

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

IVANALDO BEZERRA FERREIRA DOS SANTOS

PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2021**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

IVANALDO BEZERRA FERREIRA DOS SANTOS

PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito sob a orientação do Professor Doutor Marco Antônio Marques da Silva.

**SÃO PAULO
2021**

IVANALDO BEZERRA FERREIRA DOS SANTOS

PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Nome Completo – Sigla da Instituição

Professor Dr. Nome Completo – Sigla da Instituição

Professor Dr. Nome Completo – Sigla da Instituição

RESUMO

Admitida como constitucionalmente viável a imposição de medidas cautelares restritivas ou privativas da liberdade no escopo de assegurar ou conservar o resultado útil do Processo Penal, desponta o Princípio da Proporcionalidade enquanto critério valorativo no sentido de demarcar os limites máximos da legítima intervenção no âmbito do direito fundamental de liberdade daquele que Presumido Inocente. Não obstante lícita a intervenção na esfera de liberdade do cidadão, desde que constitucionalmente prevista e normatizada no Código de Processo Penal brasileiro suas hipóteses de incidência, todavia, somente se afigura compatível com os valores constitucionais da dignidade humana, presunção de inocência e proporcionalidade quando evidenciada sua excepcionalidade, desde que nenhuma outra medida cautelar alternativa se revele eficientemente capaz de promover o resultado útil do processo com o mínimo sacrifício possível ao direito fundamental de liberdade. Assim sendo, verificado o aparente antagonismo entre o direito fundamental de liberdade e a necessária tutela da efetividade do processo, convoca-se o princípio da proporcionalidade para indicar, através da técnica de ponderação e balanceamento de valores, o caminho viável para sua solução. Somente a intervenção idônea e necessária, balizada pela proporcionalidade em sentido estrito, a partir de critério valorativo na seleção dos meios e fins, afigura-se vocacionada a compatibilizar-se com o princípio constitucional da presunção de inocência. Partindo desses pressupostos, estima-se que o princípio da proporcionalidade apresenta-se como critério de ponderação entre meio e fins constitucionalmente válidos no sentido de promover o resultado útil do processo penal sem impor maus tratos desnecessários ao direito fundamental de liberdade, evitando-se excessos, abusos e até mesmo seu esvaziamento. A presente investigação tem por escopo exatamente demonstrar a compatibilidade vertical entre a prisão no curso da persecução penal e o direito fundamental de liberdade daquele que presumido inocente, desde que submetido aos exatos limites traçados pelo princípio constitucional da proporcionalidade, à medida que destinada a cumprir escopos essencialmente de índole cautelar vinculados a efetividade do resultado útil do Processo Penal.

Palavras-chave: Prisão Cautelar. Medidas Cautelares alternativa. Excepcionalidade. Presunção de Inocência. Efetividade do Processo. Ponderação de valores. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

Admitted as constitutionally feasible the imposition of restrictive precautionary measures or deprivation of liberty in the scope of ensuring or preserving the useful result of the Criminal Procedure, emerges the Principle of Proportionality as a valuable criterion in order to demarcate the maximum limits of legitimate intervention within the scope of the fundamental right of liberty of that presumed Innocent. Despite the lawful intervention in the sphere of freedom of the citizen, provided that constitutionally provided and standardized in the Brazilian Code of Criminal Procedure its hypotheses of incidence, however, only seems compatible with the constitutional values of human dignity, presumption of innocence and proportionality when evidenced by its exceptionality, provided that no other alternative precautionary measure proves to be efficiently capable of promoting the useful outcome of the process with the least possible sacrifice to the fundamental right of freedom. Thus, once the apparent antagonism between the fundamental right of freedom and the necessary protection of the effectiveness of the process is verified, the principle of proportionality is convened to indicate, through the technique of weighting and balancing values, the viable way for its solution. Only the appropriate and necessary intervention, guided by proportionality in the strict sense, based on a value criterion in the selection of means and ends, seems to be dedicated to compatible with the constitutional principle of the presumption of innocence. Based on these assumptions, it is estimated that the principle of proportionality is presented as a criterion of weighting between constitutionally valid medium and purposes in order to promote the useful result of the criminal process without imposing unnecessary mistreatment of the fundamental right of freedom, avoiding excesses, abuses and even their emptying. The present investigation is precisely aimed at demonstrating the vertical compatibility between imprisonment in the course of criminal prosecution and the fundamental right of freedom of the presumed innocent, provided that it is subject to the exact limits outlined by the constitutional principle of proportionality, to the extent that it is intended to comply with essentially precautionary scopes linked to the effectiveness of the useful result of the Criminal Procedure.

Keywords: Injunctive Arrest. Alternative Precautionary Measures. Specialness. Presumption of Innocence. Effectiveness of the Process. Weighting of values. Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIGNIDADE HUMANA E PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.....	16
1.1 O princípio da dignidade humana como fundamento do estado democrático de direito.....	16
1.2 Dignidade humana, processo penal constitucional e proporcionalidade	23
2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ORIENTADOR DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	30
2.1 Enfoque histórico do princípio da proporcionalidade - status constitucional e aplicação como princípio interpretativo.....	35
2.2 Conceito e aplicabilidade do princípio do princípio da proporcionalidade.....	38
2.3 Subprincípios ou elementos caracterizadores do princípio da proporcionalidade	41
2.3.1 Adequação (idoneidade)	41
2.3.2 Necessidade (exigibilidade).....	42
2.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito	44
3 AS PRISÕES CAUTELARES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	47
3.1 Tutela cautelar e tutela antecipada.....	47
3.2 Classificação das medidas cautelares.....	48
3.3 Poder geral de cautela no processo penal.....	50
3.4 Características das medidas cautelares	53
3.4.1 Provisoriedade	54
3.4.2 Instrumentalidade	55
3.4.3 Jurisdicionalidade	55
3.4.4 Homogeneidade	56
3.4.5 Excepcionalidade.....	56
3.4.6 Referibilidade	57
3.5 Breve abordagem sobre as reformas pontuais no código de processo penal tocantes às prisões cautelares	59
3.6 Prisão em flagrante.....	61
3.6.1 Conceito, objeto e natureza jurídica da prisão em flagrante.....	61
3.6.2 Espécies de prisão em flagrante tipificadas no código de processo penal.....	63
3.6.2.1 Flagrante próprio	63

3.6.2.2	Flagrante impróprio	63
3.6.2.3	Do flagrante presumido: ficto ou assimilado.....	65
3.6.2.4	A prisão em flagrante nos crimes permanentes e habituais.....	66
3.6.2.5	Flagrante preparado ou provocado	67
3.6.2.6	Flagrante esperado.....	68
3.6.2.7	Flagrante retardado, diferido, postergado ou de ação controlada.....	68
3.7	Prisão temporária.....	69
3.7.1	Conceito – histórico – objeto – discussão acerca de sua constitucionalidade	69
3.7.2	Momento da decretação da prisão temporária.....	72
3.7.3	Legitimidade para requerer ou representar e para decretação: análise à luz do modelo acusatório de processo	73
3.7.4	Pressupostos e fundamentos da prisão temporária	75
3.8	Prisão preventiva	77
3.8.1	Considerações gerais	77
3.8.2	Momento de sua decretação	78
3.8.3	Legitimidade para requerer e decretar a prisão preventiva.....	78
3.8.4	Pressupostos Positivos da Prisão Preventiva – <i>fumus commisi delicti</i> – Prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.....	80
3.8.5	Fundamentos ou Requisitos Positivos (<i>Periculum libertatis</i>)	82
3.8.5.1	Garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica.....	84
3.8.5.2	Conveniência da instrução criminal	89
3.8.5.3	Assegurar a aplicação da lei penal.....	90
3.8.5.4	Descumprimento de medida cautelar alternativa a prisão: desnecessidade das condições de admissibilidade do art.313 do código de processo penal.....	91
3.8.6	Requisitos negativos: prisão preventiva e excludentes(art. 314 do código de processo penal)	94
3.8.7	Condições de admissibilidade: hipóteses de cabimento da prisão preventiva (art. 313 do código de processo penal).....	95
3.8.7.1	Nos Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.....	96
3.8.7.2	Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do Caput do art. 64 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).....	99

3.8.7.3 Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência(redação conferida pela Lei nº 12.403/2011)	100
3.8.7.4 Dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la	102
3.8.8 Prisão preventiva domiciliar	103
3.8.8.1 Hipóteses de cabimento da prisão em domicílio	106
3.8.8.1.1 Indiciado ou acusado maior de 80 anos de idade	106
3.8.8.1.2 Extrema debilidade em razão de doença grave	107
3.8.8.1.3 Pessoa presa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência	108
3.8.8.1.4 Prisão em domicílio da gestante	109
3.8.8.1.5 Mulher com filho menor de até 12 (doze) anos incompletos	110
3.8.8.1.6 Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos	111
3.8.9 Revogação e Revisão da Prisão Preventiva	111
4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO CAUTELAR	116
4.1 A presunção de inocência nos tratados e convenções internacionais e na constituição brasileira de 1988.....	116
4.2 Conteúdo e Sentidos do Princípio da Presunção de Inocência	118
4.3 Presunção de Inocência e recurso sem efeito suspensivo – execução provisória - inconstitucionalidade.....	122
5 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	126
5.1 Origem e escopo das medidas cautelares alternativas a prisão.....	126
5.2 Das medidas cautelares diversas da prisão tipificadas na lei 12.403/2011	131
5.2.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades	132
5.2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar riscos de novas infrações	134
5.2.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante	136

5.2.4 Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução	137
5.2.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.....	139
5.2.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais ..	141
5.2.7 Internação provisória do acusado 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	145
5.2.8 (VIII) fiança, nas infrações que a admitam, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial	148
5.2.9 Monitoração eletrônica	153
5.2.10 Proibição de se ausentar do país	156
6 A PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	159
CONCLUSÃO.....	168
REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno projetou nas ciências criminais, especialmente o direito Processual Penal, mudanças significativas no modo de produção de saberes. As Declarações de direitos humanos, partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, tornaram claro o caminho civilizatório que humanidade adotou como meta: o respeito aos direitos e garantias individuais, à cidadania e à convivência democrática, mesmo que se registre que esse sentimento submete-se a variações no tempo e no espaço. A avanços e contenções.

Seguindo o norte apontado pela constitucionalização do processo penal, a presente pesquisa tem por desiderato o exame das medidas cautelares pessoais e sua relação com o Princípio da Proporcionalidade enquanto norma de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

Antes de adentrar no cerne do objeto pesquisado, no afã de conformar o processo penal como instrumento de tutela da liberdade, optou-se por examinar o Princípio da Dignidade Humana e suas relações com os direitos fundamentais e com o próprio modelo de Estado Democrático, no escopo de estabelecer em que consiste esses vínculos e suas implicações para o Direito Processual Penal do Estado que o adota como fundamento da República.

Desde que a República Federativa tem como um dos seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana, esse valor supremo, conformado como Princípio constitucional Fundamental estruturante, projeta-se, normativamente, condicionando a atuação e funcionamento do Estado, fazendo com que as relações entre Estado e indivíduo revistam-se de características humanistas a medida que o homem insere-se como meta e fim de suas pautas positivas.

Mais do que simples opção política trivial, a centralização da dignidade humana como fundamento da República ressignificou as relações entre Estado e indivíduos projetando novo impulso e conformação, passando a ser presididas pelo dever de respeito, proteção e promoção simplesmente por reconhecer que o homem tem valor intrínseco, inalienável, e é portador de direitos fundamentais.

Foi nesse sentido que ocorreu o ingresso do Princípio da dignidade humana na pauta do Constitucionalismo moderno, passando a ser positivado nas Cartas Políticas e em Documentos e Declarações Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos como forma de resistência aos regimes autoritários que dominaram parte da Europa na primeira metade do século XX, e, sobretudo, no segundo pós-guerra.

A adoção da dignidade humana como Princípio Fundamental da ordem jurídica e fundamento do Estado democrática de Direito tem o condão de fortalecer o direito fundamental de liberdade, condicionando a atuação do Estado e seus procedimentos, de tal sorte que o Processo deixa de ser um mecanismo a serviço da repressão para ser instrumento de tutela da liberdade.

Nessa perspectiva, tem-se que o Processo Penal influenciado pelo respeito a dignidade humana transforma-se em instrumento de tutela dos mais altos valores do Estado em que concebido, de maneira que a liberdade se descortina como valor dotado de primazia para o Estado Democrático de Direito. Não sem razão, o Constituinte estampou, no art.5º da Constituição da República, uma série de procedimentos que enfatizam a tutela da liberdade.

