de direitos e de garantias individuais tem sua atuação minimizada em face de um processo penal de tendência notoriamente inquisitiva. Neste esquema, a privação de liberdade a título provisório desponta como eficaz e essencial instrumento de defesa social, sendo-lhe destinados fins próprios de uma pena. O direito à liberdade e a tutela dos demais direitos individuais são limitados em homenagem à proteção da sociedade como o objetivo maior, o que revela a concepção fundamental deste processo, orientada sempre à prevalência dos interesses estatais.¹³⁹⁹

condução coercitiva do imputado à frente do juiz de modo a permitir a constatação do fato e a realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores”. Como destaca o autor, houve uma inversão de valores, na medida em que “a infalibilidade e a presteza da pena desejadas por Beccaria e por Bentham foram substituídas pela imediação e pela infalibilidade da prisão preventiva”. No sistema proposto de inversão do procedimento, o correto seria que o interrogatório do acusado e a sua condução a juízo coincidissem com o primeiro julgamento. Ao menos, quando fosse imprescindível eventual restrição à liberdade, esta deveria ser reduzida ao mínimo intervalo (*Direito e razão ...*, *op. cit.*, p. 515-516).

¹³⁹⁷ Neste sentido, J. DE F. DIAS, *Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974, p. 58-72; A. LOPES JÚNIOR, *Introdução crítica ao ...*, *op. cit.*, p. 160-162; A. S. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 15-16.

¹³⁹⁸ *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁹⁹ Cf. J. DE F. DIAS, *Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974, p. 61-62. A estrutura processual penal descrita - comumente designada por processo inquisitório - representou uma guinada na caracterização do processo judicial. Como observa Aury Lopes Júnior, “O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e ao acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz acusador e o acusado perde a

Em outro extremo de concepções políticas e de estrutura processual penal, o Estado Social e Democrático de Direito coincide com a conscientização do processo penal como garantia do correto exercício da jurisdição e da observância dos direitos fundamentais, o que determina o caráter paritário da relação jurídica processual. Em seu modelo processual penal, busca-se o desenrolar da controvérsia entre o *ius puniendi* do Estado e o *ius libertatis* do indivíduo em termos de igualdade, sob a premissa do acusado como verdadeiro sujeito processual.¹⁴⁰⁰⁻¹⁴⁰¹

Em sentido contrário a uma ideologia de ordem, a excepcionalidade da prisão provisória é o princípio reitor deste sistema, e a solução da contrariedade entre interesses estatais e interesses individuais é reconduzida à justa ponderação dos valores em colisão à luz da proporcionalidade. Neste sentido, o controle da proporcionalidade desponta como “(...) a peça chave na regulação da prisão provisória, como a medida que equilibra a necessidade de manter e de respeitar a ordem social e o direito à liberdade”.¹⁴⁰² Em ordenamento jurídico democrático e em um Estado de Direito o recurso à prisão provisória e às medidas restritivas a direitos individuais busca o equilíbrio possível entre os interesses em jogo, na medida em que a solução perfeita para a conciliação entre a

condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação” (*Introdução crítica ao ..., op. cit.*, p. 167). Neste sentido, Jorge Figueiredo Dias anota que, em uma concepção autoritária do Estado, “(...) o processo penal é então dominado, exclusivamente, pelo *interesse do Estado*, que não concede ao interesse das pessoas nenhuma consideração autônoma e, ligado a uma liberdade inteiramente discricionária do julgador (embora exercida sempre em favor do poder oficial), constitui o único vector processualmente relevante. O argüido, por seu turno, é visto não como sujeito co-actuante no processo, mas como mero objeto de inquisição, como algo que é afeito ao processo mas que nele não participa ativamente (...)” (*Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974, p. 61).

¹⁴⁰⁰ Cf. J. DE F. DIAS, *Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974, p. 64-65. A dupla dimensão garantista do processo penal é examinada por Antônio Magalhães Gomes Filho. Como destaca o autor, o processo analisado sob a óptica do exercício do poder emerge como instrumento para assegurar o correto exercício da função jurisdicional. Por outro lado, o processo encarado sob a óptica de tutela dos direitos individuais revela-se como a estrutura necessária para a proteção efetiva destes direitos, bem como para a promoção do indivíduo como sujeito atuante e participativo das decisões estatais. (*Motivação das decisões penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 26-30).

¹⁴⁰¹ A estrutura processual correspondente ao Estado Liberal de Direito é identificada por processo acusatório, sendo os seus delineamentos básicos, nas palavras de Aury Lopes Júnior: “a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição”. (*Introdução crítica ao ..., op. cit.*, p. 164).

¹⁴⁰² Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ..., op. cit.*, p. 33-35 (tradução livre).

liberdade individual e as exigências de segurança social não se vislumbra em qualquer sistema.¹⁴⁰³

Este equilíbrio, portanto, se reflete na disciplina legal da prisão provisória em um dado ordenamento jurídico. Não somente a prisão provisória, mas também o tratamento dispensado pelo legislador aos questionamentos centrais em âmbito processual penal constitui a perspectiva fundamental para compreender a ênfase concedida aos direitos fundamentais em uma determinada sociedade e revelam o grau de maturidade e de civilidade alcançado pela consciência jurídica.¹⁴⁰⁴

Em última análise, discute-se uma colisão entre princípios, estabelecendo-se entre eles uma relação condicionada de precedência à luz das circunstâncias concretas.¹⁴⁰⁵ Já foi dito que a proporcionalidade em sentido estrito é um juízo valorativo e é este justamente o motivo: neste momento, a medida considerada idônea e necessária chega ao controle da ponderação, em que não a intervenção estatal em si será objeto de controle, mas os princípios que a embasam e os direitos fundamentais a que se dirige é que serão colocados nos extremos desse sopesamento.¹⁴⁰⁶

Em um Estado Democrático de Direito, a primazia é reconhecida à liberdade individual em virtude da consagração da presunção de inocência, cedendo o interesse estatal à segurança coletiva e à manutenção da ordem social em favor dos direitos e das garantias individuais. Neste sentido, o Estado há de buscar a efetivação da persecução penal observando os limites da liberdade individual, de modo que as deficiências na administração da justiça não podem ser simplesmente atribuídas ao imputado.¹⁴⁰⁷

¹⁴⁰³ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 34 (tradução livre). Neste sentido, M. T. WEDY, *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 110.

¹⁴⁰⁴ Neste sentido, J. GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso*, vol. II, 2.^a ed., 1961, p. 109-110.

¹⁴⁰⁵ Como mencionado anteriormente (item 1.4.1. do Capítulo 1), os princípios, ao contrário das regras, apresentam a dimensão de peso ou de importância, e o confronto entre ambos não resulta na invalidade de um deles, mas na sua precedência no caso concreto. Isto quer dizer que mesmo após a ponderação e a solução do conflito entre a liberdade pessoal, os direitos individuais e a presunção de inocência, de um lado, e a segurança pública e a ordem social, de outro, todos os princípios continuam tão válidos como antes. Justamente por este motivo, fala-se na proporcionalidade em sentido estrito como um juízo valorativo.

¹⁴⁰⁶ Com relação aos critérios que determinam o peso ou a dimensão atribuída a um princípio, C. B. PULIDO, *El principio de proporcionalidad ...*, op. cit., p. 764-765.

¹⁴⁰⁷ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 35. (tradução livre) Como observa este autor, em face do grau de proteção conferido à liberdade, as intervenções estatais neste campo se encontram muito restritas: “así, tratándose de la libertad de la persona, el margen de configuración del legislador se ve muy restringido debiendo ceñirse a la concretización de aquellos intereses públicos jurídico-constitucionalmente

Ademais, em face da dupla dimensão dos direitos fundamentais, as intervenções à liberdade e à presunção de inocência interessam, de igual modo, à coletividade.¹⁴⁰⁸ Nesta esteira, a colisão entre direito à liberdade e o direito à presunção de inocência, em um lado, e a persecução penal dos delitos e a manutenção da ordem social, de outro, deve-se solucionar em termos de justa ponderação, a fim de que nenhum desses interesses reste desprotegido ou excessivamente afetado. Em um Estado de Direito, segurança e liberdade encontram-se em correlação, de sorte que não “(...) é possível proteger a segurança às custas da liberdade sem que padeça a segurança em si mesma”.¹⁴⁰⁹

Além disso, a circunstância de ser a prisão provisória a máxima ingerência estatal na liberdade pessoal implica, ainda, outra gama de interesses que devem ser considerados por ocasião desta ponderação. Neste momento, dá-se relevância a outros direitos individuais distintos da liberdade e mediatamente limitados por essa intervenção estatal, assim como há de se considerar as consequências nefastas acarretadas às condições físicas e psíquicas do indivíduo, aos seus vínculos familiares, sociais e profissionais, à sua postura em face da sociedade e à sua dignidade por ocasião das medidas restritivas adotadas em âmbito processual penal.¹⁴¹⁰

Encontra-se, desta forma, no discurso de legitimação da prisão provisória e na técnica de ponderação de interesses envoltos nesta que é “(...) uma das instituições mais polêmicas do sistema penal”, uma abertura para inserir os “efeitos perversos” desta restrição, isto é, as suas “funções latentes negativas efetivamente cumpridas, que, todavia,

plasmados: *las necesidades de persecución penal y la protección de la sociedad respecto de enfermos mentales perigosos*. De este modo, el legislador está estrechamente vinculado a la *prohibición de exceso*, en el sentido de que una medida no puede justificarse con otro objetivo legislativo que le plasmado en la Constitución, y siempre que quede salvaguardado el contenido esencial del derecho fundamental” (*Op. cit.*, p. 654-655).

¹⁴⁰⁸ Neste sentido, a observação de Luigi Ferrajoli, ao criticar o argumento corrente de que a tutela à presunção de inocência conduz à impunidade, alertando para a faceta de garantia da sociedade que se encontra na presunção de inocência: “(...) si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias – la presunción de inocencia no es sólo una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa ‘seguridad’ específica ofrecida por lo estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia, y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo” (*Derecho y razón ...*, *op. cit.*, p. 549).

¹⁴⁰⁹ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 36. (tradução livre). Neste sentido, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón ...*, *op. cit.*, p. 549.

¹⁴¹⁰ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, *op. cit.*, p. 274. A incidência da prisão provisória projeta seus efeitos sobre outros direitos individuais, não se limitando à privação da liberdade. Como observa Odone Sanguiné, a prisão provisória afeta não somente a liberdade e a presunção de inocência, mas também o direito à igualdade, à vida, à integridade física e moral, à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem (*Efeitos perversos da prisão cautelar*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 86, set.-out./2010, p. 291-292).

ficam de fora da teoria de legitimação da prisão provisória”, como critica Odone Sanguiné.¹⁴¹¹ Neste sentido, o isolamento institucional do cárcere, o risco de contágio criminal, a ausência de projetos construtivos com o preso provisório e o estigma social derivado da estada no cárcere devem ingressar na ponderação de interesses.

