

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

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 reintegracion 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 descuidar 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.

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.²⁵

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 confirmam um caráter irredutível à presunção de inocência, bem como interpretações que consintam com intervenções

²⁵ 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 conceito 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 direitos 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, *Obrigação de permanência na habita o e monitoriza o 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 Constitui o Federal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 670, p. 254-262.

FERNANDES, Ant nio Scarance, *As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal*, in *Revista de Informa o Legislativa*, ano 46, n.  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.  ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*, 4.  ed., Madrid, Trotta, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão – teoria do garantismo penal*, 2.  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*, 2.  ed., São Paulo, Atlas, 2003.

FERRAZ, Leslie Sh rida, *Prisão preventiva e direitos e garantias individuais*, Disserta o (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

FERREIRA, Pinto, *Medidas cautelares*, 4.  ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

FONSECA, Ant nio Carlos Duarte, *Obriga o de permanência na habita o e monitoriza o 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, EJEJA, 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.