O Processo Penal, nessa percepção, mais que simples método de composição de conflito, representa as opções político-ideológicas do modelo de Estado, conectando-se com os seus valores e fundamentos.

Nesse ambiente de feição democrática só há lugar, evidentemente, para adoção do sistema acusatório de Processo como forma de organização e estruturação do sistema de Justiça Criminal, desde que conectado com o devido processo legal e o conjunto de garantias individuais que, à medida que oferecem limites a atuação do Estado, funcionam, por outro lado, como fundamento de legitimidade de sua atuação na seara do Processo Penal.

Do nascimento da relação processual até o instante do provimento final, é possível ocorrer inúmeros eventos com potencial para comprometer a eficácia do provimento final. Necessário nesse percurso a adoção de providências visando remover ou neutralizar situação de perigo contemporâneo para efetividade de processo (FERNANDES, 2005).

A adoção dessas providências, com características e pressupostos próprios, marcadas pela transitividade e excepcionalidade, para está em ordem com a Constituição da República deve guardar obséquio aos princípios constitucionais da Proporcionalidade e Presunção de Inocência.

Exatamente em torno da análise das medidas cautelares pessoais restritivas da liberdade, suas espécies, características, pressupostos, fundamentos normativos, e, sobretudo, sua relação com o Princípio da Proporcionalidade que será o centro da presente investigação acadêmica.

Não é de hoje a preocupação doutrinária com a investigação acerca das medidas cautelares no processo penal brasileiro. Não obstante, percebe-se certo deficit legislativo em dotar os operadores e estudiosos do Direito Processual Penal de um verdadeiro Processo Cautelar, visumbra-se, por outro lado, que o estudo das medidas cautelares está sempre na

ordem de preferência de quantos militam no Processo Penal. Talvez mais por sua importância, complexidade e peculiaridades do que por sua sistematização. Aliás, esse quesito, rigorosamente, necessita de constante aprimoramento, tal qual ocorreu com reforma tópica implementada através da Lei nº 12.403/2011 e, mais recentemente, através da Lei nº 13.964/2019.

O Código de Processo Penal brasileiro, gestado e elaborado durante o Estado Novo(1937/45), ditadura implantada pelo Presidente Getúlio Vargas, como não podia deixar de ser, reflete o momento político-ideológico experimentado na vigência do governo autoritário. A estrutura normativa do Processo Penal de 1941 é, sob vários aspectos, claramente ditatorial e compatível com aquele momento histórico. Não obstante ainda vigente, submetido a várias reformas tópicas, em inúmeras passagens, não se verifica sua compatibilidade com o perfil ideológico do atual Estado democrático brasileiro que tem na Dignidade da Pessoa Humana um dos seus fundamentos.

Dessa forma é que os textos normativos referentes às prisões processuais devem ser relidos através de uma interpretação conforme a Constituição e de acordo o princípio da proporcionalidade, marco interpretativo e instrumento de limitação objetiva do poder punitivo do Estado.

Destaca-se, nesse contexto, que embora muito explorado, o interesse do tema da pesquisa continua atualíssimo, posto que as mais recentes transformações no constitucionalismo moderno possibilitaram essa releitura dos textos infraconstitucionais conjugado com a Constituição, tanto que o legislador pátrio visando conformar a Lei instrumental aos vetores constitucionais, iniciou seus primeiros passos na direção de uma reforma ampla na disciplina do Processo Penal brasileiro no afã de compatibilizá-la a moldura constitucional, exemplo disso são as leis 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008 e 12.403 de 2011 e, mais recentemente, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que inovou o sistema jurídico-penal e processual com o chamado pacote anticrime, inserindo a opção expressa do sistema acusatório com a adoção do juiz de garantias, sem deslembrar do Projeto de Novo Código de Processo Penal, emblemático no PL 156/2011 que tramita no Senado Federal.

A investigação do tema tem início na análise do Princípio da Dignidade humana e sua projeção nas relações entre Estado e indivíduo, a partir de sua configuração como valor supremo – fundamento da República - e Princípio Constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais, oportunidade em que se analisa em que medida essa centralidade reflete no Processo Penal, e, especialmente, na adoção das medidas

cautelares no Processo Penal.

Em seguida, é feita a abordagem ao Princípio da Proporcionalidade, seus aspectos históricos e sua projeção para além de sua origem no Direito Administrativo, o reconhecimento de seu status constitucional e aplicação em todas as áreas do Direito, especialmente como orientador do Processo Penal Constitucional. Esse enfoque foi destacado no Capítulo 2, onde se encontra, ainda, alguns apontamentos acerca dos seus Pressupostos formais e materiais, bem como dos requisitos extrínsecos e intrínsecos, oportunidade em que são examinados seus elementos compositivos ou Subprincípios da adequação(idoneidade), necessidade(exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito.

Destaca-se, no ensejo, a forma de operação desses Subprincípios na seleção dos meios para promoção dos fins. Aliás, pontua-se que sua atuação ocorre de forma sucessiva e escalonada na seleta da melhor escolha com o menor sacrifício possível ao direito fundamental de liberdade, utilizando-se da combinação de critérios objetivos, comparativos e valorativos. Não se descuidou, outrossim, de analisar que o Subprincípio da Proporcionalidade em sentido estrito, à medida que se preocupa com a ponderação ou balanceamento de valores (princípios) projeta uma proibição de excessos, sobrecarga ou esvaziamento do direito fundamental submetido a restrição, assumindo assim o seu conteúdo material (SERRANO, 1990).

Em seguida, no terceiro capítulo, realiza-se um estudo sistematizado acerca das prisões cautelares no Processo Penal. No ensejo apresenta-se uma breve análise e divisão de escopos das tutelas de urgência de natureza cautelar e não cautelares(antecipatórias), posicionando-se pela incompatibilidade destas com o Processo Penal orientado pela Presunção de inocência.

Examina-se, outrossim, a classificação das medidas cautelares no Processo Penal brasileiro, suas características e o Poder Geral de Cautela. Nesse particular, estima-se incompatível com a taxatividade(legalidade), pressuposto formal da proporcionalidade, a adoção do Poder Geral de Cautela no Processo Penal. Observa-se, inclusive, que após a edição da Lei nº 12.403/2011, tendo em vista o disciplinamento do sistema de medidas alternativas à prisão cautelar, não há razão para uso da analogia com o Poder Geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, vez que o legislador elencou uma série de medidas alternativas que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, prevendo a maior e menor possibilidade de intervenção do direito fundamental de liberdade.

Antes de superar esse capítulo, destacam-se as modalidades de prisões provisórias, fazendo-se uma conexão com o princípio da presunção de inocência e sua compatibilidade

com as prisões em flagrante, temporária e preventiva, desde que revestidas de índole essencialmente cautelar. Nessa quadra, há lugar, inclusive, para exame, ainda que breve, acerca da natureza jurídica da prisão em flagrante. Esta, aliás, por não ser precedida de cognição judicial e não conectada à efetividade do processo, muito menos com a segurança do provimento futuro, não se afigura tecnicamente como medida genuinamente cautelar, sobressaindo-se, em razão dos seus escopos e peculiaridades procedimentais, sua natureza pré-cautelar. Examina-se, ainda, as reformas tópicas relacionadas às prisões cautelares numa tentativa de lançar luzes acerca do seu aprimoramento.

Analisa-se, no capítulo quatro, mais detidamente, a Prisão Cautelar e sua relação com o Princípio da Presunção de inocência. Procura-se no primeiro instante enfocar a garantia constitucional nos textos internacionais de direitos humanos mais importantes até o seu assento na Constituição da República de 1988. Nesse sentido, destacam-se a natureza das normas internacionais de direitos humanos internalizadas ao sistema jurídico nacional na pirâmide geral das normas jurídicas. Projeta-se o conteúdo e sentido assumido pela Presunção de inocência. Evidencia-se, inclusive, o traço político dessa garantia constitucional. Descortina-se sua compatibilidade constitucional quando a medida restritiva do direito fundamental de liberdade cumpre desiderato essencialmente processual, tutelando os meios de prova ou a efetividade do Processo Penal.

A correlação entre o Princípio da proporcionalidade e as medidas cautelares alternativas será tratada no quinto capítulo. Anota-se a inauguração do elenco das medidas cautelares diversas da prisão conformadas na Lei nº 12.403/12. Destacam-se as características, pressupostos, fundamentos, escopos e a análise particularizada de cada uma das medidas tipificadas na nova sistemática do Código de Processo Penal brasileiro. Aliás, no exame dos requisitos inseridos nos incisos I e II, do art. 282 do Código de Processo Penal, resta claramente demonstrada a relação entre as cautelares alternativas e o Princípio da Proporcionalidade.

Nesse quadrante, conclui-se pela superação do antigo sistema de medidas cautelares previsto no Código de Processo Penal em sua redação primitiva, visto que focado em um sistema bipolar que oferecia apenas a prisão ou a completa liberdade no curso do procedimento, evidentemente por não ser capaz de tutelar adequadamente os fins do procedimento e, sobretudo, assegurar a liberdade daquele que se presume a inocência.

Analisa-se, no sexto capítulo, a Prisão cautelar em confronto com o Princípio da Proporcionalidade. Projeta-se nessa correlação a utilização racional da medida cautelar privativa da liberdade desde que vinculada as suas missões estritamente instrumentais. Para

tanto, examina-se a medida cautelar em face dos subprincípios da idoneidade (adequação), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito.

Procura-se definir a compatibilidade constitucional da prisão preventiva, desde que submetida ao filtro da proporcionalidade. No primeiro estágio, procede-se a escolha dos meios, através do critério linear ou objetivo, dentre as medidas previamente estabelecidas pelo legislador. Superada a fase de escolha da medida idônea (adequada), ingressa-se agora no juízo comparativo a partir das medidas seletadas no escopo de encontrar a medida necessária (exigível). Se esses dois estágios não forem capazes de definir a medida mais eficiente e menos onerosa, desde que ainda persista alguma dúvida para dissipação, adentra-se em uma terceira fase do exame de proporcionalidade.

Nesse estágio, procede-se a avaliação da proporcionalidade em sentido estrito. Busca-se o equilíbrio entre os meios e os fins processualmente válidos, no afã de evitar o excesso de sacrifício ao direito fundamental. Nesse sentido, as desvantagens decorrentes da utilização dos meios são compensadas pelas vantagens obtidas com a implementação dos fins. No desiderato de resolver o conflito, utiliza-se da técnica de ponderação ou sopesamento de valores a partir de uma relação condicionada de precedência. Essa relação, aliás, tem como suporte as circunstâncias fáticos e jurídicas que envolvem os princípios em confronto. Para definição do princípio que terá precedência, aquele dotado de maior peso relativo, no caso concreto, utilizam-se os seguintes critérios: a) relevância material do princípio na ordem Constitucional; b) intensidade da intervenção ou restrição no direito fundamental; c) intensidade ou potencial de realização do fim que fundamenta a intervenção.

A partir desses critérios, realiza-se o juízo valorativo para definição da medida adequada, necessária e menos onerosa ao direito fundamental no afã de promover o resultado processualmente válido e constitucionalmente legítimo, desde que compatibilizado com o Princípio Constitucionais da Proporcionalidade.

Superados os capítulos precedentes, apresentam-se algumas conclusões acerca da investigação, todavia, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, muito menos de oferecer uma posição definitiva, apenas com a finalidade de sintetizar as ideias colhidas a partir do objeto sob investigação.

1 DIGNIDADE HUMANA E PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

1.1 O princípio da dignidade humana como fundamento do estado democrático de direito

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, ao traçar as balizas da organização jurídica, política e social, estruturantes do Estado brasileiro, proclama, no art. 1º, que a República Federativa constitui-se em Estado Democrático de Direito, alinhando, em seguida, a dignidade humana como um dos seus fundamentos, ao lado da soberania, cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Em complemento a essa revalorização do homem, tratou o constituinte, no inciso III, do art. 5º, da Constituição da República, de assegurar que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e, no inciso XLIX, proclamou “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Esses textos completam, no plano da normatividade, a essência do conteúdo do Princípio da Dignidade Humana.