Desta forma, em termos de disciplina normativa da prisão provisória, a prevalência dos direitos fundamentais reserva à prisão e às demais medidas restritivas de caráter pessoal uma atuação excepcional. A eficiência e a celeridade na administração da justiça penal não podem se resolver com o recurso constante a sacrifícios à liberdade pessoal.¹⁴¹²

Os limites reconhecidos à prisão e às demais medidas restritivas são estreitos e vinculados a uma finalidade estritamente processual. Neste sentido, é inadmissível reconhecer à prisão provisória os fins de prevenção especial e de prevenção geral próprios de uma pena. A natureza cautelar que se deve imprimir a estes institutos é absolutamente incompatível com a ideia de prevenção especial e de exemplaridade que se queira atribuir à prisão provisória.¹⁴¹³

Nesta esteira, as medidas restritivas aos direitos individuais adotadas no curso da persecução penal também não devem se prestar a uma função policialesca. Em um Estado de Direito Democrático, o embasamento constitucional dos direitos individuais e o reconhecimento da presunção de inocência reservam à prisão provisória o caráter de instrumento necessário à atuação eficiente da persecução penal, não se destinando a um exercício de medida de polícia ou de segurança pública.¹⁴¹⁴

6.8.3. MEDIDAS RESTRITIVAS DE CARÁTER PESSOAL NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL: A NATUREZA CAUTELAR DESTAS RESTRIÇÕES

¹⁴¹¹ *Efeitos perversos da ...*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *op. cit.*, p. 290, 294-295.

¹⁴¹² Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 36; A. VILELA, *Considerações acerca da ...*, *op. cit.*, p. 96-100; V. G. SENDRA, V. M. CATENA, V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, *op. cit.*, p. 288. M. T. WEDY, *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 108-109.

¹⁴¹³ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 37; A. VILELA, *Considerações acerca da ...*, *op. cit.*, p. 100-104; F. CORDERO, *Procedura penale*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 456-457; V. G. SENDRA, V. M. CATENA, V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, *op. cit.*, p. 288-289; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón ...*, *op. cit.*, p. 553; R. L. TUCCI, *Direitos e garantias ...*, *op. cit.*, p. 385.

¹⁴¹⁴ Neste sentido, O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 37; W. HASSEMER, *Crítica al derecho ...*, *op. cit.*, p. 119.

Em um Estado de Direito Democrático, retomando o pensamento já exarado, as restrições à liberdade e aos demais direitos individuais devem receber um rigoroso controle. Qualquer intervenção no âmbito de proteção destes direitos há de se encontrar justificada se exercer um caráter cautelar ou decorrer de uma decisão condenatória alcançada no seio de um devido processo penal. O reconhecimento da presunção de inocência tem por decorrência a possibilidade de se adotarem medidas restritivas aos direitos individuais na medida do estritamente necessário aos fins processuais e desde que sob o título indiscutivelmente cautelar.¹⁴¹⁵

A força normativa da presunção de inocência, de assento constitucional, não obsta a incidência de restrições à liberdade pessoal ou a direitos individuais no curso da persecução. Como ressalta Maurício Zanoide de Moares, o direito constitucional da presunção de inocência apenas determina o controle destas restrições à luz da proporcionalidade, de modo a que as intervenções aos direitos individuais de índole fundamental tenham a sua elaboração, a sua interpretação e a sua aplicação em consonância com o sistema constitucional de direitos e de garantias individuais.¹⁴¹⁶

Em outros termos, a força cogente e a tendência expansiva da presunção de inocência, vinculada em sua evolução histórica ao princípio do *favor rei*, refletem as exigências de proporcionalidade e de justificação constitucional na disciplina e na incidência destas intervenções. Ora, as medidas restritivas aos direitos individuais como redução ao âmbito de proteção destes direitos de índole fundamental devem observar os ditames da excepcionalidade e da brevidade, somente se mostrando admissíveis se estritamente necessárias e sempre zelando pela menor ingerência possível.¹⁴¹⁷

Neste sentido, admite-se a prisão provisória como medida restritiva de caráter pessoal no curso do processo penal, desde que esta providência ostente um caráter nitidamente cautelar. A intervenção à liberdade da pessoa representada pelo encarceramento provisório representa a máxima ingerência estatal no âmbito de proteção

¹⁴¹⁵ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 85-88.

¹⁴¹⁶ Op. cit., p. 370-371.

¹⁴¹⁷ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 370-371.

deste direito e deve, nesta esteira, ostentar um título cautelar que atribua a esta intervenção justificação constitucional à luz da presunção de inocência.¹⁴¹⁸

Desta forma, a prisão provisória de natureza cautelar deve orientar-se ao resguardo dos fins da atividade de persecução penal do Estado e à efetividade de seu resultado, sendo inadmissível a vinculação de fins diversos a este instituto, sob pena de transmutá-lo de instrumento a serviço da eficiência processual em antecipação de pena.¹⁴¹⁹

Em um Estado Democrático de Direito e em um sistema processual comprometido com o reconhecimento da presunção de inocência, a prisão provisória deve ter seus fins restritos a funções estritamente cautelares, devendo-se restar excluídos os demais escopos associados à exemplaridade, à comoção social, à imediata atuação da justiça e à prevenção especial.¹⁴²⁰ Ora, “a prisão preventiva é a privação de liberdade frente a um inocente” e este conceito de Winfried Hassemer deve orientar as finalidades que se atribuem ao instituto.¹⁴²¹ Nesta esteira, a legitimidade em se intervir na liberdade de uma pessoa e destiná-la ao cárcere – com todos os efeitos deletérios daí decorrentes – sem um título condenatório definitivo a habilitar tão extrema ingerência estatal é algo que se alcança com um complexo exercício de ponderação e reservando à prisão uma exclusiva finalidade cautelar.

¹⁴¹⁸ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 37, 85-88; A. VILELA, *Considerações acerca da...*, op. cit., p. 100-104; F. CORDERO, *Procedura penale*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 456-457; V. G. SENDRA, V. M. CATENA, V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 288-289; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón ...*, op. cit., p. 553.

¹⁴¹⁹ Como observa Winfried Hassemer, a prisão preventiva deve ser admissível como um “sacrifício especial”: “Dado que esta pérdida de la libertad, así entendida, es condición de la posibilidad de un procedimiento en interés jurídico, puede ser calificada de ‘sacrificio especial’ (*Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 116). Este pensamento corresponde a uma corrente processualista, como denominada por Maurício Zanoide de Moraes. Como anota o autor, para os defensores desta corrente: “(...) a existência da presunção de inocência impede, de forma absoluta, qualquer espécie de prisão por razões materiais, leia-se: fundada na “ordem pública” ou qualquer outra expressão que traduza esta ideia. Afirma essa doutrina, doravante denominada processualista, que a prisão nestes termos materiais é antecipação de pena e que, assentado aquele princípio em nível constitucional, não seria possível qualquer forma de prisão com fundamento material (p.ex., ordem pública) no curso da persecução. Para confirmar suas posturas, os doutrinadores dessa linha argumentativa trazem a ideia de cautelaridade que, no direito processual, só poderá ter como finalidade assegurar a regular realização da persecução e, também, seu resultado. Por essa perspectiva da cautelaridade, aceita-se que a prisão só ocorra no curso da persecução se houver, e apenas se houver, razões processuais para a medida” (*Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 382-383).

¹⁴²⁰ Cf. A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 65-69; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 85-88; A. VILELA, *Considerações acerca da ...*, op. cit., p. 100-104; F. CORDERO, *Procedura penale*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 456-457; V. G. SENDRA, V. M. CATENA, V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 288-289; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 553; F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas alternativas e ...*, op. cit., p. 277; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 18-19.

¹⁴²¹ *Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 117; *Prisão preventiva e direitos e garantias individuais*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 33.

Em decorrência, a prisão provisória deve constituir-se como uma cautela de caráter instrumental e final, justamente em virtude do fato de sua legitimidade encontrar-se associada exclusivamente a estes interesses assecuratórios. Como medida cautelar, a prisão deve ser encarada, antes de tudo, como um instrumento orientado a possibilitar o desenvolvimento da instrução criminal e à efetivação de eventuais consequências penais impostas. Em hipótese alguma, pode-se atribuir a prisão provisória os escopos próprios de uma pena; a persecução de finalidades associadas à prevenção geral ou à prevenção especial condiciona-se ao reconhecimento da culpabilidade em sede de um devido processo legal, e por isto deve ser apartada da prisão provisória.¹⁴²²

Ademais, o controle de proporcionalidade sobre esta intervenção estatal revela como indispensável que se reserve à prisão provisória o caráter de *ultima ratio*. Nesta esteira, torna-se essencial a previsão normativa de um rol amplo de medidas cautelares diversas da prisão, que representem intervenções menos invasivas e menos gravosas aos direitos individuais.¹⁴²³ A busca por alternativas menos lesivas à liberdade pessoal mostra-se exigência da proporcionalidade, mas, além disto, compromete-se com o valor da dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o Direito.¹⁴²⁴

De modo semelhante, a estas medidas deve ser reservado um caráter essencialmente cautelar: as suas finalidades devem traduzir a ideia de instrumentalidade, de acessoriedade e de excepcionalidade a orientar a atuação da tutela cautelar. Em que pese tratar-se de intervenções menos invasivas, as medidas cautelares diversas da prisão constituem, igualmente, ingerências à liberdade ou a outros direitos individuais, de modo que a sua incidência há de observar a presença dos pressupostos cautelares, sob pena de desvirtuamento da natureza e dos fins do instituto.

Em face destas considerações, torna-se necessário destacar as finalidades de caráter não cautelar ou, para alguns autores, os motivos de ordem material que

¹⁴²² Cf. W. HASSEMER, *Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 119; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 18-19, 33-34.

¹⁴²³ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 379-380.

¹⁴²⁴ Cf. A. LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal ...*, op. cit., p. 68; O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 33 e 658.

distanciam a prisão provisória da imprescindível feição instrumental que deve apresentar para se mostrar compatível à presunção de inocência.¹⁴²⁵

6.8.4. FINALIDADES NÃO CAUTELARES ATRIBUÍDAS À PRISÃO PROVISÓRIA

Há, portanto, um confronto lógico e insuperável entre a necessidade da prisão provisória ou de qualquer outra medida restritiva e a presunção de inocência, como norma de tratamento do imputado, como observa Maurício Zanoide de Moraes, não se encontrando algum ordenamento jurídico que superasse a questão em termos satisfatórios.¹⁴²⁶ Neste sentido, há de se verificar as finalidades atribuídas pelo legislador e reconhecidas pela doutrina ao instituto da prisão provisória, que não se mostram compatíveis com o princípio da presunção de inocência assentado na ordem constitucional.

6.8.4.1. PRISÃO PROVISÓRIA COM FINALIDADE DE PREVENÇÃO GERAL

A finalidade de prevenção geral encontra-se associada à prisão provisória com certa frequência nos ordenamentos jurídicos e no discurso empregado pela doutrina ao tratar deste instituto. O conteúdo deste objetivo de prevenção geral deve ser buscado entre as finalidades da pena, o que demonstra o caráter substancial deste fim e sua total incompatibilidade com a essência cautelar que deve estar presente na prisão provisória.

De fato, à pena como instituição social, resultado do estágio cultural de um povo e da estrutura política a que se encontra submetida, são reconhecidos limites e atribuídas finalidades.¹⁴²⁷ Já superados os entendimentos estritamente retributivos da sanção punitiva, as teorias relativas da pena renovaram este instituto a partir de finalidades

¹⁴²⁵ Neste sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho destaca que o reconhecimento da presunção de inocência não admite espécies de encarceramento “(...) ordenadas como antecipação da punição”. As prisões de natureza provisória encontram justificação apenas, segundo o autor, “(...) na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual” (*Op. cit.*, p. 65).

¹⁴²⁶ *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 385.