Aliás, em razão de suas projeções filosóficas, políticas e religiosas não constitui tarefa fácil oferecer a verdadeira dimensão desse Princípio cujo prestígio, desenganadamente, destacado no constitucionalismo moderno, mormente após o segundo pós-guerra, não obstante o enorme deficit social que se descortina em qualquer investigação acerca de sua eficácia, sobretudo em razão da ausência de promoções devidas pelo Estado.¹

Registre-se, por oportuno, que a dignidade humana, enquanto valor maximizado da ordem jurídica, apresenta dupla dimensão: uma dimensão interna consistente no valor próprio ou intrínseco ostentado por todo indivíduo, independente do seu status ou virtudes. Vislumbra-se, outrossim, uma outra dimensão externa que se projeta como direitos, aspirações, deveres e obrigações. A dimensão interna não comporta compressão, vez que o valor intrínseco é inviolável. Por outro lado, na dimensão externa por ser a forma de exteriorização de direitos e obrigações pode sim sofrer violações ou restrições (BARROSO, 2012).

¹ Nesse sentido, destaca Daniel Sarmiento (2020): “No rico Estado de São Paulo, presidiárias têm que usar miolos de pão para conter o fluxo menstrual, pois o Poder Público não lhes fornece absorventes. Nas favelas brasileiras, a polícia executa com habitualidade suspeitos pobres, e os fatos, com grande frequência, não são sequer investigados. Menos de 50% da população brasileira tem acesso à coleta de esgoto e cerca de 6 milhões de pessoas no país sequer dispõem de banheiro em casa. A Europa enjeita diariamente milhares de imigrantes desesperados fugidos da África e do Oriente Médio. Os que não se afogam ou morrem de outro jeito na infernal travessia do Mediterrâneo, são tratados como bicho quando chegam ao continente do Iluminismo, privados até do direito de ter direitos” (p. 13).

Acerca das várias acepções do termo dignidade humana, vale conferir a anotação de Daniel Sarmiento (2020):

No Direito contemporâneo, a palavra ‘dignidade’ tem sido usada em um terceiro sentido, geralmente associado aos direitos humanos. A dignidade é empregada como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu status e da sua conduta. A dignidade é ontológica e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou quaisquer outros. E ninguém se despe de dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular. (p. 104).

O Princípio da dignidade humana, conforme anotado por Daniel Sarmiento, figura presente em praticamente todas as declarações e tratados internacionais sobre direitos humanos, e está consagrado expressamente em nada menos que 149 constituições nacionais, das 194 em vigor. Sua aplicabilidade também é reconhecida em alguns países como França e Estados Unidos da América, ainda que suas constituições não proclamem expressamente o mencionado princípio.

No Brasil, o princípio goza de enorme prestígio, tendo sido apontado pela doutrina como o “valor supremo da democracia”, como a “norma das normas dos direitos fundamentais”, como o “princípio dos princípios constitucionais” (SARMENTO, 2020, p. 2). Esse merecido reconhecimento à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global não deixa de ser projeção do avanço civilizatório, vez que se trata de princípio de viés nitidamente humanista, baseado na valorização da pessoa e destinado a assegurar os direitos básicos do cidadão contra todas as formas de injustiça e opressão patrocinada pelo Poder Público ou ente privado.

Foi exatamente nesse contexto que José Afonso da Silva (1989) colocou em evidência toda carga valorativa do princípio nos seguintes termos:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional(...).

Evidenciada sua carga valorativa e unificadora apta a conferir estabilidade e harmonia para todo o sistema jurídico, cabe projetar que o princípio da dignidade da pessoa humana,

constitucionalmente alçado a fundamento da República, goza de significado para além de simples norma jurídica constitucional. Projeta-se, na verdade, como uma decisão política do constituinte em favor das liberdades, potencializando, inclusive, a própria finalidade do Estado Constitucional e democrático de direito.

Nesse sentido, vale conferir a lição de Antonio Enrique Pérez Luño (1998) em referência à norma constitucional espanhola de igual sentido:

Deste modo, a dignidade da pessoa, seus direitos invioláveis e o livre desenvolvimento de sua personalidade, proclamados no referido art. 10(1), em necessária conexão com o art. 9(2), que exige fazer reais e efetivas a liberdade e a igualdade, constituem uma inequívoca decisão de nossos constituintes em favor das liberdades. Tal decisão, lógica em um Estado de Direito que se define como social e democrático, impõe uma interpretação dos direitos fundamentais, que os contemple, não só como esferas subjetivas da liberdade, senão como elementos constitutivos de um sistema unitário de liberdades, patrimônio comum dos cidadãos individual e coletivamente, cuja extensão e eficácia máximas aparecem como uma meta irrenunciável a ser alcançada. (p. 316).

Importante destacar, outrossim, que a partir dessa relevantíssima decisão política do constituinte, as relações entre Estado e indivíduo assumem contornos que se desenham notadamente pela primazia da pessoa humana enquanto alicerce do Estado de Direito. O Estado nessa concepção não é um fim em si mesmo. Não existe para si. Configura-se como meio ou instrumento de promoção da dignidade, autonomia e liberdades do cidadão.

A decisão política de alçar a dignidade humana a condição de fundamento do Estado Democrático projeta significativa consideração em relação a tutela dos direitos humanos, desde que condiciona a atuação, funcionamento e fins do Estado a esse fundamento. É exatamente nesse contexto que se redesenham as relações entre indivíduo e o Estado. A horizontalidade dessa relação, construída a partir do reconhecimento de igual dignidade de todos, recomenda que somente é possível a interferência do Estado na esfera individual do cidadão quando necessária ou imprescindível para assegurar a tutela de todos.

A dignidade humana, nesse contexto, ostenta um núcleo essencial caracterizado por um conjunto de atributos ligados ao homem pelo simples fato de ser humano, traduzido na ideia de valor próprio, supremo e inalienável em razão de sua humanidade, onde ai inseridos o respeito, a consideração, a liberdade, a vida, a autonomia, valores que traduzem a concepção segundo a qual o homem é meta e fim do próprio Estado (NOVAIS, 2015).

Nesse sentido, projetam Cláudio José Langroiva Pereira e Pedro Luiz Gagliardi (2009):

A dignidade assume forma com o reconhecimento do valor pessoa humana como condição pré-existente, ou seja, da própria natureza do homem.

Valor imposto no art.1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, é fundamento do Estado Democrático de Direito.

Estabelece esse princípio, base de todos os direitos humanos previstos, a conexão entre o ser humano e suas ações como integrante da sociedade, independentemente de quaisquer atributos de ordem pessoal, como função, título ou cargo. (p. 41).

Esse é o exato sentido e dimensão que deve ser conferida a dignidade humana. O Homem é detentor de um valor intrínseco, próprio, que se configura como projeção de sua personalidade. Decorre de sua natureza de ser humano. Um valor objetivo que impõe o reconhecimento do homem como sujeito e nunca como objeto. Como fim e nunca meio. A partir dessa concepção, se o homem é fim o Estado é meio. O Estado deve ser visto como instrumento de realização das necessidades do homem.

Não obstante reconheça a enorme dificuldade, em razão da vagueza e indeterminação do seu conceito, a dignidade humana, enquanto fundamento da República, reclama sempre um esforço para densificar seu conteúdo.

Nesse sentido, muito lúcida e precisa a lição de Jorge Reis Novais (2015), segundo a qual:

(...) o facto de a dignidade da pessoa humana ser considerada a base em que assenta a República determina necessariamente a conformação de toda a natureza da organização, funcionamento e fins do Estado a essa luz. Uma vez que a Constituição faz da dignidade da pessoa humana e, portanto, da pessoa concreta, individualmente considerada, o alicerce fundamental do Estado de Direito, o relacionamento entre o Estado e os cidadãos fica estruturalmente marcado pela primazia da pessoa.

Reflexamente, a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito democrático afasta, como que por definição, qualquer ideia de projeção do Estado como fim em si, como se ele devesse prosseguir o seu próprio engrandecimento enquanto destino de uma pretensa entidade ética em que o indivíduo se devesse, subordinadamente, integrar. A elevação da dignidade da pessoa humana a princípio constitucional dá expressão e fundamento a um novo tipo de relacionamento entre o Estado e o cidadão, ambos reconhecidos ou finalisticamente reconstruídos como pessoas jurídicas que vivem sob a égide do Direito.

Num Estado baseado na dignidade da pessoa humana, é a pessoa que é um fim em si, enquanto indivíduo singular e não enquanto membro de qualquer corpo ou entidade transpersonalista, seja a família, a corporação, a classe ou casta, a etnia, a nação ou a comunidade; o Estado é meio, é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais e concretas, assegurando e promovendo a sua dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar. (p. 59).

Embora reconheça não ser tarefa fácil esquadriñar com segurança um conceito acerca da dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo, certo é que essa dificuldade resulta do contexto em que concebido em uma sociedade democrática, aberta, plural e inclusiva, de sorte que não é dado considerar o princípio da dignidade humana a partir de uma visão

reducionista sob o ponto de vista exclusivo de uma corrente religiosa, política ou filosófica, sob pena de amesquinhar seu conteúdo material e alcance.

Necessário concebê-lo e situá-lo, enquanto valor supremo de uma sociedade democrática em que edificado todo o sistema jurídico, a partir de uma visão inclusiva, aberta e plural, vocacionada a prestigiar os valores mais significativos do Estado democrático, tais quais a liberdade, igualdade, autodeterminação, a privacidade e os atributos da personalidade do homem. Nesse sentido, é certo notar que o princípio da dignidade humana assume verdadeira feição de princípio constitucional fundamental, desde que os valores políticos ou moral adentram no âmbito do direito tomando a forma de princípio (BARROSO, 2012).

Nessa ordem de compreensão, observa-se, por outro lado, que para certo setor da doutrina há entre o princípio da dignidade humana, enquanto valor normativo, e os direitos fundamentais certa sobreposição que os une e identificam materialmente. Partindo dessa abordagem, os direitos fundamentais conferem densidade ao princípio da dignidade humana. Por sua vez, a dignidade humana funciona como fundamento e limite dos direitos fundamentais. É fonte e critério de interpretação dos direitos fundamentais. Obviamente que essa ideia também projeta preocupações, mormente quanto se percebe que eventual violação a direitos fundamentais, na exata medida, configura violação ao próprio Princípio dignidade humana enquanto alicerce do Estado democrático de Direito.

Não há dúvida da relação muito próxima, recíproca e até fundante entre dignidade humana e direitos fundamentais. Essa compreensão não pode ser desconsiderada. Todavia, observa-se, através de uma percepção histórica, que o princípio da dignidade humana somente aportou nas constituições modernas expressamente a partir da primeira metade do século XX, sobretudo, no segundo pós-guerra, como reação política aos movimentos de índole autoritária que se notabilizaram através de ideologias nazi-facistas que dominaram a Itália e Alemanha, e como resposta às violações de direitos ocorridas em função da segunda guerra, de maneira que ainda que se enxergue certa relação de complementariedade e, até mesmo certa sobreposição, não é dado vislumbrar uma relação histórica necessária (MIRANDA, 2008) entre o princípio da dignidade humana e direitos fundamentais. Isso porque há Constituições que embora não reporte expressamente ao princípio da dignidade humana, apresentam, todavia, verdadeiro catálogo de direitos fundamentais.

Essa percepção, aliás, afigura-se bastante consentânea com a localização topografia do princípio da dignidade humana já no art. 1º, inciso III, da Constituição da República. Ao anunciar esse valor como fundamento da República, o constituinte não militou com simples trivialidade. Evidente que posicionado na abertura do texto constitucional, antes mesmo do

anúncio dos direitos e garantias fundamentais, certamente, mereceu do constituinte e exige do intérprete especial consideração, por isso que estimado como princípio dos princípios e valor fundamental em que assentado o edifício constitucional no Estado Democrático de Direito.

Nessa ordem de ideias tem-se que o princípio da dignidade humana, enquanto valor fundamental do Estado de Direito, revela-se sob certa perspectiva, como uma garantia que tem por escopo blindar o indivíduo contra violações e humilhações indevidas patrocinadas por quem quer que seja, consistindo em um certo dever de respeito e proteção. Por outro lado, impõe ao Estado o dever promover – através de prestações positivas - os meios necessários para que todos possam viver com dignidade.

A esse respeito, impende trazer à conferência a lição de Ingo Sarlet (2001):

Nesse contexto, não restam dúvidas de que os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for sua procedência. (...) Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Por outro lado, ainda nessa linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa - , o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. (p. 89-90).

A dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República em que edificado o Estado Democrático de Direito, projeta-se como valor político inalienável e legitimador dos direitos fundamentais, embora com eles não se confunda, melhor se qualifica quando considerada como Princípio Constitucional Estruturante do Estado de Direito.