¹⁴²⁷ Cf. S. S. SHECAIRA e A. CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 128-129. Em um Estado Democrático de Direito, as sanções penais encontram limites no reconhecimento de direitos e de garantias individuais e na dignidade da pessoa humana. Os limites estabelecidos às sanções penais destinam-se tanto ao legislador, como à autoridade jurisdicional que individualiza a pena ou a medida de segurança.

essencialmente preventivas. Entende-se, atualmente, que a pena justifica-se por seus efeitos de prevenção geral e de prevenção especial.¹⁴²⁸

Como observa Luiz Regis Prado, a finalidade de prevenção geral encontra o fundamento da pena na ideia de exemplaridade, de intimidação social, reconhecendo-a como instrumento de uma “função pedagógica ou formativa” desempenhada pelo ordenamento jurídico penal ao editar as suas leis.¹⁴²⁹ Este seria o fundamento a legitimar a imposição das penas: o de renovar a crença social na administração e na eficiência da Justiça, bem como o de recuperar a consciência coletiva de convicção da danosidade social do delito e do juízo de reprovação orientado aos seus autores.

Este caráter de defesa social e de intimidação psicológica associado à ideia de prevenção geral é constantemente redirecionado da prisão como pena para a prisão provisória.¹⁴³⁰ Em um Estado Democrático de Direito, assentado no reconhecimento constitucional da presunção de inocência, com frequência vale-se do cárcere provisório com a finalidade de acalmar os ânimos sociais e desestimular os possíveis infratores da lei penal, o que se revela de todo modo incompatível. As vertentes da prevenção geral, em sentido positivo e negativo, são transportadas para a prisão que deveria ostentar fins estritamente processuais.¹⁴³¹

Em grande medida, esta concepção substancial – derivada da prevenção geral da pena – que se imprime à prisão de natureza provisória deve-se ao incremento da criminalidade, bem como à ideia sempre presente na evolução do pensamento penal de que

¹⁴²⁸ Cf. S. S. SHECAIRA e A. CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 131; J. B. RAMÍREZ, *A pena e suas teorias*, in *Fascículos de Ciências Criminais*, vol. V, n.º 3, 1992, p. 94-95; L. R. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, vol. I, 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 443-444.

¹⁴²⁹ Cf. L. R. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, vol. I, 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 444.

¹⁴³⁰ Cf. L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴³¹ Neste sentido, Alejandro A. Abal Oliú destaca que a teoria que indica como finalidade da prisão preventiva a intimidação ao imputado, para que não volte a delinquir, e o caráter de exemplo para terceiros. O autor conclui que esta finalidade se mostra incompatível com a ordem constitucional: “sin embargo esta es precisamente la finalidad de la pena. En efecto, la finalidad de la pena es tratar de reeducar e intimidar al reo (prevención especial) para que no cometa más delitos, como asimismo intimidar con el ejemplo al resto de los habitantes del país (prevención general). En consecuencia se está violando directamente la prohibición del art. 12 de la Constitución” (*Medidas cautelares sobre la libertad del imputado*, Montevideo, Jurídicas, 1977, p. 105).

“o efeito preventivo antes reside na certeza e rapidez da aplicação da pena”.¹⁴³² O discurso de recrudescimento legislativo que domina os debates em torno da prisão provisória e de suas finalidades insere-se em um cenário social marcado por uma intensa criminalidade, que demanda uma resposta imediata e contundente, que propicie um sentimento de restauração da segurança e de império da ordem jurídica. Justamente, esta realidade social permeada por um incremento da violência, o que se torna responsável por um sentimento generalizado de pânico e insegurança coletivas, é o que transforma a prisão preventiva em um mecanismo de justiça sumária e prematura.¹⁴³³

É indiscutível que a finalidade de prevenção geral reconhecida à prisão provisória aproxima-a de uma medida de segurança pública, e transmuda a feição do Estado Democrático de Direito para a de um Estado policial.¹⁴³⁴ Há, no entanto, entendimento no sentido de que este objetivo notoriamente substancial deve ser reconhecido como uma finalidade legítima da prisão provisória, colocando-se, na verdade, como um dos escopos mais importantes do instituto. Este, justamente, o pensamento de Carlos Umberto Del Pozzo, que assenta como essenciais à prisão preventiva “(...) o escopo substancial (intimidativo e exemplar)”, o “escopo de tutela da ordem social e do próprio imputado” e o “escopo de defesa social”.¹⁴³⁵

Nos termos do autor, a medida de extrema gravidade representada pela prisão preventiva não deve vir justificada tão somente pela ideia de cautela de um resultado eventual do processo; este escopo, de modo isolado, “(...) não basta para balancear o custo da medida, em um ordenamento que também garante solenemente a inviolabilidade dos

¹⁴³² Cf. J. B. RAMÍREZ, *A pena e suas teorias*, in *Fascículos de Ciências Criminais*, vol. V, n.º 3, 1992, p. 98. Nesta esteira, Carlos Umberto Del Pozzo, ao associar a função de intimidação da pena ao mecanismo da prisão preventiva, destaca que: “Ora, è notissimo che l’esemplarità della sanzione è in funzione diretta della celerità con cui la stessa venga applicata. Il delinquente non occasionale (e quindi il più pericoloso) valuta esattamente il rischio d’ogni sua impresa; e considera una minore pena inflitta immediatamente come un rischio di gran lunga maggiore di una pena più grave, ma inflitta al termine di un lungo iter processuale” (*La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, Unione, 1962, p. 75).

¹⁴³³ Neste sentido, Winfried Hassemer destaca que os fins da prisão preventiva somente podem estar associados ao resguardo do procedimento e da execução: “quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico” (*Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 119). Ainda, O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor ...*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, op. cit., p. 267; M. T. WEDY, *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 163; L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 28.

¹⁴³⁴ Neste sentido, O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 37; W. HASSEMER, *Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 119.

¹⁴³⁵ *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, Unione, 1962, p. 81-82 (tradução livre)

direitos fundamentais”. Desta forma, a justificativa do alto custo da prisão provisória repousa, consoante o seu entendimento, “nas funções atinentes às fundamentais exigências de defesa da sociedade”, o que se alcança através da antecipação de efeitos substanciais e, inclusive psicológicos e sociais, associados à própria pena privativa de liberdade.¹⁴³⁶

Como destacado ao início, a finalidade de prevenção geral, em sua face de intimidação e de exemplaridade social, bem como de tutela da consciência social da norma, não corresponde ao caráter instrumental de que se revestem as medidas cautelares, entre as quais se situa a prisão provisória. Os escopos substanciais da pena encontram-se assentados em um reconhecimento da culpabilidade, que, em um Estado Democrático de Direito, somente advém após a realização do devido processo legal, em que se assegurem garantias e direitos indissociáveis de um sistema processual penal acusatório. A admissão destes escopos importa, em última análise, em identificar o imputado presumidamente inocente àquele que teve afirmada a sua culpabilidade, e transforma a prisão provisória em uma autêntica pena antecipada.¹⁴³⁷

6.8.4.2. PRISÃO PROVISÓRIA COM FINALIDADE DE PREVENÇÃO ESPECIAL

A prisão provisória com finalidades de prevenção especial, na esteira das considerações traçadas a respeito da prisão por fins de prevenção geral, também se revela incompatível com a presunção de inocência, por estender a instrumento estritamente processual objetivos associados à pena. Justamente por isto, a imposição de uma prisão em caráter provisório que atenda unicamente a estes escopos revela-se uma intervenção ilegítima ao direito de liberdade pessoal e à presunção de inocência, posto que ausente a sua proporcionalidade por violação à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.

Os “fundamentos apócrifos” da prisão preventiva, como observou Winfried Hassemer ao tratar do fundamento do risco de reiteração da conduta delitiva,

¹⁴³⁶ Cf. C. U. DEL POZZO, *La libertà personale nel proceso penale italiano*, Torino, Unione, 1962, p. 81. (tradução livre).

¹⁴³⁷ Neste sentido, W. HASSEMER, *Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 118; O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor ...*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, op. cit., p. 258-259; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón ...*, op. cit., p. 553; V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 288.

revelam que este mecanismo, em certas ocasiões, é indevidamente orientado a finalidades de prevenção especial próprias da pena privativa de liberdade.¹⁴³⁸

Com efeito, as teorias relativas da pena assentaram novos fins a este instituto, colocando-a como um instrumento para alcançar a intimidação do condenado, a sua “neutralização pela prisão”, bem como a sua reintegração social.¹⁴³⁹ Neste sentido, a privação de liberdade imposta como sanção punitiva ao término de um devido processo legal cumpre objetivos relacionados à reincidência, atuando para evitar que o condenado volte a delinquir no futuro. Por este motivo, buscar através da prisão provisória um mecanismo para evitar o cometimento de novos delitos representa a transposição indevida de uma finalidade da pena para uma medida de caráter instrumental, que deve se encontrar restrita aos escopos processuais.¹⁴⁴⁰

Ademais, o recurso à prisão provisória com o objetivo de evitar o cometimento de novos delitos assenta-se em uma presunção de periculosidade incompatível com o sistema jurídico atual, por apresentar resquícios próprios de um Direito Penal do autor.¹⁴⁴¹ Em seu fundamento, como observa Antonio Magalhães Gomes

¹⁴³⁸ Neste sentido, observa Winfried Hassemer: “Por lo menos ya desde comienzos de los años sesenta se sabe que existen ‘fundamentos apócrifos de la prisión’, cuando se argumentó en favor de la sanción del peligro de reiteración que en la práctica éste era el fundamento de la detención, aun sin base legal, ubicándose, apócrifamente, en el peligro de fuga. Nada se sabe con precisión acerca de la medida y distribución de los fundamentos apócrifos de la prisión, las dificultades metódicas para su registro son enormes” (*Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 111-112).

¹⁴³⁹ Cf. S. S. SHECAIRA e A. CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 133.

¹⁴⁴⁰ Neste sentido, entendendo ser indevida a atribuição deste fim de prevenção especial à prisão preventiva, A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 67-68; O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor ...*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, op. cit., p. 258-259; W. HASSEMER, *Crítica al derecho ...*, op. cit., p. 118; A. A. A. OLIÚ, *Medidas cautelares sobre la libertad del imputado*, Montevideo, Jurídicas, 1977, p. 105; V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 288. Giuliano Amato apresenta os três escopos tradicionalmente associados à prisão preventiva: assegurar a instrução probatória do processo; resguardar a efetivação de eventual pena; e a finalidade de defesa social, isto é, “(...) evitare cioè che l’imputato commetta altri reati o ne sia vittima, nonchè placare l’eventuale ira nei suoi confronti”. O autor estabelece entre estes fins uma graduação, tendo por critério a identificação entre imputado e culpado. Neste sentido, conclui que: “tale identificazione è massima nell’ultima ipotesi, la quale configura la custodia preventiva, o come un trattamento reativo del tutto assimilabile ad un’esecuzione provvisoria (l’imputato è già colpevole, secondo l’opinione pubblica che si vuol placare), o come una misura cautelare che pressuppone però la certa attribuzione all’imputato del reato già commesso (impedendogli di commetterne ‘altri’) (*Individuo e autorità...*, op. cit., p. 376).