Essa consideração, aliás, no meu sentir, afigura-se mais consentânea com a importância política emprestada pela Constituição ao Princípio da dignidade humana, desde que os princípios constitucionais estruturantes, qualificam-se como norma-regra ou, pelo menos, norma de estrutura dual (NOVAIS, 2015),² em que se verifica em seu conteúdo uma

² No mesmo sentido, pondo em evidência a estrutura dualista da norma da dignidade humana, Robert Alexy (2008) anota que “Seria possível sustentar que a Constituição alemã estabelece pelo menos um direito absoluto, fundamentado pelo art. 1º, § 1º,1: ‘A dignidade humana é inviolável’. De fato, o art. 1º, § 1º,1, desperta a impressão de um caráter absoluto. A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo

porção-princípio e uma porção-regra. Aquela(dimensão princípio) confere direito *prima facie*. Não apresenta soluções definitivas, mas respostas, no caso concreto, pautadas por relações condicionadas de precedência. Sujeita a flexibilização e ponderação. Na dimensão regra, ao contrário, revela-se absoluta, desde que apresenta soluções definitivas. Verificada a hipótese de incidência ou subsunção, não se observa qualquer possibilidade de ponderação, valendo-se a forma “tudo ou nada”.

De outra parte, diversamente seria considerar a dignidade humana como direito fundamental. Não se nega, evidentemente, em hipótese alguma, sua íntima ligação, relação de complementariedade e até sobreposição sob certos aspectos. Todavia, a qualificação da dignidade humana como direito fundamental revela certos inconvenientes, vez que não havendo direito absoluto estaria sujeito a flexibilização, ponderação, limitabilidade e cedência.

Essas características denotam certa incompatibilidade com a própria natureza da dignidade humana enquanto pilar em que assentado todo edifício do Estado de Direito. Nessa qualidade, estima-se pouco razoável admitir que a dignidade humana poderia ceder (ser flexibilizada) em proveito de outro princípio sem que essa cessão implique em corrosão da rigidez do pilar fazendo ruir toda estrutura do edifício que sobre ela construído. Não fosse bastante, cumpre ponderar, outrossim, como poderia continuar a considerar a dignidade como base em que assentada a República e, simultaneamente, dar prevalência a outros valores que se lhe opuserem? (NOVAIS, 2015).

Projetada essa noção acerca da dignidade humana, vislumbrando que seu conteúdo normativo de índole política irradia-se e alicerça todo sistema jurídico no Estado Democrático de Direito, de sorte que não há dúvida quanto a sua projeção no Processo Penal do Estado em que serve de alicerce.

A partir dessas considerações, importante examinar a influência do Princípio da dignidade humana e suas projeções no Processo Penal no Estado democrático de Direito e, sobretudo, as hipóteses de limitabilidade de direitos fundamentais no afã de socorrer outros direitos e valores comunitários igualmente relevantes.

1.2 Dignidade humana, processo penal constitucional e proporcionalidade

Desenganadamente, a decisão política de alçar a dignidade humana como fundamento da República para além de condicionar o funcionamento e atuação do Estado, posiciona o homem como meta e finalidade de suas prestações positivas.

Não se objeta que a República Federativa, qualificada pela forma de Estado Democrático de Direito, desde que adotada a dignidade humana como um dos seus fundamentos(art. 1º , III, da Constituição Federal) elegeu como meta de suas ações o respeito, proteção e promoção do homem enquanto membro de uma comunidade organizada, erigindo esse valor ao nível de princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

Na esteira dessa consideração, estima-se que os valores republicanos proclamados pelo Estado democrática irão projetar-se em forma de princípios no âmbito do processo penal de sua sociedade. Percebe-se, dentre todos os ramos do direito, que é no processo penal onde mais se verifica a influência das concepções político-ideológicas do Estado.

Certamente, onde o Estado apresenta a forma republicana e democrática mais se enxergam as projeções desses valores condicionando o funcionamento de suas instituições e influenciando seus procedimentos. Estima-se, por isso, ser o ambiente democrático o mais apropriado para consecução do processo penal, enquanto relação jurídica processual, como método de composição de litígios dotados de repercussão criminal.

Não foi por outra razão que James Goldschmidt (1935) destacou a relação entre Estado e Processo Penal de uma nação com a seguinte nota:

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal em general. Se puede decir que la estructura del proceso pena de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. (p. 37).

Aliás, essa relação entre o modelo de Estado e sua influência no Processo Penal não podia ser diferente. Assim é que nos Estados de feição autoritária vislumbra-se que toda a carga autoritária é projetada no Processo Penal sobretudo em forma de concentração de poder e funções na figura do juiz, fazendo nascer a ideia de processo inquisitivo, sensivelmente despartado da dialética, publicidade, e demais garantias que são próprias do genuíno processo acusatório.

De outra banda, onde o Estado é democrático essa feição democrática é projetada na relação processual em forma de garantias. Nesse contexto, descortina-se o processo penal de

viés democrático materializado através do modelo constitucional acusatório, cujos sujeitos são chamados a desempenhar funções na relação jurídica processual que se desenvolve por impulso oficial, em ambiente de cooperação entre as partes e sob o pálio de um fecho de garantias inerentes ao próprio modelo de Estado. Prestigia-se a cooperação das partes como dialética do procedimento que se desenvolve através de contraditório e exercício da plenitude de defesa, como projeções inerentes a concepção democrática do Estado.

Nesse contexto, destaca-se a relação existente entre Estado, constituição e Processo Penal. É que a configuração político-ideológica do Estado encontra na Constituição suas linhas estruturantes, de sorte que ao traçar o perfil ideológico e as balizas estruturantes de um certo modelo de Estado a Constituição projeta essa concepção política no âmbito de suas instituições e procedimentos.

Isso faz com que o modelo de Estado reflita na relação processual em forma de valores e princípios constitucionais. Nessa conjuntura, resulta a identidade axiológica entre o modelo de Estado e o modelo de Processo Penal. A medida que o Estado prestigia os valores democráticos, o Processo Penal será sempre e necessariamente inspirado por iguais valores, dando primazia aos valores e princípios que lhes são corolários, dentre os quais destacam-se a dignidade da pessoa humana, o devido processo Legal, a Presunção de inocência, a liberdade, isonomia de tratamento, o contraditório e ampla defesa, publicidade de seus atos e motivação das decisões, todos esses valores conferem coerência entre o perfil ideológico do Estado e modelo de Processo Penal albergado na Constituição da República.

Aclaradas essas considerações, importante destacar que o Processo Penal de um Estado que se qualifica como democrático e tem a dignidade humana, expressamente, posicionada como fundamento da República, necessariamente, assume sua vocação para otimização dos valores democráticos e humanísticos.

Nesse ambiente, percebe-se que a dignidade humana enquanto princípio estruturante e mandamento de otimização do sistema jurídico, impulsiona a relação jurídica processual carregando para o processo penal todos aqueles valores – princípios constitucionais - que são próprios do devido processo legal em um Estado democrático de Direito.

A consideração da dignidade humana como fundamento da República revela certo avanço civilizatório, de sorte que essa compreensão impõe a existência de um Processo Penal de índole humanista, respeitoso com os direitos fundamentais e garantias individuais, cuja possibilidade de restrição somente através de autorização constitucional quando balanceada com o princípio da proporcionalidade, no afã de salvaguardar e assegurar direitos de iguais categorias em proveito da vida comunitária.

Nesse contexto, importante destacar a lição de Carvalho (2004):

(...) o incipiente e antigo sentimento de dignidade que culminou com a revolução Francesa e que formulou as bases teóricas da volta ao sistema acusatório e ensejou o ambiente para a doutrina da relação processual, evoluiu no princípio constitucional da dignidade que hoje o abriga e consagra. Desta forma, estão consagrados, também, no princípio da dignidade humana, todas as demais garantias processuais enumeradas em outros dispositivos constitucionais como contraditório, a ampla defesa, a isonomia e, notadamente, esta constitucionalizado um sistema processual que preserve as características fundamentais do sistema acusatório e da concepção do processo como relação processual. (p. 34)

A medida que se harmonizam Estado, Constituição e o modelo de processo, através da adoção dos valores constitucionalmente albergados expressa ou implicitamente, otimizados pelo princípio estruturante da dignidade humana, percebe-se que o constituinte, no afã de homenagear a liberdade enquanto valor que se conecta com a dignidade humana e na própria expressão de Estado Constitucional e Democrático de Direito, enfatizou a tutela da liberdade como status natural e primado do homem – o homem é fim nunca meio - que somente pode ceder mediante a estrita observância de preceitos fundamentais (NALINI, 1999).

Por essa razão, observa-se que o capítulo constitucional que trata dos direitos fundamentais esquadrinhou inúmeros dispositivos no afã de colocar em evidência o prestígio reservado a liberdade, exatamente por reconhecer sua importância para o processo de viés essencialmente democrático e de feição humanista. Assim é que: i) 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(art. 5º, LXI, da CF); ii) a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada(art. 5º LXII, da CF); iii) o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado(art. 5º, LXIII, da CF); iv) o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial(art. 5º, LXIV, da CF); v) a prisão ilegal será imediatamente relaxada pelo autoridade judiciária(art.5º, LXV da CF) e vi) ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança(art. 5º, LXVI da CF).

Perceptível, nesse contexto, o esmero com que o constituinte tratou o direito de liberdade, certamente assim procedeu no afã de prestigiar igualmente a dignidade humana tanto que priorizou a liberdade e traçou limites rígidos para legitimar seu sacrifício, restando evidente que no aparente conflito entre o direito de liberdade e a segurança da comunidade

optou o constituinte, desenganadamente, por colocar em evidência de forma mais enfática a tutela da liberdade.

Essa consideração, aliás, é uma consequência da configuração do Estado democrático. É que a democracia é um modelo que se legitima através da participação popular nas decisões políticas do Estado. Nesse contexto, prestigia-se a liberdade e a dialética como valores fundamentais garantidores da participação do cidadão na vida política do Estado.

Projetando esses valores para o campo dos procedimentos, especialmente, no Processo Penal, verifica-se que o prestígio constitucional alcançado pela tutela da liberdade é uma consequência da definição da República como Estado democrático. Em outros termos, a democratização do Estado, na exata medida, irá se projetar no modelo de Processo Penal conferindo primazia a liberdade e as garantias constitucionais que materializam sua proteção.

Nesse particular, impende trazer à conferência lição sempre pertinente do Professor Marco Antônio Marques da Silva (2001):

Com a democratização do Estado o processo passa a ser tido como um instrumento posto ao cidadão com *status* de garantia constitucional. Em uma sociedade democrática o processo é visto como um dos modos de atuação política.

O processo, dentro do que se tem denominado de democracia participativa, com uma superação da democracia liberal e da democracia social, é visto como instrumento de atuação política, como uma efetivação dos objetivos politicamente definidos pela comunidade. A busca seria do acesso ao cidadão a uma ordem jurídica justa, e não apenas a possibilidade do acesso ao poder jurisdicional enquanto uma instituição do Estado. (p. 77).

Sob essa consideração, estima-se que mais que simples método de composição de conflito, o processo representa também a concepção político-ideológica do Estado reinante em determinado momento histórico. De tal forma, a Constituição e seus valores constituem-se na fonte normativa e de interpretação por excelência do Processo Penal.

Essa compreensão, por sinal, foi objeto de especial consideração da Professora Ada Pellegrini Grinover (1990), cuja lição merece destaque:

O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive. (p. 14-15).

Assim é que nas democracias constitucionais, tal qual a brasileira, o Processo Penal assume a feição de instrumento de tutela da liberdade. Para tanto, vale-se das normas constitucionais que expressam o Devido Processo Legal para assegurar a dialética processual, com isonomia de tratamento e paridade de armas, o contraditório público, de sorte que somente através de decisão judicial transitada em julgado é possível desconsiderar a presunção de inocência.

Não obstante evidenciada a tutela enfática da liberdade como consequência e projeção da democratização do processo, estima-se, todavia, que a Constituição não deixou de tutelar também outros valores igualmente relevantes para sociedade, ainda que aparentemente possibilite a ocorrência de conflito.

Assim sendo, embora tenha prestigiado a liberdade, a Constituição possibilita a prisão cautelar para o fim de assegurar a efetividade do Processo Penal de conhecimento e de execução.

Evidente que a tutela da liberdade não poderia ser feita sem possibilitar a utilização dos meios constitucionais necessários para salvaguardar interesses comunitários. Desde que revelada situação de risco para efetividade do processo é possível a imposição de restrição ao direito fundamental de liberdade, ainda que sem culpa definida.

Reconhece-se o primado da liberdade mas não se descuida da adoção de instrumentos republicanos, constitucionalmente previstos, para o fim de garantir, por exemplo, o sucesso das investigações ou a efetividade do processo, e, conseqüentemente, tutelar a segurança da coletividade.