¹⁴⁴¹ Com efeito, a imposição de prisões com finalidades de ordem material redunda, invariavelmente, em juízos subjetivos e preconceituosos. Nestas hipóteses, a decretação da prisão não se conecta a aspectos objetivos ligados ao fato delituoso, mas prende-se às características pessoais do imputado. Maurício Zanoide de Moraes, ao propor critérios para a interpretação da garantia da ordem pública, com o fim de possibilitar a prisão provisória por razões materiais em hipóteses excepcionais, destaca que: “o legislador, atento aos padrões constitucionais, não pode permitir a abertura de espaços para o retorno às teorias sociopolíticas de marginalização (política, religiosa, social, racial, econômica etc.) e do uso processual penal para legitimar

Filho, encontra-se um juízo positivo acerca da responsabilidade do imputado pelo crime de que está sendo acusado, ao que se associa um juízo de periculosidade, registrado no temor de que este imputado venha a cometer novos delitos além deste, “cuja existência e autoria são dadas desde logo como certas”, em evidente ofensa à presunção de inocência.¹⁴⁴²

A prevenção à prática de novos delitos, ínsita à ideia de prevenção especial, converte a prisão provisória em uma autêntica medida de segurança e imprime ao sistema processual penal um caráter de sistema preventivo.¹⁴⁴³ Não há como se estabelecer este prognóstico de reincidência sem que se renda a um juízo subjetivo, impreciso e, muitas vezes, preconceituoso. Desta forma, esta finalidade que alguns autores reconhecem como inerente à prisão provisória culmina, na verdade, em uma dupla afronta à presunção de inocência, seja por afirmar a culpabilidade do imputado com relação ao crime objeto da persecução penal, seja por presumir a sua reiteração por meio de outros crimes.¹⁴⁴⁴

6.8.4.3. PRISÃO PROVISÓRIA COM FINALIDADE DE ATENDER AO CLAMOR PÚBLICO

As considerações acerca da contrariedade entre a prisão provisória com finalidades substanciais e a presunção de inocência fazem-se pertinentes ao se analisar a prisão provisória decretada sob o fundamento do clamor público.

Em termos doutrinários, identifica-se o clamor público com o sentimento de indignação coletiva, de comoção social em virtude do cometimento de um crime em circunstâncias tais motivadoras desta repercussão. Em termos jurisprudenciais, o conceito tem assumido inúmeros significados, sendo comumente associado à finalidade de

instituições e ideias repressivas, historicamente próximas ao sistema criminal (penal e processual penal)” (*Presunção de inocência* ..., *op. cit.*, p. 392-393).

¹⁴⁴² *Presunção de inocência* ..., *op. cit.*, p. 68.

¹⁴⁴³ Neste sentido, quanto ao caráter de medida de segurança da prisão provisória: A. M. GOMES FILHO, *Op. cit.*, p. 68. Ainda, Franco Cordero, ao analisar a artigo 274 do Código de Processo Penal italiano, critica esta utilização da prisão provisória assentada em um juízo de periculosidade do agente e destaca a sua feição de medida de segurança neste caso: “(...) negando la libertà provvisoria ai socialmente pericolosi. L’analisi prognostica cade sui dati obiettivi, attinenti al fatto, o sulla ‘personalità dell’imputato’: il ‘concreto pericolo’ qui è che tenti o consumi ‘gravi delitti’, mediante armi o altra ‘violenza personale’; ovvero delinqua ‘contro l’ordine costituzionale’ o nella ‘criminalità organizzata’; o, infine, essendo imputato del delitto *x* (‘grave, è sottinteso) ne commetta ‘della stessa specie’. L’intervento cautelare diventa misura di sicurezza. Metamorfosi poco felice: la tutela degli interessi collettivi esige rimedi ad hoc; gli ibridi costano più di quanto rendano. (...)” (*Procedura penale*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 457). Com relação à transformação do sistema criminal, que deve ser centrado na punição, em um sistema centrado na prevenção, L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e* ..., *op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁴⁴ Cf. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón* ..., *op. cit.*, p. 554; V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho* ..., *op. cit.*, p. 288; R. DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de prisão* ..., *op. cit.*, p. 179.

restabelecer a ordem social e a confiança nas instituições sociais abaladas com o cometimento de um crime, à “preservação da credibilidade do Estado e da Justiça”, à “satisfação da opinião pública”, à “proteção da paz pública”, à “inquietação social” e à “gravidade do crime”.¹⁴⁴⁵

A atuação do clamor público como embasamento tão recorrente nas prisões de natureza cautelar não pode ser compreendida de modo dissociado da influência decisiva da mídia na manipulação do fenômeno criminal, o que representa uma inescindível relação que se aponta entre a mídia e a violência.¹⁴⁴⁶ A divulgação dos acontecimentos violentos proporcionada pelo *mass media* possibilita a todo o corpo social uma experiência próxima e cotidiana da criminalidade. A exploração constante e exagerada destas ocorrências determina um sentimento coletivo de insegurança e de temor, frequentemente acompanhado por um clamor social por um maior confronto a esta intensa criminalidade.¹⁴⁴⁷

Este estado subjetivo de insegurança resulta em uma influência inexorável sobre o funcionamento da justiça criminal e determina o vetor das reformas nas leis penais. Esta representação da violência nos meios de comunicação proporciona uma maior demanda por leis penais mais rigorosas, promove modificações fundamentais na própria estrutura da administração penal e na atuação de institutos processuais penais, entre os quais, a prisão provisória.¹⁴⁴⁸

Desta forma, o clamor público não se encontra como reação social espontânea e autêntica, pois não se apresenta dissociado desta manipulação realizada pelos veículos de comunicação em massa. Logo, o que se convencionou chamar ‘opinião pública’, que nada mais é do que o resultado condicionado pela influência nefasta da mídia

¹⁴⁴⁵ Cf. O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor ...*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, op. cit., p. 259-264.

¹⁴⁴⁶ Cf. S. S. SHECAIRA e A. CÔRREA JÚNIOR, *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 380.

¹⁴⁴⁷ Neste sentido, M. BÁRTOLI, *Crimes hediondos – Lei 8.072, de 25 de julho de 1990*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v. 5, n. 2, abr.-jun. 1992, p. 70-71.

¹⁴⁴⁸ Neste sentido, destacando a repercussão do crime na imprensa e a influência nas decisões judiciais acerca da prisão provisória, O. SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor ...*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, op. cit., p. 266-267.

e de seus laços com interesses políticos, desponta como uma força relevante na determinação da própria política criminal.¹⁴⁴⁹

Como se nota, a prisão provisória justificada como um instrumento de reação ao alarma social insere-se, assim como os fundamentos exarados acima, em um sistema assentado em uma autêntica presunção de culpabilidade. Trata-se, uma vez mais, de estender as finalidades próprias da pena ao instrumento da prisão provisória, elevando-a como artifício “apaziguador das ânsias e temores suscitados pelo delito”.¹⁴⁵⁰

Ora, valer-se da prisão provisória como uma espécie de via para a “sede de vingança coletiva” que domina a consciência social em face de determinados crimes resulta incompatível com o sistema constitucional assentado na presunção de inocência.¹⁴⁵¹ Justamente por isto, deve-se reprimir posturas tendentes a desvirtuar a natureza cautelar da prisão provisória, a fim de conformar a disciplina normativa do instituto e sua atuação concreta aos ditames constitucionais.¹⁴⁵²

6.9. MEDIDAS RESTRITIVAS DE CARÁTER PESSOAL NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL: AS FINALIDADES MATERIAIS DESTAS RESTRIÇÕES E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Nos tópicos precedentes, apresentaram-se argumentos contrários à admissão de finalidades substanciais à prisão provisória. Como demonstrado, a aproximação de objetivos de prevenção geral e de prevenção especial próprios da pena ao instituto da prisão em caráter provisório descaracterizam-na como instrumento cautelar. Nestas hipóteses, as principais objeções concentram-se na inadmissibilidade de se recorrer a um mecanismo orientado ao resguardo dos fins processuais para satisfazer as exigências sociais de reação imediata ao delito e de resposta célere da Justiça.

Neste contexto, não se duvida de que o principal argumento a confrontar estas finalidades extraprocessuais da prisão provisória reside na incompatibilidade com a presunção de inocência do imputado, admitida como absoluta em face de razões de ordem

¹⁴⁴⁹ Cf. S. S. SHECAIRA e A. CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 381-384.

¹⁴⁵⁰ Cf. V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 288-289 (tradução livre).

¹⁴⁵¹ Cf. V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Lecciones de derecho ...*, op. cit., p. 288-289 (tradução livre). Neste sentido, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón ...*, op. cit., p. 560-561.

¹⁴⁵² Como já destacado, o Projeto de Lei n.º 156/2009 estabelece, no artigo 556, parágrafo 2.º, que o clamor público não poderá ser invocado, por si só, para a imposição da prisão preventiva.

material. Como ressaltado, o reconhecimento constitucional do estado de inocência submete toda e qualquer intervenção estatal em direitos fundamentais a um notório caráter cautelar, se verificada no curso da persecução penal. Quaisquer outras intervenções no direito à liberdade da pessoa, para se revestirem de legitimidade constitucional, devem obedecer aos ditames do devido processo legal e advir de um título definitivo.¹⁴⁵³

Este entendimento, denominado por Maurício Zanoide de Moraes de corrente processualista, eleva a presunção de inocência a patamares absolutos, quando se tratar de prisão provisória com fundamentos materiais.¹⁴⁵⁴ Neste sentido, tão-somente a perspectiva cautelar mostra-se eficiente na conciliação dos imperativos de segurança social e de efetivação da persecução penal às exigências derivadas dos direitos fundamentais.

Já se mencionou que a solução satisfatória ao balanceamento entre os interesses assinalados não se encontra em ordenamento jurídico algum.¹⁴⁵⁵ No entanto, é certo que a perspectiva que imprime à prisão provisória fins materiais encontra-se mais distante de uma almejada harmonia. De fato, os argumentos selecionados para o fundamento da prisão no curso da persecução penal indicam que a ponderação entre interesses públicos e interesses individuais se mostra inexistente. Como observa Maurício Zanoide de Moraes, os discursos de “gravidade do crime” e de “periculosidade do agente”, em meio a outros argumentos indicados acima, revelam que o exame de proporcionalidade, se presente, já se encontra decidido de antemão em favor, sempre, do interesse social.¹⁴⁵⁶

Justamente este o caso das hipóteses de vedação absoluta à concessão de liberdade provisória já analisadas, bem como das determinações legais de prisão provisória compulsória.¹⁴⁵⁷ Ora, a disciplina normativa nestes casos exclui a possibilidade de que haja

¹⁴⁵³ Neste sentido, L. S. FERRAZ, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 33-34. Ademais, Fábio Machado de Almeida Delmanto entende que não cabe relativizar a presunção de inocência para admitir medidas restritivas com natureza não cautelar. Segundo o autor, a garantia da presunção de inocência somente admite medidas tipicamente cautelares (*Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 276).

¹⁴⁵⁴ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 382-383.

¹⁴⁵⁵ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 385.

¹⁴⁵⁶ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 388. Renato Barão Varalda entende admissível o fundamento da ordem pública para justificar a prisão provisória, já que, segundo o autor, este conceito assume maior concretude no momento de sua incidência. Assim, para o referido autor, “a tutela da ordem pública, bem jurídico constitucional de extrema valia (...) autoriza a mitigação da presunção de inocência para o decreto da prisão provisória nos casos de perigo substancial do suspeito ou acusado constatado pela gravidade do delito praticado, cuja magnitude da lesão acarrete grave repercussão social.” Nesta esteira, Renato Barão Varalda entende haver um “sistema de preferência expressadas pelo constituinte como prioritárias e fundamentais da convivência coletiva.” (*Restrição ao princípio ...*, op. cit., p. 238-239.)