Nesse contexto, no afã de tutelar valores igualmente relevantes, tal qual a segurança pública, surge a possibilidade do aparente conflitos normativo. Sendo certo que não há direito fundamental absoluto, é possível a imposição de sacrifícios ou de restrições ao direito fundamental de liberdade através de medidas cautelares sem que isso implique em desconsideração do valor intrínseco inerente a dignidade humana.

Essa equação somente se afigura possível em razão da ponderação ou sopesamento desses valores fundamentais em litígio. Nesse sentido, destaca-se o princípio da proporcionalidade, cujo assento normativo repousa implicitamente na Constituição da República em decorrência da adoção do Estado Constitucional e Democrático de Direito ou mesmo no Princípio do Devido Processo Legal em sua dimensão substantiva, no sentido de impor limites ao Poder Normativo do Estado e de critério de interpretação na aplicação da Lei, ou, ainda, como decorrência do Princípio da Legalidade, ou mesmo como consequência da adoção dos direitos fundamentais (FERNANDES, 2005).

Estabelecida a peleja normativa sua solução perpassa pela convocação do princípio da proporcionalidade para indicar o melhor caminho a seguir na aparente colisão, sem que isso implique em invalidação de um ou outro valor conflitante. O Princípio da Proporcionalidade indica a solução para situação concretada sopesando os valores concorrentes.

Embora inescindível a primazia do direito fundamental de liberdade, em situação que tal, desde que justificado pelas circunstâncias, é possível a imposição de prisão cautelar ou mesmo de medida cautelar diversa de graduação menos intensa, na esfera de liberdade do cidadão, no escopo de assegurar a efetividade das investigações preliminares ou mesmo do processo de conhecimento ou de execução penal.

Assim é feito o cotejamento dos princípios – valores - aparentemente conflitantes no afã de estabelecer aquele que ostenta primazia ou precedência no caso concreto. Esse sopesamento é feito sob as luzes do princípio da proporcionalidade a indicar o melhor caminho dentre as alternativas que se apresentam com o menor sacrifício possível ao direito fundamental.

Nesse sentido, estima-se que o princípio da proporcionalidade possibilita a utilização de critérios mais objetivos para justificar a tomada de decisão na colisão de direitos fundamentais, revelando-se como singular instrumento convencimento, ponderação e temperamento na interpretação de textos normativos, sobretudo daqueles que revelam acentuado grau de indeterminação, vagueza e abertura em sua redação.

O Princípio da Proporcionalidade, enquanto regra de interpretação, tem como pressupostos formal a legalidade e como pressuposto material a justificação teleológica(justo motivo). Qualquer restrição que se pretenda impor ao direito individual exige-se sua previsibilidade na Constituição ou na Lei em sentido formal. A Lei deve descrever com clareza as hipóteses de incidência da restrição, a forma e intensidade, no afã de afastar abusos e intervenções desproporcionais, inclusive, evitando-se termos ou expressões abertas, vagas e imprecisas. No que toca ao pressuposto material, consistente na justificação teleológica ou justo motivo, estima-se que resulta do vínculo estabelecido entre a restrição ao direito fundamental e o objetivo a ser alcançado. É estabelecida uma relação de meio e fim constitucionalmente legítimos.

Superado o exame dos pressupostos, adentra-se na análise dos requisitos extrínsecos consistentes na judicialidade e motivação. Tendo em vista que qualquer restrição a direitos fundamentais será sempre objeto de controle pelo Poder Judiciário, assim é que a imposição de limites ou sacrifícios ao direito individual, no ambiente do Processo Penal, somente se afigura válidos quando decretados através de decisão judicial. Essa decisão, aliás, como

garantia de legitimidade dos atos do Poder Judiciário, na forma do art. 93,IX, da Constituição Federal, precisa ser motivada, de forma a revelar as razões pelas quais a adoção da restrição se afigura relevante para o atingimento daquela finalidade.

Em um terceiro momento, após exame dos pressupostos formais e materiais, bem como dos requisitos extrínsecos(externos), pertinente, agora, a avaliação dos requisitos intrínsecos para aplicação do princípio da proporcionalidade. São aqueles que compõe a própria essência ou tecido do princípio da proporcionalidade. resultam na adequação(idoneidade) da via eleita, a necessidade (exigibilidade) da medida e a proporcionalidade em sentido estrito que revela o juízo de ponderabilidade, ocasião em que serão cotejadas a proibição de excesso e a vedação da proteção deficiente.

São esses, portanto, os pressupostos formais e materiais, bem como os requisitos extrínsecos e intrínsecos que servem para orientar a aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto regra de aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, consoante será descortinado na presente análise.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ORIENTADOR DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

O princípio da proporcionalidade, como já mencionado, teve origem no direito administrativo e ganhou status de princípio constitucional pela superação do conceito de Estado de Direito da legalidade para o Estado de Direito da constitucionalidade. O constitucionalismo moderno surge a partir do momento em que as cartas políticas dotadas de supremacia passaram a ser, não mais meras declarações políticas ou filosóficas, mas verdadeiros atos de legislação vinculantes, com força normativa e superioridade hierárquica (BONAVIDES, 2005).

Essa supremacia constitucional, porém, só tem sentido se realizada em prol da guarda eficaz dos direitos fundamentais, através do repúdio ao arbítrio e da contenção dos poderes do Estado, seja na função legislativa, executiva ou jurisdicional. Aqui é que o princípio da proporcionalidade consagra-se como princípio ou regra de interpretação constitucional, cuja aplicação no âmbito das ciências criminais tornou-se irrecusável.

As ciências criminais tiveram origem a partir da segunda metade do Século XVIII, especialmente com a edição da obra "Dos delitos e das penas", de Cesare Beccaria. Esta obra, aliás, elaborada em compasso com o ideário iluminista daqueles tempos, tinha como norte exigir do Estado a obediência aos direitos inerentes à pessoa humana, o que contribuiu na "processualização" do direito de punir, como instrumento indispensável para a limitação na persecução criminal. Nesse passo, a obra em comento já pensara nos princípios da presunção de inocência, ou não culpabilidade, direito ao silêncio, publicidade e mesmo da celeridade (só agora reconhecido em nossa Constituição) – ainda que a realidade da época ainda fosse impregnada pelo Regime Absolutista e a persecução penal desse guarida à prática de toda sorte de arbitrariedades, como julgamentos secretos, negativa do direito de defesa, aplicação de tortura e outras práticas inconcebíveis (SILVA JÚNIOR, 2008).

Por esse ângulo vê-se que o Direito Criminal, especialmente o processual penal, foi concebido como instrumento para preservar os direitos fundamentais da pessoa humana frente ao legítimo direito de punir do Estado para o fim de coibir excessos e abusos. A origem do Direito Processual Penal se confunde com as declarações de direitos do homem, que mais tarde, pelo processo de constitucionalização, transmutaram-se em direitos fundamentais, e, não é por outra razão que as discussões de Direito Processual Penal girem ao redor das garantias impostas pelos direitos fundamentais, como limites ao direito de punir do Estado (SILVA JÚNIOR, 2008).

O Código de Processo Criminal brasileiro de 1831 foi influenciado pelas ideias liberais de Beccaria, mas as ciências criminais no Brasil paulatinamente receberam modificações substanciais por influência da Escola Positiva, encabeçada por Cesare Lombroso, a qual propunha a adoção de regras mais rígidas no tratamento da questão criminal. É o que explica Silva Júnior (2008), que conclui:

Essa nova vertente do processo criminal, depurada pela *Escola do Tecnicismo Jurídico*, fomentou a construção de outro arcabouço jurídico criminal, cujas bases, alinhavadas na Carta ditatorial de 1937, foram fincadas com especial destaque no Código de Processo Penal de 1941, ainda hoje em vigor. Sob a batuta da ordem constitucional então vigorante em nosso meio, o ordenamento processual penal trazido a lume refletiu a mentalidade antidemocrática e eminentemente *policialesca* de então. (p. 9).

Luiz Flávio Gomes (2008) anotou que o Direito Penal experimentou uma exagerada e descontrolada expansão, em virtude da enorme força que a linha político-criminal punitivista conquistou, na era da globalização. Nesse contexto, o clássico Direito Penal liberal, construído a partir do Iluminismo de Beccaria e Feuerbach encontra-se completamente desfigurado e se pretende um Direito Criminal coerente com o modelo de Estado que hoje é adotado por nosso país, não há outro caminho a percorrer se não fazê-lo observar todos os limites desenhados na Constituição da República.

Isso porque Constituição de 1988 instaurou entre nós uma realidade já experimentada nos países da Europa continental desde o final da Segunda Guerra Mundial, o Estado Constitucional e democrático, "aquele em que o ordenamento jurídico é compreendido em consonância com as lentes oferecidas pela compreensão e alcance dos direitos fundamentais" (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 10).

Aliás, Canotilho (2003) explica que Estado constitucional é "mais" do que Estado de direito. O elemento democrático não foi somente introduzido para travar o poder – "*to check the power*" – mas também pela necessidade de legitimação do mesmo poder – "*to legitimize State power*". O doutrinador explica que o Estado constitucional, diferentemente do Estado de direito responde ao aspecto da legitimidade de uma ordem de domínio, ou legitimação do exercício do poder político – responde à questão "donde vem o poder" – através do princípio da soberania popular, "todo o poder vem do povo". De maneira que resta seguro o direito a procedimentos juridicamente regulados, inclusive conforme a ideia de democracia como valor (e não apenas como processo).

A doutrina denominou de neoconstitucionalismo essa nova era que, por suas inovações, permite o fortalecimento da aplicação dos direitos fundamentais, desde que a

Constituição passa a ser vista como o centro do sistema, e como uma norma jurídica dotada de imperatividade e superioridade, com carga valorativa – axiológica – fundada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais e de eficácia irradiante aos Poderes públicos.

A Constituição Federal quando trata dos direitos fundamentais estabelece as linhas estruturantes e a opção político-ideológica do ordenamento jurídico. Não sem razão, o Professor Walter Nunes da Silva Júnior ao construir sua teoria constitucional do processo penal, estima que a história desse ramo do Direito confunde-se com a história dos direitos fundamentais e que estes formam o núcleo duro das regras processuais penais (SILVA JÚNIOR, 2008).

Essa percepção, aliás, é ratificada por Luiz Flávio Gomes, no sentido de que os princípios constitucionais penais e processuais penais funcionam como limites internos do poder punitivo do Estado, observando que alguns deles estão expressamente contemplados na Constituição e outros implícitos, como decorrência de nosso sistema, sendo que, todos convergentes do "princípio-síntese" do Estado constitucional e humanitário de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja compreensão digna de registro:

A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa dotada de direitos, por força da vinculação normativa da Constituição e do direito humanitário internacional. De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena (...) a dignidade humana revela uma dimensão específica, consistente na proibição de penas indignas (GOMES, 2008, p. 53).

Entre os princípios decorrentes da dignidade humana, que não estão expressos no ordenamento jurídico brasileiro, está o princípio da proporcionalidade, que, em verdade, pertence à natureza e a própria essência do Estado constitucional e democrático de Direito.

Nesse contexto o postulado da proporcionalidade pode ser inferido também de outros princípios que lhe são afins, como do princípio da igualdade material, ou igualdade-proporcional (BONAVIDES, 2005), em que: todos têm a garantia de um processo devido e pelo qual os atos processuais respeitem a proporção entre o fim que buscam e o meio ao qual se recorre para tanto, sem abusos ou discriminações.

Ao buscar fundamento no princípio da igualdade material o princípio da proporcionalidade exige que a isonomia obedeça a uma igualdade real e proporcional, impondo tratamento desigual aos desiguais, para que supridas as diferenças se atinja a igualdade substancial (GRINOVER, 2009).

No processo penal, especialmente, o princípio da igualdade deve ser rigorosamente

obedecido entre os que estão na mesma posição jurídica - não há exceções, por exemplo, no tratamento de diversos acusados. Mas em relação àqueles que estão em posições opostas (acusação e defesa); "é mitigado pelo favor rei e pelo favor libertatis, postulados básicos pelos quais o interesse do acusado goza de prevalente proteção no contraste com a pretensão punitiva" (GRINOVER, 2009, p. 12).

O princípio da proporcionalidade é corolário ainda dos direitos fundamentais e do devido processo legal substancial, de maneira que, por tantos e tão relevantes fundamentos, hoje, é compreendido, pela doutrina e pela jurisprudência, como um princípio geral de direito – Robert Alexy afirma que o caráter de princípio implica o de proporcionalidade e vice-versa (BONAVIDES, 2005) – e, portanto, se faz imperioso reconhecê-lo como um princípio implícito e positivado no Direito Constitucional brasileiro.