¹⁴⁵⁷ Neste sentido, criticando o automatismo das prisões obrigatórias, que resolvem, *ex lege*, o problema dos critérios e das funções da prisão preventiva, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón ...*, op. cit., p. 554.

alguma circunstância fática ou jurídica apta a inverter aquela relação de precedência. Assim, não se pode tratar de uma ponderação, na medida em que se verifica uma “constante e indefectível prevalência” do interesse público, calcada na premissa errônea de que o reconhecimento constitucional da presunção de inocência atende a interesses puramente individuais.¹⁴⁵⁸

Entre as correntes processualistas e as tendências que legitimam a prisão provisória por finalidades materiais, associando o instituto a objetivos distintos dos escopos do processo, o autor propõe uma sistematização diversa às medidas de restrição aos direitos individuais no curso da persecução penal. Tendo por base uma visão constitucional da prisão provisória como intervenção na presunção de inocência, o autor substitui a perspectiva da cautelaridade por uma “opção argumentativa” diversa “para uma convivência racional” entre estes dois extremos.¹⁴⁵⁹

Neste sentido, propõe falar-se em medidas de coação como as restrições estatais aos direitos individuais adotadas no curso da persecução penal, justamente para não se vincular à natureza cautelar que a doutrina processualista imprime ao instituto. Em meio a esta nova sistemática, a presunção de inocência, compreendida não somente à luz dos interesses individuais que tutela, mas, principalmente, em face dos “interesses públicos relevantes e preponderantes” que participam de sua atuação, convive com a prisão provisória, que pode se voltar ao resguardo de interesses materiais, desde que em casos excepcionais e residuais.¹⁴⁶⁰

De fato, há entendimento no sentido de que, em determinadas ocasiões, a prisão se revela como a medida adequada e necessária para atender aos imperativos de ordem coletiva, de assento igualmente constitucional. Não se trata de desconsiderar o caráter de *ultima ratio* reservado à prisão provisória, mas apenas que, em certas e reduzidas

¹⁴⁵⁸ Como destaca Maurício Zanoide de Moraes, este entendimento desconsidera os interesses públicos e coletivos que servem de inspiração e de fundamento para a presunção de inocência (*Presunção de inocência...*, *op. cit.*, p. 388). Ademais, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón ...*, *op. cit.*, p. 549.

¹⁴⁵⁹ *Op. cit.*, p. 383.

¹⁴⁶⁰ Tendo em vista a possibilidade excepcional de prisão no curso da persecução por motivos materiais, o autor opta por falar em medidas de coação. Segundo o seu entendimento, “(...) seria um equívoco incluí-la como medida cautelar, uma vez que a doutrina processual, de há muito, fixou que medida cautelar é aquela com finalidade processual e pela qual se visa assegurar o processo e seu resultado. Assim, qualquer prisão material (provisória ou definitiva) não pode ser inserida nesse conceito criado com justificação teleológica específica e doutrinariamente clara”. O objetivo é a melhor e maior tutela dos direitos fundamentais, pois continuar defendendo a prisão provisória como providência cautelar não colabora com o desenvolvimento e a efetividade da presunção de inocência. Esta, assim como os demais direitos fundamentais, possui um conteúdo essencial relativo. (*Op. cit.*, p. 370, nt. 100).

hipóteses, a prisão se mostra como a medida apropriada.¹⁴⁶¹ Isto revela que os ordenamentos jurídicos necessitam destas válvulas de escape, que possibilitem a prisão provisória em ocorrências limites, sendo necessário inserir na lei uma via para autorizar a medida de restrição à liberdade pessoal nestes termos.

Como demonstrado, a presunção de inocência revela um valor a ser promovido e uma opção político-ideológica de um Estado, projetando-se sobre a disciplina normativa e sobre a atuação de diversos institutos. A presunção de inocência, assim como o direito à liberdade de locomoção, estrutura-se sob a forma de uma norma-princípio e, como um mandamento de otimização, a sua tendência expansiva a coloca em permanente confronto com outros princípios do sistema constitucional.¹⁴⁶² Nestes casos de colisão entre princípios, a perspectiva do conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais e o controle da proporcionalidade orientam a solução: admitem-se restrições ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, desde que observados estes parâmetros de controle.

Justamente por isto, a presunção de inocência não se encontra imune a restrições, notando-se limitações decorrentes da precedência, em determinadas condições, de princípios igualmente justificados à luz da Constituição. Sob estas premissas, esta postura intermediária no tratamento da prisão provisória, entre os extremos de uma perspectiva cautelar e de uma prisão como veículo de antecipação de pena, propõe o uso desta medida processual para atender a fins diversos do normal desenvolvimento do processo ou da garantia de efetividade de seu resultado.¹⁴⁶³

A sistematização de medidas de coação justificadas por razões de ordem material demanda, em primeiro plano, uma estrita e precisa regulamentação normativa. A exigência decorrente do princípio da legalidade torna, de fato, evidente este primeiro pressuposto para se admitir prisões provisórias orientadas a escopos substanciais. Neste sentido, a atual disciplina da “garantia de ordem pública” elaborada pelo ordenamento

¹⁴⁶¹ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 382. Neste sentido, P. I. G. IOKOI, *Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 184-185.

¹⁴⁶² Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 272.

¹⁴⁶³ Neste sentido, M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 389. Pedro Ivo Gricoli Iokoi também sustentar a possibilidade de se utilizar a prisão provisória em casos excepcionais. Trata-se das hipóteses em que a prisão se faz necessária para garantir a segurança social: “tais situações, em tese, não poderiam justificar o encarceramento, pois não guardam nenhuma relação com a marcha processual, mas, por outro lado, está o Estado obrigado a garantir a segurança dos indivíduos, assim como está obrigado a garantir os direitos do acusado. É possível, portanto, que, no caso concreto, sopesando os valores envolvidos, mostre-se proporcional o uso de uma medida cautelar para uma dessas situações, quando preponderar a segurança em relação à inocência” (*Prisão preventiva e ...*, op. cit., p. 185).

jurídico brasileiro não atende, como já demonstrado, às exigências da legalidade, o que transforma quaisquer intervenções estatais nos direitos individuais sob este fundamento em atuações ilegítimas, por violação ao pressuposto formal da proporcionalidade.

Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes propõe o estabelecimento de parâmetros para a atuação da prisão provisória sob o fundamento da “garantia da ordem pública”, com o objetivo de conferir um conteúdo concreto ao permissivo legal, sempre com a preocupação de atender aos ditames da legalidade e com o cuidado de não obstar a análise casuística essencial para a atuação da proporcionalidade. Trata-se de três requisitos cumulativos: “a pena prevista para o crime imputado”; “as circunstâncias e a forma demonstradas de cometimento do suposto crime” e uma “relação temporal entre o conhecimento da autoria e o instante de determinação da prisão”.¹⁴⁶⁴

Em comum, os critérios selecionados guardam íntima conexão com o fato ocorrido, o que impede a inserção de elementos emotivos entre os fundamentos da prisão, bem como afasta incursos da autoridade jurisdicional sobre aspectos pessoais do imputado, o que, invariavelmente, redundaria em subjetivismos e juízos discriminatórios. O primeiro requisito observa a pena abstratamente cominada ao delito, como uma exigência da proporcionalidade conforme já destacado.¹⁴⁶⁵

Por sua vez, as circunstâncias e o modo de cometimento do crime atendem às necessárias particularidades de cada caso concreto e ao caráter casuístico que marca a incidência da proporcionalidade. Como se destacou, a proporcionalidade é o limite para as intervenções estatais em direitos fundamentais e esta regra impõe a elaboração de uma relação condicionada de precedência entre os princípios em colisão, a qual, conforme se nota, é determinada pelas condições fáticas e jurídicas ponderadas.

Por fim, o autor insere um requisito temporal: a relação de tempo entre o conhecimento da autoria e do ato imputado e a imposição da prisão provisória. De fato, o decurso prolongado do tempo opera como um elemento contrário à necessidade da prisão. Desta forma, uma restrição de tal magnitude, como se verifica no encarceramento a título

¹⁴⁶⁴ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 389-390.

¹⁴⁶⁵ Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, *op. cit.*, p. 393-394. Sobre a relação entre a proporcionalidade e a pena cominada ao delito, v. Capítulo 6.

provisório, não se pode mostrar imprescindível se a sua decretação distancia-se demasiadamente do momento da ocorrência do fato.¹⁴⁶⁶

Em linhas gerais, a inserção destes requisitos tem por objetivo proporcionar parâmetros legais para a incidência da prisão provisória em situações residuais e excepcionais, em que esta medida extrema e *ultima ratio* revela-se a providência adequada, necessária e proporcional. É de relevo, justamente, esta terceira etapa do controle de proporcionalidade, que acena para o sopesamento entre os direitos individuais de índole fundamental e os imperativos associados à segurança e à ordem social: todos os critérios indicados acima têm por objetivo assegurar a realização desta ponderação e afastar decisões jurisdicionais fundamentadas em uma prevalência constante e *a priori* do interesse coletivo, sem ocupar-se das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso.

Ademais, a proposta de sistematização da prisão como uma medida de coação, que cumpre finalidades instrumentais e, excepcionalmente, fins materiais, atende ao princípio da legalidade, uma vez que os conceitos abertos e carentes de um conteúdo semântico, a exemplo da “garantia de ordem pública”, são vias para subjetivismos. Como observa Maurício Zanoide de Moraes, “falta-lhes legalidade estrita”, o que possibilita “(...) inferências subjetivas e advindas de razões midiáticas, pseudo-eficientistas ou, ainda, escolhas íntimas do julgador”.¹⁴⁶⁷

Nota-se, portanto, a relevância da atuação jurisdicional e, por conseguinte, o controle desta atividade. Neste ponto, a garantia de motivação das decisões judiciais desempenha um papel fundamental, a fim de se aferir os fundamentos das restrições impostas aos direitos fundamentais no curso da persecução penal e os critérios em que se operou a regra da proporcionalidade.

6.10. A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO CONTROLE DA PROPORCIONALIDADE

¹⁴⁶⁶ Como observa o autor, “a fluência do tempo vai, progressivamente, desconstituindo qualquer justificativa material para a prisão provisória, notadamente porque a alegação do perigo advindo da liberdade do indivíduo vai perdendo consistência fática”. O autor justifica a importância deste requisito no conceito de prisão em flagrante, que exige a imediatidade entre o ato e a prisão, bem como no conceito de prescrição, que tem por um de seus fundamentos o decurso do tempo (Cf. M. Z. DE MORAES, *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 395). Neste sentido, destacando a importância do critério temporal na avaliação das restrições aos direitos individuais no curso da persecução penal, N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 275.

¹⁴⁶⁷ *Presunção de inocência ...*, op. cit., p. 397.

O controle das restrições estatais aos direitos individuais através da proporcionalidade coloca em destaque a atuação jurisdicional, notadamente nesta etapa da proporcionalidade em sentido estrito, em que tem lugar o juízo valorativo, ponderativo e de conteúdo material. Desta forma, as normas restritivas de direitos fundamentais devem possibilitar aos juízes a condução deste juízo ponderativo, cabendo a estes determinar a relação condicionada de precedência entre os interesses em colisão no caso concreto.