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivado em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como norma jurídica global, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição (BONAVIDES, 2005, p. 436).

A desatenção a um princípio constitucional vai de encontro a toda ordem jurídica, é a mais grave das inconstitucionalidades (BONAVIDES, 2005), conforme sua força normativa e, ao mesmo tempo, a superioridade hierárquica do texto que o conforma. Para que haja um verdadeiro respeito à Constituição e ao atual Estado de Direito Constitucional tem sido imperioso a construção de um novo paradigma que agasalhe a aplicação do princípio da proporcionalidade junto ao processo penal, desde que é nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando a plataforma comum na Constituição da República (GRINOVER, 2009).

Nesse sentido, percebeu Luiz Flávio Gomes que a evolução do Estado de Direito para o Estado Constitucional e Humanitário de Direito (ECHD) projetou significativa mudança de paradigma: o juiz penal legalista cedeu espaço para o juiz penal constitucionalista. A técnica de julgamento subsuntiva – formal e dedutiva – é superada pela ponderação – constitucional e proporcional (GOMES, 2008).

Nesse contexto, cabe ao juiz a importante missão de acolher uma nova visão da ciência processual diante do fortalecimento da nova ordem democrática e do enfrentamento de um processo penal democrático, que coloca o indivíduo e sua humanidade em foco quanto

aos critérios de exercício da persecução penal. Desde que inexistente no Brasil o sistema eletivo de acesso, o que confere legitimidade ao Poder Judiciário é o fundamento de suas decisões que reside, justamente, na aderência ao Direito constitucional e humanitário internacional (GOMES, 2008).

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior (2005) agrega que a legitimidade da função Jurisdicional não está ligada com a noção de democracia política ou representação popular. Não tem origem na vontade da maioria. O fundamento de legitimidade dessa função reside na intangibilidade dos direitos fundamentais. É nesse contexto, legitimidade democrática por derivar da sua função de garantidor dos direitos fundamentais, que conformam a base da democracia substancial.

Nessa ordem de ideia, estima-se que Código de Processo Penal não comporta mais uma leitura desvinculada da Constituição da República, "é o Código de Processo Penal que deve ser lido a luz da Constituição, e não o contrário" (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 42). Assim sendo, deve-se pensar em uma verdadeira releitura do Código de Processo Penal à luz dos valores talhados na Constituição da República.

O princípio constitucional da proporcionalidade, em compasso com essa releitura do processual penal, sob a luz da Constituição da República, aplica-se hoje aos atos de persecução penal de maneira imperiosa, especialmente impondo limites aos atos estatais que impõe restrições aos direitos fundamentais, realizando o balanceamento de valores e adequação dos meios e fins constitucionalmente legítimos.

Há que se buscar saber, antes de tudo, se o fim é legítimo, portanto, se há real interesse de tutela do Direito Penal – se houve efetiva lesão ou perigo concreto aos bens jurídicos de status penais que se pretende resguardar. E, em seguida, investigar se a medida destinada à realização deste fim é adequada, é a menos gravosa às garantias individuais do indiciado e é proporcional à finalidade constitucional e humanitária do Direito Penal.

Quanto às medidas cautelares prisionais, neste contexto, é preciso cuidado na utilização proporcional da cautela, no que se refere aos pressupostos e fundamentos das prisões processuais. Não se pode confundi-los com elementos estranhos e alheios ao processo ou finalidades marginais à Constituição da República, como acontece, não raras vezes com o encarceramento do réu ou indiciado com base em uma condenação preliminar da opinião pública ou da imprensa, apenas a procura de uma resposta imediata e simbólica para satisfazer suposto sentimento de justiça da sociedade.

Nesse sentido, no prólogo da obra de Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Norberto Bobbio (1999) explica que:

(...) atualmente, impõem-se uma postura mais liberal na relação Estado-indivíduo, de modo que primeiro vem o indivíduo e, depois, o Estado, que não é um fim em si mesmo. O Estado só se justifica enquanto meio que tem como fim a tutela do homem e dos direitos fundamentais, porque busca o bem comum, que nada mais é do que o benefício de todos e de cada um dos indivíduos. (p. 18).

O postulado da proporcionalidade é um princípio de interpretação que serve para, no caso concreto, balancear os valores em conflito conferindo precedência a uma deles sem invalidação do outro. O antagonismo entre princípios, aliás, dentro de um ordenamento jurídico não é tema novo, ao contrário, é tão antigo quanto as tensões que marcam a própria vida em sociedade e que o Direito se propõe regular. O fato é que o conflito interno de valores tutelados pelo ordenamento precisa ser resolvido pelo próprio sistema. Para tanto é que a teoria constitucional se socorre do princípio da proporcionalidade (GRINOVER, 2009).

2.1 Enfoque histórico do princípio da proporcionalidade - status constitucional e aplicação como princípio interpretativo

O princípio da proporcionalidade ganhou relevo somente a partir da segunda metade do século XX, na Alemanha, onde plantou suas raízes mais profundas, chamando a atenção da doutrina e da jurisprudência deste país. Foi na Suíça, porém, onde primeiro foi visto sob uma perspectiva constitucional, já que, antes disso, era aplicado tão somente ao direito administrativo, em especial à função de polícia do Estado.

A origem do princípio da proporcionalidade tem raízes no direito natural do século XVIII, onde a liberdade era o valor máximo, inato e inalienável ao homem. O postulado da proporcionalidade, que incide justamente como referência de equilíbrio entre a atuação estatal e a liberdade do homem, foi, em sua primeira consagração, aplicado para a garantia da liberdade individual. Essa aplicação pode ser resumida nas palavras do jurista Jellinek, em conferência sobre o direito de polícia, pela seguinte proposição: "O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos" (BONAVIDES, 2005, p. 407).

Depois da Segunda Grande Guerra Mundial, com a Constituição da Alemanha e, sobretudo com a atuação do Tribunal Constitucional Alemão, é que o princípio da proporcionalidade ganhou caráter constitucional neste país, sede da mais significativa doutrina e precedentes jurisprudenciais na matéria. Vale citar Aresto da Corte Constitucional de Karlsruhe, que, pode-se dizer, resume a aplicação do princípio por esta corte:

Quanto mais a intervenção afeta normas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosamente devem ser ponderados os fundamentos justificativos de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão (BONAVIDES, 2005, p. 410).

No mesmo sentido, de constitucionalização do princípio da proporcionalidade, o jurista suíço Arthur Wolffers, afirma o "grau de princípio de direito constitucional não escrito", à teoria da proporcionalidade, constatando ainda, um "alargamento horizontal" do mesmo, pelo que se conduz desde o direito administrativo, ao direito constitucional, bem como aos demais ramos da ciência jurídica, concluindo, inclusive, que:

(...) é doutrina imperante que o princípio seja respeitado em todas as esferas materiais de intervenção do Estado nos direitos do cidadão. Não importa em absoluto que a correspondente atividade do Estado se exercite debaixo da forma de administração, jurisdição ou legislação (BONAVIDES, 2005, p. 412).

O fundamento do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro tem impulsos diversos. De início, foi primeiramente referido pelo Supremo Tribunal Federal em jurisprudência relacionada à proteção ao direito de propriedade, no Recurso Extraordinário nº 18.331, de relatoria do Ministro Ozimbo Nonato, de 1953, no qual se verifica pontuado que:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável ainda aqui, a doutrina fecunda do 'détournement de pouvoir'. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também e, principalmente, o espírito do dispositivo invocado (MENDES; COELHO, BRANCO, 2008, p. 324).

Em outro momento, pela vez primeira, em matéria penal e processual penal, o Supremo Tribunal Federal, em 21 de fevereiro de 1968, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de norma constante da Lei de Segurança Nacional que obstava que o acusado da prática de crime contra a segurança nacional exercesse qualquer atividade pública ou privada, conforme fora previsto no art. 48 do Decreto-Lei n. 314, de 1967. Na ocasião, a Corte reconheceu como exorbitantes os efeitos dessa vedação, que sendo desproporcionais, seriam inconstitucionais, por manifesta afronta ao direito à vida e à cláusula de remissão, do art. 150, §35, da Constituição de 1967, no HC 45.232, de relatoria do Ministro Themístocles

Brandão Cavalcanti. Esse histórico precedente, apontado frequentemente na doutrina, inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional, o autor conclui que embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido se mostra aplicável em relação a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Conforme o histórico constitucional que se extrai do postulado da proporcionalidade entende-se que o seu fundamento situa-se no âmbito dos direitos fundamentais. Apesar de a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, matriz do princípio em tela, aceitar como fundamento deste tanto os direitos fundamentais quanto o contexto do Estado de Direito, ou mesmo uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Sob a Constituição de 1988, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade do art. 5º, parágrafos e incisos, da Lei 8.713 de 30/09/1993, que disciplinava a participação dos partidos políticos nas eleições, o Supremo Tribunal Federal tratou da desproporcionalidade da lei com base no princípio do devido processo legal, em sua acepção substantiva, art. 5º, inciso LIX, da CF. Essa decisão, embora aparentemente redutora da fundamentação do princípio da proporcionalidade, aponta uma compreensão deste como um princípio geral de direito, autônomo – e, portanto, corolário tanto dos direitos fundamentais, quanto do devido processo legal substancial, e, por que não, seguindo a linha traçada pela Corte Constitucional Alemã, do contexto do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Raros conceitos jurídicos receberam tamanho impulso nas últimas décadas quanto o princípio da proporcionalidade, especialmente como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, valor máximo do Estado Democrático. Assim é que essa máxima impulsão somente foi possível graças à atual conformação histórica do Estado de Direito. Nas palavras do professor Paulo Bonavides (2005):

Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição. A lei às vezes degrada e alvitra, corrompe e esvazia em ocasiões sociais e política de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercido em proveito da pessoa humana (p. 424).

O mesmo autor afirma que quando se passa do princípio da legalidade ao da constitucionalidade, o que se tem nada mais é do que o mesmo princípio da legalidade posto no invólucro formal da Constituição. Deste ponto, do princípio da constitucionalidade formal ou legalidade constitucional, passamos, finalmente, ao princípio da constitucionalidade

material, onde, aí sim, encontra-se a aplicação do princípio da proporcionalidade. O postulado da proporcionalidade: "(...) limita os cerceamentos aos direitos fundamentais – transforma enfim o legislador num funcionário da constituição -, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especialmente incumbido de fazer as leis" (BONAVIDES, 2005, p. 424).

O que ocorre é um duplo controle da proporcionalidade: uma vez pelo legislador e, uma segunda vez, pelo juízo caso concreto, rompendo com a rigidez das regras legislativas abstratas. Essa compreensão desmistifica a ameaça do advento de um "governo de juízes" ou do rompimento do equilíbrio entre os poderes da organização do Estado Democrático. Estes, os argumentos utilizados pelos defensores da não aplicação do postulado da proporcionalidade, que não têm impedido, por tudo que já foi dito, a expansão desse princípio na ciência jurídica constitucional em âmbito global.

O princípio da proporcionalidade tem sido utilizado, especialmente, como um princípio de interpretação, um instrumento indispensável para a solução de antagonismos entre direitos fundamentais, onde bens jurídicos igualmente habilitados disputam a proteção do ordenamento jurídico no caso concreto.

Konrad Hesse afirma a aplicação do princípio da concordância prática como uma projeção do princípio da proporcionalidade, a partir do princípio da unidade da Constituição, de maneira que não havendo graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais, deve a interpretação resolver as possíveis divergências de aplicação entre tais normas. Pode-se falar na aplicação do princípio da proporcionalidade para a obtenção de uma eficácia ótima dos bens jurídicos conflitantes, através de um processo de busca material da decisão, conforme a solução justa do caso (BONAVIDES, 2005).

2.2 Conceito e aplicabilidade do princípio da proporcionalidade

A ideia de "proporção" é recorrente à Ciência do Direito. Ela está presente desde os postulados romanos "*viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é seu*" até as mais diversas ramificações jurídicas da atual conformação do Direito. A noção de proporção permeia a Constituição da República. Está presente, por exemplo, entre o número de eleitores e de assentos legislativos, conforme prevê o artigo 45, § 1º da Constituição Federal, no direito de resposta e indenização por danos materiais, morais ou à imagem, proporcionalmente, ao agravo, em consonância ao artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal. Está presente, também, no direito penal, ao recomendar a análise das circunstâncias judiciais catalogadas no art. 59 do Código Penal, quando da definição da pena, devendo o juiz

estabelecer a pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. No direito tributário, observando-se a necessária proporção entre o valor da taxa e o serviço ofertado.

A ideia de proporção, em verdade, se aproxima e chega a se confundir com a ideia de justiça. Ambas nascem do mesmo sentimento humano de conduta ética como uma "legislação universal", como pontuado por Kant (2002, p. 31) – em sua filosofia de forte influência e sempre atual na ciência jurídica – ao construir o seu primeiro imperativo categórico: "age de tal maneira que a máxima de tua ação possa ser erigida em regra universal". Como o mesmo sentido do que é ético ou justo, Aristóteles fala em na busca de bem supremo, como um fim absoluto, explicando que "por isso chamamos de absoluto e incondicional aquilo que é sempre desejável em si mesmo e nunca no interesse de outra coisa" (2002, p. 25).

O que significa, então, o princípio da proporcionalidade? O Professor Paulo Bonavides (2005) lembrando a advertência de Xavier Philippe, afirma que há princípios mais fáceis de compreender do que de definir. É o caso da proporcionalidade. Aliás, mais que definir importante mesmo é aquilar sua razão de ser, seus fundamentos, elementos compositivos e identificadores que delimitam sua forma de operação no sistema jurídico, a medida que possibilita o balanceamento de valores relevantes.

Na doutrina, há quem sustenta uma relação de fungibilidade ou identidade entre os princípio da proporcionalidade e razoabilidade³ (BARROS, 2000; BARROSO, 2001). O princípio da proporcionalidade – ou *critério da razoabilidade* (como também reportado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Todavia, Humberto Ávila (2006) lembra que o postulado da proporcionalidade – sendo fruto da ideia de proporção, moderação ou de um sentido constitucional de justiça democrática – não se confunde com a ideia de proporção, afirmando que a regra da proporcionalidade somente se aplica a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim.

No mesmo sentido, Pierre Muller confere um duplo sentido à proporcionalidade: de

³ Em sentido contrário, Gustavo Ferreira Santos (2004) afirma: "Não são conceitos fungíveis. Cada um, além de uma fundamentação própria, possui elementos caracterizadores que marcam uma diferença operacional: a razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado, enquanto a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos".

maneira ampla, é regra fundamental – "a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder"; e sob uma dimensão mais restrita, se caracteriza pelo fato de presumir a existência de uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios. Afirma mencionado autor que há a violação a este princípio pela ocorrência de arbítrio, quando os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados, ou, quando há desproporção entre meios e fins (BONAVIDES, 2005).

O postulado em tela é reconhecido por George Marmelstein (2008, p. 372) como “limite dos limites”, posto como instrumento necessário para aferir a legitimidade de atos de poder, sejam legislativos, executivos ou jurisdicionais, frente à liberdade concedida pela Constituição para o balizamento dos direitos fundamentais e, em grande parte dos casos, para a intransponível restrição de uns frente aos outros, no limite da proteção ao núcleo essencial.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se em um caráter trifásico, que obedece às seguintes questões ou exames fundamentais, conforme ensina Humberto Ávila (2006): o exame da adequação, ao se questionar se o meio promove o fim; o exame da necessidade, quando se pergunta se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados; e, finalmente, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, quando se indaga se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio.

Daí se extrai a seguinte conclusão: para a aplicação do postulado da proporcionalidade, tem de haver, uma medida concreta destinada à realização de um fim. Humberto Ávila (2006) explica que:

Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritivas aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). (p. 150).

Para compreender essa relação entre meio e fim, deve-se procurar o significado de fim. Para o mencionado autor, é um ambicionado resultado concreto, extrajurídico, um objetivo independente de previsão normativa, um estado de coisas: um obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinada situação, preencher dadas condições, causar ou impedir que se realizem ações.

Acrescenta, outrossim, Humberto Ávila a imprescindibilidade da relação de causalidade entre meio e fim, para a aplicação do postulado da proporcionalidade, vez que a força estruturadora do princípio reside no equilíbrio entre meio e fim:

(...) na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida. Um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público (2006, p. 150).

2.3 Subprincípios ou elementos caracterizadores do princípio da proporcionalidade

No princípio da proporcionalidade podem-se visualizar conteúdos parciais ou subprincípios ou, ainda, elementos inerentes, caracterizadores ou de concretização. A doutrina não é unânime quanto à terminologia dessa subdivisão ou desses elementos de concretização. Nesta pesquisa, adota-se como elementos do princípio da proporcionalidade três subprincípios, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Registre-se, por oportuno, que esses subprincípios não operam de forma isolada, aplicam-se sucessiva e escalonadamente, numa pertinente relação de subsidiariedade, estabelecendo, inclusive, uma precedência na análise de cada um desses elementos compositivos. Assim é que a doutrina indica o exame, nessa ordem, da adequação (idoneidade), necessidade(exigibilidade) e, posteriormente, ainda subsistindo dúvida quanto a melhor escolha, a proporcionalidade em sentido estrito.

2.3.1 Adequação (idoneidade)

A análise desse subprincípio da adequação ou idoneidade, cinge-se a uma escolha linear e objetiva entre as diversas medidas cautelares previamente estabelecidas pelo legislador. Aqui não se realiza qualquer perquirição quanto ao grau de eficiência ou intervenção no direito fundamental para alcançar o objetivo prefixado, vez que essa análise é afeta ao juízo comparativo acerca da exibibilidade reservado para outra etapa.

Nesse sentido, tem-se que "Um meio é adequado quando promove minimamente o fim que se busca" (ÁVILA, 2006, p. 169). A adequação (Geeignethait), que se costuma chamar também de pertinência ou aptidão, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida é o "meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público" (BONAVIDES, 2005, p. 396). Há que se verificar se o meio está em conformidade, é válido para alcançar determinado fim, se a medida é suscetível de obter aquela finalidade. São sinônimos do princípio da adequação os termos validade ou validade de fim (BONAVIDES, 2005).

Vale ressaltar que a adequação também exige que uma medida, restritiva de direitos fundamentais, para ser válida haverá de ser idônea para o atendimento de uma finalidade constitucionalmente legítima (MARMELTEIN, 2008) – como já dito, "o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público". Se a finalidade da medida não for compatível com a Constituição, o meio será também inapto e passível a sua anulação pelo Poder Judiciário. Imprescindível que nessa relação de meio e fim ambos sejam constitucionalmente legítimos.

Projete-se, outrossim, que a análise da adequação ou idoneidade da medida cautelar possibilita-se a consideração sob uma perspectiva objetiva(adequação qualitativa e adequação quantitativa) e subjetiva. Em sua dimensão objetiva qualitativa a medida deve ostentar qualidade que a torne apta a alcançar fim previamente definido. De outro giro, tomando-se como parâmetro a dimensão objetiva quantitativa, estima-se que a medida deve ostentar potencial para promover o fim visando em tempo razoável. Nesse sentido, a idoneidade está associada a duração e intensidade da medida para o atingimento de sua finalidade. Ao tomar em consideração esses fatores, importante cingir-se apenas ao necessário para o exame da linear e objetivo da escolha adequada ao fim, sob pena de ingressar em seara pertinente aos outros subprincípios.

Sob a perspectiva subjetiva, a medida interventiva do direito fundamental terá que tomar em consideração o sujeito destinatário da providência acauteladora. Assim sendo, a medida cautelar deve ser individualizada e contextualizadas com as condições pessoais do agente que suportará seus efeitos. Nesse particular, é importante aclarar que, tal qual a pena privativa de liberdade, a medida cautelar não pode nem deve alcançar quem não fomentou situação de perigo para efetividade do processo.

2.3.2 Necessidade (exigibilidade)

Uma vez seletada a medida adequada, desde que essa escolha não seja bastante para individualização da cautela a ser aplicada, impõe-se fazer o juízo comparativo entre as medidas idôneas previamente elencadas. Esse juízo, aliás, terá como critério de escolha: a) o grau de eficiência da medida; b) grau de restrição ao direito fundamental.

A partir desses critérios, são estabelecidos parâmetros para o juízo comparativo no afã de encontrar a medida mais eficiente e menos onerosa para o atingimento do fim processualmente válido.

Nesse sentido, diz que "Um meio é necessário quando não existirem meios

alternativos que possam promover igualmente o fim almejado, sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados" (ÁVILA, 2006, p. 169). O que importa aqui é a menor restrição possível aos direitos fundamentais para que se alcance o fim propósito da medida. Se há um meio alternativo de menor restrição é ele que deve prevalecer, desde que a medida não há que exceder aos limites indispensáveis à conservação do fim legítimo.

O doutrinador francês Xavier Philippe resume esse elemento da seguinte maneira: "de dois males, faz-se mister escolher o menor". Para a obtenção de um fim legítimo há que se eleger a medida menos nociva aos interesses do cidadão, dentro de um espaço de ação resguardado ao poder público, de maneira que esse postulado é comumente chamado de princípio da escolha do meio mais suave e foi exemplificado em brilhante síntese por Jellinek, ao afirmar que "*não se abatem pássaros com canhões*".

Merece destaque o paradigma julgado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação do princípio da necessidade diz respeito à Súmula Vinculante nº11⁴, referente ao uso de algemas de maneira proporcional, não abusiva, no sentido de resguardar a integridade moral do ser humano, com a seguinte trecho da Ementa:

O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com a finalidade de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego desta medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Vale registrar que o princípio da necessidade também é tratado como princípio da exigibilidade, da menor interferência possível, da intervenção mínima, do meio mais moderado ou da subsidiariedade (BONAVIDES, 2005).

Não fosse bastante, sobressai-se outro aspecto do princípio da necessidade que merece anotação: decorre do dever de proteção e promoção pelo poder público junto ao administrado, tem-se aqui a necessidade como "vedação de insuficiência" (ao lado da necessidade como proibição de excesso). Nesse sentido, Ingo Sarlet explica que a violação da proibição de insuficiência encontra-se habitualmente representada por uma omissão, ainda que parcial, do

⁴ Súmula Vinculante nº 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos 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." Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula001016>. Acesso em: 14 set. 2020.

poder público, no que diz respeito ao cumprimento de um imperativo constitucional de tutela ou dever de proteção (MARMELTEIN, 2008).

Essa situação alertada por Ingo Sarlet, era perfeitamente observada antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, vez que o sistema de medidas cautelares, para ficar no nosso objeto de estudo, gravitava entorno da prisão ou completa liberdade, de sorte que não havia outras medidas menos invasivas capazes de promover uma finalidade conectada com a efetividade do processo. Tal omissão sexagenária, por sinal, foi superada através do mencionado diploma que inaugurou verdadeiro sistema de medidas cautelares diversas da prisão idôneas para assegurar a tutela da efetividade do processo e simultaneamente resguardar o direito fundamental.

2.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Superado os estágios precedentes da individualização da medida restritiva de direitos fundamentais, mas subsistindo dúvida quanto a medida a ser indicada como a mais eficiente e menos onerosa para o escopo colimado, deve-se ingressar no terreno da proporcionalidade em sentido estrito.

É possível que, não obstante idônea e necessária, a medida revele certo excesso, abuso e, até mesmo, o esvaziamento do direito fundamental comprometendo, inclusive, outros direitos dele corolários. A razão de ser desse estágio é, exatamente, estabelecer o equilíbrio, evitando o desconforto excessivo ou esvaziamento do direito fundamental.

O subprincípio da proporcionalidade, conforme mencionado por Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (1990), em suas notas essenciais, ostenta conteúdo valorativo, ponderativo e material. Nesse estágio do exame é realizado um juízo valorativo quanto aos princípios em aparente conflito no afã de estabelecer a relação de precedência. Nessa etapa do balanceamento se define o princípio que possui maior peso relativo. Para tanto, são utilizados os seguintes critérios para aferição do peso relativo: a) relevância material do princípio na ordem constitucional; b) intensidade da intervenção ou restrição em um direito fundamental; c) a intensidade ou potencial de realização do objetivo colimado que fundamenta a necessidade da intervenção. A partir da utilização desses critérios é estabelecida uma relação condicionada de precedência, calcada nas circunstâncias fáticas e jurídicas, para definir aquele princípio que goza de primazia ou precedência no caso concreto. Essa solução, evidentemente, não é definitiva nem anula o outro princípio concorrente. Tratando da otimização das possibilidades jurídicas (BARROS, 2000), oferece o melhor caminho para o

caso concreto.

Ao utilizar o método ponderativo entre meio e fim realiza criterioso balanceamento entre os princípios em aparente conflito, de sorte que as vantagens obtidas por todos compensem as desvantagens decorrentes da restrição imposta ao direito fundamental individual.