Como observa Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, deve-se conceder aos juízes discricionariedade suficiente para o controle das restrições e evitar excessos em sua atuação que as rotule como desproporcionais.¹⁴⁶⁸ Justamente por isto, o autor considera que o automatismo nesta matéria deve ser de todo modo rejeitado. Neste sentido, as intervenções legais em direitos fundamentais não devem ser interpretadas como um imperativo ou como “disposições de dever”, revelando-se inconstitucionais as normas que determinam limitações à liberdade pessoal de modo obrigatório.¹⁴⁶⁹

Esta a razão pela qual as hipóteses de prisão preventiva obrigatória ou de vedação absoluta à concessão de liberdade provisória demonstram-se inconstitucionais, posto que desproporcionais. Assim, deve ser destacada a necessária discricionariedade judicial na adoção de medidas cautelares, a fim de controlar a proporcionalidade das medidas no caso concreto. Em terreno de legalidade estrita, como ocorre com as medidas restritivas aos direitos individuais, cabe à lei determinar os parâmetros em que a discricionariedade judicial será exercida, não podendo o juiz furtar-se aos contornos delineados em lei ou às medidas legalmente especificadas.¹⁴⁷⁰

Neste sentido, as prescrições legais que contemplam hipóteses de prisão preventiva obrigatória, como ocorria no ordenamento jurídico brasileiro,¹⁴⁷¹ bem como

¹⁴⁶⁸ *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 278.

¹⁴⁶⁹ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 278. Sobre a necessária ausência de automatismo que devem ostentar as decisões neste campo, O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 657.

¹⁴⁷⁰ Nota-se a vedação ao poder geral de cautela para a adoção de medidas cautelares pessoais no processo penal. Neste sentido, F. M. DE A. DELMANTO, *Medidas substitutivas e ...*, op. cit., p. 72-73.

¹⁴⁷¹ Como observa Pedro Ivo Gricoli Iokoi, a prisão preventiva compulsória “(...) retirava da apreciação do magistrado a análise da necessidade da medida, tornando-se um dever. Isto é, o magistrado deveria decretar a medida, atendo-se, apenas, à prova da existência da infração penal e dos indícios suficientes de autoria. Ficava completamente suprimida a apreciação da conveniência da medida, para a garantia da ordem pública, para a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, cuja presença nestes casos, foi presumida pelo legislador”. Mais adiante, prossegue o autor, ressaltando que a análise da adequação e da necessidade da medida foi suprimida pela lei, importando apenas a gravidade do delito. (*Prisão preventiva e princípio da*

aquelas que estabelecem, de modo absoluto e *a priori*, a vedação à concessão da liberdade provisória, são inconstitucionais por prescreverem medidas de restrição aos direitos fundamentais com um automatismo incompatível com o controle de proporcionalidade que deve ocorrer no caso concreto.

De fato, a autorização constitucional à edição de normas restritivas aos direitos fundamentais não confere ao legislador ordinário poder absoluto de restrição, nem lhe concede a livre disposição para reduzir a extensão e o alcance destes direitos.¹⁴⁷² Neste campo, há plena atuação da proporcionalidade, que auxilia o legislador na delicada tarefa de assumir posturas restritivas em face de direitos fundamentais. Ainda que estas se mostrem necessárias e adequadas, a incidência da proporcionalidade permite apontá-las como inconstitucionais, desde que se revelem desmedidas, desajustadas, enfim, desproporcionais aos efeitos revelados.

Nesta esteira, as leis ordinárias que vedam, em absoluto, a concessão de liberdade provisória para alguns crimes, como ocorria com a Lei n.º 8.072/1990, como ocorre com a Lei n.º 9.613/1998, com a Lei n.º 9.034/1995 e com a Lei n.º 11.346/2006, comportam-se exatamente em sentido oposto ao juízo ponderativo e valorativo da proporcionalidade em sentido estrito. Como aponta Odone Sanguiné, “pode a lei ordinária admitir ou não a liberdade provisória, conforme circunstâncias concretas, não, porém, sempre vedá-la em caráter genérico e absoluto para certa tipologia de crimes”. Em comentários à Lei dos Crimes Hediondos, o autor destaca que, de modo desproporcional, o então artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/1990 admitiu a plena “anulação” do direito individual à liberdade provisória, subtraindo ao magistrado a possibilidade de uma análise concreta acerca da providência cautelar mais adequada e proporcional ao caso.¹⁴⁷³

Desta forma, há nítida ofensa ao princípio do devido processo legal e ao princípio constitucional da presunção de inocência. De fato, ao declarar tais delitos

proporcionalidade, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 61-62).

¹⁴⁷² Cf. O. SANGUINÉ, *Inconstitucionalidade da proibição ...*, in *Fascículos de Ciências Penais*, op. cit., p. 18-19.

¹⁴⁷³ *Inconstitucionalidade da proibição ...*, in *Fascículos de Ciências Penais*, op. cit., p. 19. Neste sentido, a crítica de Márcio Bártoli: “Por outro lado, é impossível retirar-se do juiz, o encarregado de dirigir e presidir o processo, aquele a quem as partes destinam a prova que produzem, aquele que vai proferir o pronunciamento jurisdicional – sem um justo motivo de suficiência –, a possibilidade de conceder a liberdade provisória ao réu, e aferir da conveniência, ou não, da aplicação dessa medida” (*Crimes hediondos – Lei 8.072 de 25-07-90*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v.5, n. 2, abr.-jun./1992, p. 76).

insuscetíveis de liberdade provisória, com ou sem fiança, as leis em tela convertaram a privação de liberdade de caráter provisório em nítida antecipação da pena, imposta sem qualquer atenção às garantias que constituem o devido processo penal. Como bem define o citado autor, a imposição desta medida de coerção pessoal não observa a bilateralidade processual, por não conferir ao indivíduo possibilidade de a esta se opor ou questionar a sua real necessidade, “iniciando sua atividade processual vencido”.¹⁴⁷⁴

Estas disposições normativas não reservam aos juízes a possibilidade de atuar com discricionariedade, não lhe restando oportunidade para exercer sua apreciação acerca da intensidade da ingerência nos direitos fundamentais. Com isto, não só lhe fica vedado o controle de proporcionalidade das medidas limitativas no caso concreto, como também não lhe é possibilitado adotar medidas restritivas alternativas e mais benignas aos direitos fundamentais.¹⁴⁷⁵

O discurso de legitimação da prisão provisória, de modo semelhante, não se satisfaz com outra espécie de automatismo nas decisões de decretação destas medidas extremas, que não se caracteriza por uma determinação legal absoluta, mas por ausência de argumentos suficientes a justificar a prevalência dos interesses estatais sobre os direitos individuais. Assim, tão-somente a gravidade do delito ou a pena eventualmente esperada não podem incidir como únicos critérios na avaliação do risco de fuga e na imposição da prisão provisória sob este fundamento.¹⁴⁷⁶

Em igual sentido, não se reconhece substrato argumentativo suficiente à mera referência ao estágio avançado da causa ou à conveniência de se assegurar a realização da próxima audiência, de modo que não há como se extrair destas considerações o temor de efetivar-se a fuga, o que frustraria a realização do processo e a aplicação de eventual sanção penal.¹⁴⁷⁷

Em todos estes casos, como observa Odone Sanguiné, a presença isolada desses argumentos transmuda a decisão jurisdicional em uma operação “objetiva e puramente mecânica”, revelando-se insuficiente para “(...) sustentar uma medida que por

¹⁴⁷⁴ *Crimes Hediondos – Lei 8.072 de 25-07-90*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v..5, n. 2, abr.-jun. 1992, p. 76.

¹⁴⁷⁵ Cf. N. G. C. SERRANO, *Proporcionalidad y derechos ...*, op. cit., p. 278.

¹⁴⁷⁶ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 656-657.

¹⁴⁷⁷ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 656-657.

sua gravidade e por sua condição de inocente de seu destinatário deve ser somente utilizada excepcional, subsidiária, provisória e proporcionalmente”.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷⁸ Em original: “(...) Dicha argumentación resulta insuficiente para sostener una medida que por su gravedad y por la condición de inocente de su destinatario debe ser sólo utilizada excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionalmente (...)” (*Prisión provisional y ...*, *op. cit.*, p. 656-657, tradução livre).

CONCLUSÃO

O reconhecimento da presunção de inocência como norma de tratamento do imputado e a necessidade de se recorrer à prisão provisória e a outras medidas restritivas a direitos fundamentais no curso da persecução penal constroem um confronto lógico e insuperável, não se encontrando ordenamento jurídico algum que tenha solucionado esta questão em termos convincentes e satisfatórios. É certo que a presunção de inocência serve de inspiração ao tratamento digno que se deve reservar ao indivíduo no momento em que este se encontra em um estado incontestável de submissão, encarando-se, portanto, com extrema atenção, quaisquer posturas que impliquem um abalo a este princípio, ou distanciem-se de seus corolários.

Em termos realistas, a efetividade e a realização da persecução penal sem o recurso a restrições aos direitos individuais em caráter provisório resultam inatingíveis, de modo que a admissão de eventuais ingerências a estes direitos encontram justificação no correspondente interesse estatal em tornar efetiva a punição e em obstar a frustração dos objetivos colimados com o processo penal.

Desta forma, simplesmente recusar a possibilidade de compatibilização entre a presunção de inocência e a imposição de restrições excepcionais aos direitos fundamentais não colabora com a efetividade deste princípio. Assim, já assentada a necessidade da prisão provisória para o desenvolvimento da persecução penal, sendo admitida como uma “triste necessidade social”, constata-se que a atual problemática em torno deste instituto desloca-se para a decisão acerca de seus contornos, visando ao modelo mais consentâneo aos direitos constitucionais.¹⁴⁷⁹

Neste sentido, a estrutura constitucional dos direitos fundamentais e os instrumentos de controle de suas restrições oferecem os subsídios para o adequado equacionamento entre a perspectiva individual e as exigências de justiça e de segurança sociais, objetivos mediatos da atividade persecutória estatal. Neste embate entre interesses do indivíduo e imperativos de caráter coletivo deve-se evitar, ao máximo, posturas extremas, observando-se o assento constitucional de ambos os interesses em questão. Impõe-se, pois, a recusa a soluções absolutas, que confirmem um caráter irredutível à presunção de inocência, bem como interpretações que consintam com intervenções

¹⁴⁷⁹ Cf. O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y ...*, op. cit., p. 30-32.

arbitrárias e, por razões de ordem substancial, incompatíveis com o estado de inocente do indivíduo.

Em um Estado Democrático de Direito, com o propósito de escapar a estes dois extremos, deve-se preponderar o reconhecimento da presunção de inocência como um princípio e, assim como os demais direitos fundamentais, esta não se mostra absoluta e insuscetível de restrições. Em sentido contrário a posições ou entendimentos irrestritos, a excepcionalidade da prisão provisória desponta como o princípio reitor de um sistema processual penal democrático, e a solução da contrariedade entre interesses estatais e interesses individuais é remetida à sua justa ponderação à luz da proporcionalidade.

Com efeito, o controle da proporcionalidade emerge como o limite das restrições e como garantia dos direitos fundamentais, colocando-se como instrumento para se construir o equilíbrio entre a observância de valores sociais e a preservação destes direitos. Em um ordenamento jurídico democrático, as intervenções estatais a esses direitos que se distanciem dos pressupostos ou dos requisitos da proporcionalidade revelam um caráter ilegítimo e não se sustentam em uma análise constitucional.

Desta forma, constata-se que a estrutura processual penal de um Estado de Direito Democrático enseja o conflito entre os direitos de índole constitucional associados à problemática da prisão, bem como de outras medidas restritivas a direitos fundamentais adotadas a título provisório, como uma colisão entre princípios, autênticos mandamentos de otimização, de conteúdo aberto e restringíveis, conforme uma relação condicionada de precedência.

Justamente por isto mostrou-se necessário resgatar o conceito e a estrutura de uma norma de direito fundamental, os seus elementos e os termos de suas limitações, e, em especial, a apresentação da proporcionalidade como um limite de suas restrições. De fato, se entre as notas essenciais dos direitos fundamentais encontra-se a possibilidade de serem restringidos, não se duvida de que o principal questionamento neste âmbito reside nos limites a estas restrições. Servindo a este papel, a proporcionalidade desdobra-se em pressupostos e em requisitos, que permitem controlar, cada um à sua maneira, a legitimidade das intervenções estatais aos direitos fundamentais.

O instituto da prisão provisória, assim como as demais intervenções decretadas a direitos fundamentais no curso da persecução penal, não escapa a esta sistemática. Desta forma, as medidas restritivas a direitos individuais concebidas nos ordenamentos processuais penais devem observar as exigências de legalidade, de justificação constitucional, de jurisdicionalidade, de motivação das decisões, de adequação, de exigibilidade e de proporcionalidade, em seu sentido estrito. O descumprimento a qualquer destes pontos revela a desobediência à regra da proporcionalidade e, em decorrência, o caráter ilegítimo da intervenção estatal.

Em um sistema processual penal estruturado em sede de um Estado de Direito Democrático, a instituição de medidas restritivas de direitos fundamentais submete-se, portanto, à análise da proporcionalidade, tanto em uma perspectiva abstrata, examinando-se a previsão normativa, como em uma perspectiva concreta, investigando-se a interpretação, a compreensão e a aplicação da norma.

Ademais, qualquer que seja a perspectiva eleita para o controle, à prisão provisória e às demais limitações a direitos individuais não se podem associar finalidades inerentes à pena, antecipando-se uma punição incompatível ao estado de inocente. A legitimidade constitucional dessas restrições a título provisório somente se sustenta à luz de um caráter instrumental e cautelar destas providências, resguardando-as de uma atuação própria de medidas de polícia ou de segurança pública.

Em suma, constata-se que a via a ser eleita tem em sua base a consciência de que a singela oposição entre argumentos de segurança social e direitos individuais não condiz com o real conflito normativo que se quer solucionar, uma vez que, em um Estado de Direito, não se pode apartar o individual e o coletivo em termos absolutos. Desta forma, reconhecer a primazia da liberdade individual e a precedência à presunção de inocência, como a regra a ser observada não significa a tutela única e exclusiva de direitos individuais; esta concepção há de ser, hoje, superada pelo reconhecimento dos valores de ordem coletiva que informam o princípio da presunção de inocência. Com isto, procura-se firmar a consciência de se operar com uma ordem jurídica justa em seus fins e comprometida com a afirmação da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. por Virgílio Afonso da SILVA, São Paulo, Malheiros, 2008.

ALFARO, María Laura, *Las medidas alternativas y morigeradoras a la prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, in C. A. C. DIAZ e D. H. OBLIGADO (coord.), *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*, Rosario, Jurídica Nova Tesis, 2005, p. 631-649.

ALFLEN, Pablo Rodrigo, *Garantia de ordem pública e violação ao princípio da proporcionalidade*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 217, dez./2010, p. 10-11.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de, *Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2006.

ALVES, Rogério Pacheco, *O poder geral de cautela no processo penal*, in *Revista dos Tribunais* n. 799, p. 423-447.

AMATO, Giuliano, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan, *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*, São Paulo, Método, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1998.

ANDRADE, Roque Jerônimo, *A mais nova medida cautelar do processo penal*, in *Boletim IBCCRIM*, v.10, n.119, out./2002, p. 06-07.

ANDRÉ, Patrícia dos Santos, *Prisão temporária – medida cautelar para crimes leves?* in *Revista dos Tribunais*, n. 691, p. 396-398

ARAUJO JUNIOR, João Marcel de (org.), *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Rio de Janeiro, Revan, 1991.

ARIETTA, Giovanni, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, CEDAM, 1982.

ÁVILA, Humberto Bergmann, *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, in *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, vol. 1, n.º 4, jul.2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*, in B. de M. RIBEIRO e M. P. LIMA (coord.), *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 159-185.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *A Tutela Cautelar no Processo Penal e a Restituição de Coisa Apreendida*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, n. 59, 2006, p. 260-286.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Direito processual penal*, Tomo I, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Direito processual penal*, Tomo II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal*, in *Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal*, in C. S. VILARDI, F. R. B. PEREIRA, T. D. NETO (coord.), *Direito Penal Econômico - Crimes Econômicos e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 169-201.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

BARATTA, Alessandro, *Por um concepto crítico de reintegracion social del condenado*, in Oliveira, E., *Criminologia Crítica (Fórum Internacional de Criminologia Crítica)*, Belém, CEJUP, 1990, p. 141-157.

BARROS, Romeu Pires de Campos, *O Processo Penal Cautelar*, in *Revista de Processo*, n.º 2, 1976.

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 das leis restritivas de direito fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2.^a ed., São Paulo, Celso Bastos – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BATISTA, Weber Martins, *Liberdade Provisória*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

BATISTA, Weber Martins, *O Princípio constitucional da presunção de inocência – recurso em liberdade, antecedentes do réu*, in *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, n. 6, abr.-mai./1990, p. 15-23.

BATISTA, Weber Martins, *Recurso do réu em liberdade – uma releitura dos arts. 594 do Código de Processo Penal e 35 da Lei n.º 6.368/76*, in *Ciência Penal – Coletânea de Estudos – Homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba, JM, 1999, p. 351-359.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada, Tutelas Sumárias e de Urgência – Tentativa de Sistematização*, 5.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

BENETTI, Sidnei Agostinho, *Prisão provisória – direitos alemão e brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 669, jul./1991.

BENUCCI, Renato Luís, *A cautelaridade no processo penal – medidas cautelares reais*, in *Revista dos Tribunais*, n. 785, p. 471-479.

BIANCHINI, Alice, *Violência doméstica e afastamento preventivo do agressor – alteração trazida pela lei 10.455/02*, in *Boletim IBCCRIM*, v. 10, n. 120, nov./2002, p. 9-11;

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 25.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

BORGES, Fátima Aparecida de Souza, *Liberdade provisória*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. por Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936, in *Opere giuridiche*, vol. IX, Napoli, Morano, 1983.

CAMARGO, Mônica Ovinski de, *Princípio da presunção de inocência no Brasil – conflito entre punir e libertar*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 1997.

CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. port. por S. S. MELENDO, vol. II, Buenos Aires, EJE, 1950.

CARRARA, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1944.

CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Sucessão de leis penais*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra, 1997.

CISNEROS, María Poza, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, in *Revista del Poder Judicial*, n. 65, 2002, p. 59-134.

CONSO, Giovanni; e GREVI, Vittorio, *Compendio di procedura penale*, Milani, CEDAM, 2000.

CORDERO, Franco, *Procedura penale*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1995.

CORREA, Teresa Aguado, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, EDERSA, 1999.

CRISAFULLI, Verzio; e PALADIN, Lívio, *Commentario breve alla costituzione*, Padova, CEDAM, 1990.

CRUZ, Rogério Schietti Machado, *A violência doméstica e o afastamento do lar*. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 08.07.2002. Acesso em 07 de janeiro de 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado, *As medidas cautelares no projeto do novo CPP*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 183, jul.-set./2009., p. 221-224.

CRUZ, Rogério Schietti Machado, *Prisão cautelar – dramas, princípios e alternativas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Rogério Schietti Machado, *Sessenta dias de prisão temporária é razoável?*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 17, jan.-mar. 1997, 153-160.

DALIA, Andrea Antonio; e FERRAJOLI, Marzia, *Manuale di diritto processuale penale*, 4.^a ed., Padova, CEDAM, 2001.

DELMANTO JUNIOR, Roberto, *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida, *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

DEL POZZO, Carlos Umberto, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, Unione, 1962.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1974.

DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini e CINTRA, Antônio Carlos de Araujo, *Teoria geral do processo*, 19.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições do direito processual civil*, vol. 1, 5.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

DOTTI, René Ariel, *A reforma do processo penal*, in *Revista dos Tribunais*, 714, abr./1995.

DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Obrigações de permanência na habitação e monitorização telemática posicional*, in *Revista do Ministério Público*, n. 80, ano 20, out./dez. 1999.

DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, trad. por N. BOEIRA, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance, *A fiança criminal e a Constituição Federal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 670, p. 254-262.

FERNANDES, Antônio Scarance, *As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 183, jul.-set./2009, p. 11-19.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Prisão temporária e fermo - estudo comparativo*, in *Fascículos de Ciências Penais*, n.3, jul.-set. 1992, p. 78-89.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional*, 4.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*, 4.ª ed., Madrid, Trotta, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão – teoria do garantismo penal*, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito – reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.

FERRAZ, Leslie Shérída, *Prisão preventiva e direitos e garantias individuais*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

FERREIRA, Pinto, *Medidas cautelares*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

FONSECA, António Carlos Duarte, *Obrigações de permanência na habitação e monitorização telemática posicional*, in *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 80, ano 20, out.-dez/1999, p. 83-117.

FOSCHINI, Gaetano, *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1956.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coord.), *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. I, II e III, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

FRANCO, Alberto Silva, *Crimes hediondos*, 4^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Jayme Walmer de, *Prisão temporária*, São Paulo, Saraiva, 2004.

GARCÍA TORRES, J.; e PAGÉS, J. L. R., *Libertad y seguridad personales*, in M. A. REYES (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad, *As medidas assecuratórias do código de processo penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da USP, 2007.

GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso – problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, vol. II, 2.^a ed., Buenos Aires, EJEa, 1961.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *A motivação das decisões penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Presunção de inocência: princípios e garantias*, in *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 121-142.

GOMES, Luis Flávio, *Direito de apelar em liberdade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; e MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, *Criminologia*, 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, José Batista, *O devido processo legal e o Pacto de São José da Costa Rica*, Tese (doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

GRECO FILHO, Vicente e; GRECO Alessandra Orcesi Pedro, *A Prova Penal no Contexto da Dignidade da Pessoa Humana*, in *Revista do Advogado*, ano 28, n. 99, set. 2008.

GRECO FILHO, Vicente, *Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Limites constitucionais à prisão temporária*, *Revista Jurídica Brasileira*, n.º 207, jan./1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 19.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *As nulidades no processo penal*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal*, in V. A. da SILVA (org.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005.

HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy – norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, trad. por P. S. ZIEFER, Buenos Aires, Ad Hoc, 1995.

HENDLER, Edmundo S.(coord.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione d'innocenza dell'imputado*, Bologna, Zanichelli, 1979.

IOKOI, Pedro Ivo Gricoli, *Prisão Preventiva e Princípio da Proporcionalidade*, Tese (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *A crise do sistema penitenciário - a experiência da vigilância eletrônica*, in *Boletim do IBCCRIM*, ano 14, n. 170, jan. 2007.

KARAM, Maria Lúcia, *Prisão e Liberdade Processuais*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, abr.-jun. 1993, p. 83-93.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez, *A (des)razão da prisão provisória*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

KEHDI, André Pires de Andrade, *A retenção do passaporte como medida cautelar alternativa à prisão provisória*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 172, mar. 2007, p. 15-16.

LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, 8.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 1980, trad. port. de C. R. Dinamarco, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 3.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005

LIMA, Marcellus Polastri, *A tutela cautelar no processo penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima, *Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar*, in *Revista de Estudos Criminais*, n. 3, 2001, p. 73-83

LOPES JUNIOR, Aury, *A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal*, in *Boletim IBCCRIM*, ano 17, n. 203, out. /2009, p. 08-09.

LOPES JUNIOR, Aury, *A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal*, in *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2, n. 2, jan./abr. 2001, p. 11-33.

LOPES JUNIOR, Aury, *Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 – e mais algumas preocupações*, in *Boletim IBCCRIM*, v. 18, ed. esp., ago./2010, p. 07-08

LOPES JUNIOR, Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. II, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury, *Fundamento, Requisito e Princípios Gerais das Prisões Cautelares*, in *Revista dos Tribunais*, n. 748, p. 449-467.

LOPES JUNIOR, Aury, *Introdução crítica ao processo penal - fundamentos da instrumentalidade constitucional*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

LUCAS, Javier Augusto de; POULASTROU, Martín, *Libertad vigilada por monitoreo electrónico*, in *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 7, vol. 3, dez./1997, p. 651-663.

LUÑO, Antonio E. Perez, *Los derechos fundamentales*, 7^a ed., Madrid, Tecnos, 1998.

MAIER, Julio B., *La ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1982.

MARCÃO, Renato, *Tóxicos – Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas*, 4^a ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, 2^a ed., Campinas, Millennium, 2000.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, *Probidade administrativa*, São Paulo, Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, 25.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – novas leituras*, in *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, n.º 5, ago./2001. Disponível em: <[HTTP://www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 07 de novembro de 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Crimes hediondos – breve análise crítica*, in *Revista Jurídica do Ministério Público*, Associação Mineira dos Procuradores de Belo Horizonte, vol. 13, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo penal*, 18.^a ed., São Paulo, Atlas, 2006.

MONTEIRO, Antônio Lopes *Crimes hediondos*, 7.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

MORAES, Maurício Zanoide de, *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.

MORAES, Maurício Zanoide de, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro – análise de sua estrutura normativa para a elaboração e para a decisão judicial*, Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito da USP, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de, *Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. I, 2^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Maurício Zanoide de, *Prisão cautelar*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. III, 2^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Maurício Zanoide de, *Prisão temporária*, in A. S. FRANCO e R. STOCO (coord.), *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. III, 2^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro – exposição sistemática do procedimento*, 26.^a Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *Execução Penal e Falência do Sistema Carcerário*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 29, jan.-mar.2000, p. 351-363.

NAVARRETE, A. M. L., *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1988.

NORONHA, Edgard Magalhães, *Curso de direito processual penal*, 27^a ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2004.

OBLIGADO, Daniel Horacio; DÍAZ, Carlos Alberto, (coord.), *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*, Rosario, Jurídica Nova Tesis, 2005.

OCHOA, Carla Huerta, *Conflictos normativos*, México D.F., UNAM, 2003.

OLIÚ, Alejandro A. Abal, *Medidas cautelares sobre la libertad del imputado*, Montevideo, Juridicas, 1977.

PACHECO, Denilson Feitoza, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

PAGÉS, Juan Luis Requejo, *Libertad y seguridad personales*, in M. A. REYES (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001.

PARDO, Miguel Angel Montañes, *La presunción de inocencia – análisis doctrinal y jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

PISANI, Andrea Proto, *Appunti sulla tutela cautelare*, in *Revista di diritto civile*, ano XXXIII, n. 2, mar./apr. 1987.

PITOMBO, Sérgio, *Procedimento cautelar e medidas cautelares*, disponível em: www.sergiopitombo.nom.br/index.php. Acesso em 10 de janeiro de 2010.

PÓVOA, Liberato; BOAS, Marco Villas, *Prisão temporária*, Curitiba, Juruá, 1996.

PRADO, Luiz Régis, *Curso de direito penal brasileiro*, 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales – el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, CEPC, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos fundamentais – teoria geral*, Coimbra, Coimbra, 2002.

QUIROGA, Jacobo López Barja de, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2001.

QUIROGA, Jacobo López Barja de, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004.

RAMOS, João Gualberto Garcez, *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

RODRIGUEZ – MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel electrónica - el modelo del derecho norteamericano*, in *La Ley Penal - Revista de Derecho Penal, Proximal y Penitenciário*, n. 21, ano II, nov./2005, p. 38-51.

RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F. G., *La cárcel electrónica - el modelo del derecho norteamericano*, in *La Ley Penal - Revista de Derecho Penal, Proximal y Penitenciário*, n. 21, ano II, nov./2005.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. por J. B. MAIER, Buenos Aires, del Puerto, 2000.

SÁ, Alvino Augusto de, *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*, in *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 5, n. 11, 2000, p. 28.

SÁ, Alvino Augusto de, *Prisionização – um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 21, jan./mar1998.

SABATINI, Guglielmo, *Principii di diritto processuale penale*, vol. I, 3ª ed., Catania, Casa del Libro, 1948.

SANCHES, Sidney, *Poder cautelar geral do juiz – no processo civil brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

SANGUINÉ, Odone , *Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória - inciso II, do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, de 25.07.90*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v.3, n. 4, out.-dez./1990, p. 15-23.

SANGUINÉ, Odone, *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*, in S. S. SHECAIRA (org.), *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*, São Paulo, Método, 2001.

SANGUINÉ, Odone, *Devido Processo Legal e Constituição*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v. 2, n. 1, jan. 1989, p. 131-139.

SANGUINÉ, Odone, *Efeitos perversos da prisão cautelar*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n.86, set.-out./2010, p. 289-335.

SANGUINÉ, Odone, *Prisão provisória e princípios constitucionais*, in *Fascículos de Ciências Penais*, v.5, n.2, abr.-mai. 1992, p. 96-124.

SANGUINÉ, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

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

SCHLÜCHTER, Ellen, *Compendio di procedura penale tedesca*, 2.^a ed., Milani, CEDAM, 1998.

SENDRA, V. Gimeno; CATENA, V. Moreno; e DOMINGUÉZ, V. Cortés, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2001.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex 1990.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; e CORRÊA JUNIOR, Alceu, *Teoria da pena – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Danielle Souza de Andrade, *A temporalidade específica da prisão preventiva - um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 62, v. 14, 2006, p. 197-219.

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 2ª ed., vol. III, São Paulo, Forense, 1967.

SILVA, Evandro Lins e, *A liberdade provisória no processo penal*, in *Revista de Direito Penal*, n. 15/16, jul.-dez./1974, p. 45-50.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 1998.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, n.798, p. 23-50

SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.º 1, jan.-jul/2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *As ações cautelares e o novo processo civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Do processo cautelar*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da, *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS n.º 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência*, in J. N. de M. COUTINHO e L. G. G. C. de CARVALHO (coord.), *O novo processo penal à luz da constituição- análise crítica do projeto de lei n.º 156/2009, do Senado Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 247-270.

SIQUEIRA, Galdino, *Curso de processo criminal*, 2ª ed., São Paulo, Livraria Magalhães, 1937

SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E., *Diritto processuale penale*, vol. I, 2.ª ed., Milani, Giuffrè, 1996.

SOUZA, Alexander Araujo de, *O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, in *Revista dos Tribunais* 856/470.

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

STUMM, Raquel Denise, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

SZNICK, Valdir, *Liberdade, prisão cautelar e temporária*, 2.^a ed., São Paulo, Leud, 1994.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *Do processo cautelar*, São Paulo, LEUD, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *Tutela jurisdicional de urgência*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001.

THOMPSON, Augusto, *A Questão Penitenciária*, 5.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

TOMMASEO, Ferruccio, *I provvedimenti d'urgenza – struttura i limiti della tutela anticipatoria*, Padova, CEDAM, 1983.

TORNAGHI, Hélio, *Instituições de processo penal*, vol. III, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1978.

TORON, Alberto Zacharias, *A retenção do passaporte como medida cautelar alternativa à prisão provisória*, in *Boletim IBCCRIM*, n. 172, mar. 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Da prisão e da liberdade provisória*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, jul.-set./1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, vol. III, 25.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria, *Medidas cautelares constritivas patrimoniais*, in *Revista de Processo*, n. 67, jul.-set. 1992, p. 40-61.

TUCCI, Rogério Lauria, *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1980.

TUCCI, Rogério Lauria, *Sequestro prévio e sequestro no CPC - distinção*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, jan.-mar.1994, p. 137-147.

TUCCI, Rogério Lauria, *Teoria do direito processual penal - jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto Delmanto *et all.*, *Sistematização das medidas cautelares processuais penais*, in *Revista do Advogado*, ano XXIV, n. 78, set. 2004, p. 111-122.

V. G. SENDRA, V. M. CATENA e V. C. DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 3.^a ed., Madrid, COLEX, 1999.

VARALDA, Renato Barão, *Restrição ao princípio da presunção de inocência – prisão preventiva e ordem pública*, 2007, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris.

VILARDI, F. R. B. PEREIRA, T. D. NETO (coord.), *Direito Penal Econômico - Crimes Econômicos e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2008.

VILELA, Alexandra, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra, Coimbra, 2000.

VILLAR, Willard de Castro, *Poder geral de cautelar do juiz brasileiro – medidas atípicas*, Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito da USP, 1969.

WEDY, Miguel Tedesco, *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da tutela*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

Sites da internet:

www.mj.gov.br

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

RESUMO

O reconhecimento da presunção de inocência não se mostra incompatível com a admissão da prisão e de outras medidas de caráter pessoal no curso da persecução penal. Assim como os demais direitos fundamentais, a presunção de inocência não se mostra absoluta ou insuscetível de restrições. O ordenamento jurídico brasileiro admite intervenções legítimas no âmbito de proteção da presunção de inocência, submetendo-as ao controle da proporcionalidade e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A proporcionalidade serve como limite das intervenções e desdobra-se nos pressupostos, requisitos extrínsecos e requisitos intrínsecos já explorados. O descumprimento de qualquer destes pontos revela a desobediência à regra da proporcionalidade e, com isto, o caráter ilegítimo da intervenção no âmbito de proteção da presunção de inocência. Esta análise pode ocorrer tanto da perspectiva abstrata, examinando-se a previsão normativa, como da perspectiva concreta, analisando a aplicação e a execução da norma.

ABSTRACT

The recognition of the presumption of innocence is inconsistent with the admission of the prison and other measures of personal character in the course of criminal prosecution. Like other fundamental rights, the presumption of innocence does not show absolute and subject to no restrictions. The Brazilian legal system admits intervention legitimate in the context of protection of the presumption of innocence, places them under the control of proportionality and the essential content of fundamental rights. Proportionality serves as a limit of interventions and unfolds in the assumptions, requirements extrinsic and intrinsic requirements already explored. The breach of any of these seven elements reveals the disobedience to the rule of proportionality and, thus, the illegitimate nature of the intervention under protection of the presumption of innocence. This analysis can occur from both the abstract perspective, examining the legislative provision, as the concrete perspective, examining the implementation and enforcement of the standard.