Um meio é proporcional quando o valor atribuído ao fim justificar o grau de intensidade de restrições de direitos fundamentais. Pierre Muller afirma que a utilização desse princípio condiciona o aplicador a uma obrigação e uma interdição, a obrigação de fazer uso de meios que sejam adequados e a interdição quanto ao uso de meios desproporcionados. Conclui que, a proporção é condição da legalidade e que em seu duplo grau, de obrigação e interdição, rege as atividades do Estado e os efeitos de seus atos (BONAVIDES, 2005).

No exame da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se verificar se o princípio que justifica a intervenção será provido pela norma aplicada ao caso concreto e em que medida os outros princípios serão restringidos em detrimento do meio aplicado. A indagação se constitui em saber se há uma restrição excessiva aos princípios fundamentais em ponderação com o princípio fundamento da intervenção.

Citado pelo Ministro Gilmar Mendes, a doutrina de Pieroth e Schlink ressalta que, no princípio da proporcionalidade, a prova da necessidade tem maior relevância que o teste da adequação. Sendo aquela positiva, não há que ser este negativo. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o juízo positivo quanto à adequação não mais afetará o resultado final. Porém, para que se forme um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de se obter o resultado por uma rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador. Os doutrinados afirmam que a própria ordem constitucional pode fornecer indicadores sobre os critérios de avaliação ou de ponderação a serem adotados, mas advertem que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam 'nas indicações fornecidas pela Constituição, incorrendo no risco ou na tentativa de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

A conclusão a que chegam é que, havendo esse risco, procura-se resolver a questão do controle da proporcionalidade, de maneira o mais objetiva possível, ou seja, valendo-se dos três elementos do princípio, porém com ênfase especialmente ao subprincípio da necessidade, de forma que a proporcionalidade em sentido estrito assume um papel de "controle de sintonia fina" indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Vale ressaltar que, no Curso de Direito Constitucional do Ministro Gilmar Mendes, a vedação de insuficiência ou proibição da proteção insuficiente é tratada como um aspecto do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando se afirma que a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente, porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, que considerar tal conduta como desproporcional em sentido estrito.

3 AS PRISÕES CAUTELARES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

3.1 Tutela cautelar e tutela antecipada

Superada a fase inicial onde a doutrina buscava explicitar a autonomia da tutela cautelar frente às tutelas Jurisdicionais de conhecimento e execução, e, sobretudo, a interminável discussão acerca da imprescindibilidade do sistema processual prever um modelo de tutela apto a assegurar ou conservar o resultado útil e consequente a efetividade do processo, certo é que não se pode conceber um sistema jurídico onde o monopólio da função Jurisdicional não disponha de medidas dessa natureza para responder, em situação de urgência, adequadamente aos riscos da influência do tempo na relação processual.

É fácil perceber que há duas espécies de tutelas de urgência. A tutela de índole cautelar e aquela que embora revestida de certa urgência, não possui natureza cautelar, por revelar acentuado grau de satisfatividade.

Nessa ordem de ideias, temos que desde a edição da Lei nº 8.952/94, que conferiu nova redação ao antigo art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, disciplinando a tutela antecipada, renovou-se na doutrina nacional, mormente aquela ligada ao estudo do Processo Civil, acentuado interesse em divisar essas duas espécies de tutelas emergenciais, qual seja, a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Vislumbra-se que ambas possuem a mesma razão de ser: eliminar ou mesmo atenuar a influência deletéria do tempo na relação processual. Já se disse que ambas são filhas da demora processual (BADARÓ, 2011). Razão pela qual afirma-se que são espécies do gênero tutela de urgência.

Considerada em sua natureza e desiderato, é lícito afirmar que a tutela cautelar tem por escopo assegurar o provimento jurisdicional a ser produzido no futuro. Isso porque frente a uma situação de risco ou perigo da demora do provimento jurisdicional apto a realizar a pretensão do autor, é necessário assegurar que aquele provimento, a ser produzido no futuro, não se torne inócuo ou inútil, em razão da demora do procedimento, daí afirmar-se que a tutela cautelar é assecuratória ou conservativa.

Por sua vez, a tutela antecipada de conteúdo satisfativo, não visa assegurar ou mesmo a conservação do provimento futuro. É, na verdade, uma medida antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional. Adianta-se, antecipadamente, em caráter provisório, total ou parcialmente, os efeitos da pretensão a ser definitivamente alcançada através daquele provimento que ocorrerá em tempo futuro.

Percebe-se que, nas duas hipóteses, há uma situação de risco ou de perigo da demora causada pela espera do provimento jurisdicional futuro e definitivo. Assim sendo, na tutela cautelar, busca assegurar ou conservar a utilidade do provimento futuro sem adiantar ou satisfazer desde logo o mérito. É, portanto, uma medida que está conectada exclusivamente com a efetividade do provimento a ser produzido em tempo futuro. Na tutela antecipada, por sua vez, o risco é que, caso tenha que esperar, o provimento seja tardio. Assim sendo, antecipam-se os efeitos, em caráter provisório, removendo-se o risco, satisfazendo total ou parcialmente a pretensão, permitindo a fruição, desde de logo, do bem da vida objeto daquela disputa.

Em arremate, pode-se afirmar que havendo risco ou perigo de ineficácia do provimento futuro – definitivo -, adota-se a medida conservativa ou assecuratória, cujo conteúdo eminentemente cautelar. Por outro lado, visando remover o risco de que o provimento futuro seja tardio, defere-se, em caráter provisório, a medida de urgência de conteúdo satisfativo.

Lançadas essas considerações, impende verificar que no Processo Penal brasileiro, nitidamente democrático e essencialmente garantista, somente a tutela de urgência de conteúdo cautelar, assecuratória ou conservativa, afigura-se compatível com o princípio da presunção de inocência, expressamente consagrado na Constituição da República de 1988.

3.2 Classificação das medidas cautelares

Divisadas as características e escopos das tutelas de urgência cautelares e não cautelares, cumpre apresentar a classificação das medidas cautelares presentes no sistema processual penal brasileiro. De início, observa-se que não há uma rigorosa sistematização das medidas cautelares no Processo Penal tal qual ocorre no Processo Civil brasileiro. Na ausência de um tratamento mais ordenado tendo como norte um critério de legalidade, observa-se que cada doutrinador ao se debruçar acerca dessa peculiaridade das cautelares apresenta sua classificação dando ênfase ao critério que lhe parece mais relevante.

Esse cenário, desenganadamente, contribui para que nem sempre ocorra coincidência entre as formas e critérios utilizados para classificação das medidas cautelares no Processo Penal brasileiro (BARROS, 1982).

Afora essas circunstâncias, evidencia-se, outrossim, que as lições auridas no processo civil exercem também, nessa temática, certa influência. Importante registrar, todavia, a incompatibilidade da transposição pura e simples de conceitos e categorias jurídicas do

Processo Civil sem levar em consideração as peculiaridades do Processo Penal. Assim é que no estudo das medidas cautelares que afetam o direito fundamental de liberdade é imperioso analisar as nuances próprias do direito processual penal (BARROS, 1982).

Nessa perspectiva, estima-se que as medidas cautelares no processo penal podem ser classificadas a partir do objeto sobre o qual ocorre sua incidência, nos termos seguintes: a) medidas cautelares pessoais; b) medidas cautelares reais ou patrimoniais; c) medidas cautelares relativas à prova.

As medidas cautelares pessoais são providências de índole cautelar que recaem sobre as pessoas submetidas à persecução penal. São seus exemplos, as hipóteses de prisão cautelar, liberdade provisória e demais medidas cautelares alternativas contempladas no art. 319 do Código de Processo Penal. As medidas cautelares patrimoniais(reais) incidem diretamente sobre coisas e bens, destinando-se a evitar seu perecimento, destruição e transferência, sendo seus exemplos mais frequentes a busca e apreensão de coisas, o arresto, sequestro, especialização de hipoteca⁵. Por sua vez, as medidas cautelares relacionadas a prova são aquelas que constituem os meios de obtenção de provas, tal qual a produção antecipada de provas, o exame de corpo de delito, local de crime, a quebra do sigilo de dados bancários, fiscais e telefônicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas.

Por outro lado, tomando como norte a sua finalidade, as providências de índole cautelar podem ser assim classificadas: a) cautelares conservativas; b) cautelares preventivas. As medidas cautelares conservativas asseguram o estado de coisa, tendo por desiderato a conservação da situação existente ao tempo do fato que se qualifica como crime. São seus exemplos, o arresto, o sequestro, a especialização da hipoteca, o exame de corpo de delito e local de crime. Por sua vez, as medidas cautelares preventivas consistem na modificação do estado de coisas, tal qual ocorre nas prisões cautelares, liberdade provisória e demais medidas cautelares alternativas à prisão contempladas no art. 319 do Código de Processo Penal. São providências acautelatórias que tem por escopo neutralizar ou remover uma situação de perigo contemporâneo para efetividade do processo penal.

Evidentemente que os critérios utilizados para classificação aqui adotada que levou em consideração o objeto e finalidade da medida cautelar, não excluem, naturalmente, outros tantos que são usados por parte da doutrina. Nesse sentido, sob certa perspectiva, a doutrina classifica as medidas cautelares em a) típicas (nominadas) e atípicas(inominadas);b)antecedentes(preparatórias)e incidentes; c) quanto à forma e

⁵ Antônio Scarance Fernandes (2005) conceitua as medidas cautelares reais, como denomina, levando em consideração a sua natureza civil, desde que relacionada a reparação do dano decorrente do delito.

especificidade e taxatividade.

Importante registrar, outrossim, que em razão das peculiaridades do processo penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, especialmente, do direito de liberdade e demais garantias inerentes ao devido processo, estima-se que não há razão que justifique a adoção de medidas cautelares atípicas ou inominadas, vez que o princípio da proporcionalidade, cujo pressuposto formal a legalidade estrita certamente configura-se como obstáculo intransponível para imposição de qualquer restrição a direitos fundamentais sem previsão constitucional ou em Lei em sentido formal.

3.3 Poder geral de cautela no processo penal

Em matéria de medidas cautelares no Processo Penal desponta como um dos debates mais acalorados a possibilidade de adoção de medidas privativas ou restritivas da liberdade não previstas em lei, no afã de assegurar ou conservar a efetividade do processo. A questão não é nova e parece longe do seu fim,⁶ ainda que frequentemente aceito em sede Jurisprudencial. Pacífico, todavia, a inaplicabilidade do poder geral em relação à prisão cautelar. Segue o debate firme e interminável, sobretudo em relação as demais medidas cautelares alternativas e inclusive patrimoniais.

Aliás, imaginou-se que a Lei nº 12.403/2011 colocaria termo nessa discussão, porquanto, rompendo com o sistema bipolarizado do Código de Processo Penal que gravitava entorno da prisão e completa liberdade apresentou um extenso rol de medidas cautelares alternativas à prisão provisória, de sorte que a estimativa era que a partir de sua entrada em vigor não mais se afigurava pertinente falar em Poder Geral de cautela.

Particularmente, estimo inaplicável o poder geral de cautela no ambiente do Processo Penal, ainda que aceito por parte da doutrina, sobretudo em relação as medidas de índole patrimonial, o que tem sido feito com suporte no art. 3º do Código de Processo Penal e art.798 do Código de Processo Civil.

A medida cautelar pessoal deve estar prevista em lei. A lei, enquanto expressão do Estado democrático, é limite e garantia. A ideia da legalidade – taxatividade - no direito processual penal é encontrada nos Códigos de Portugal, Itália, e Chile. No direito brasileiro, ainda carente de previsão expressa no Código de Processo Penal, decorre, todavia, do inciso

⁶ Nesse sentido, observa-se que sempre resistiram a existência do Poder Geral de Cautela no Processo Penal: Barros (1982); Gomes Filho (1991); Sanguiné (2014); Badaró (2011); Lopes Júnior (2013). Em sentido contrário, aceitam a existência do Poder Geral de Cautela, ainda que com alguma ponderação, Lima (2005); Mendonça (2011); Cruz (2006); Alves (2002).

LIV, do art. 5º, da Constituição Federal(devido processo legal) e do art. 7.2 da CADH,⁷ incorporado ao direito interno através do decreto 678/92. Aliás, não sem razão, o art. 514 do Projeto de Lei nº 156/2009, em tramitação no Senado, ampliando ainda mais o extenso catálogo das cautelares, contempla, expressamente, a vedação ao Poder Geral de Cautela no Processo Penal.

Percebe-se, portanto, que a vedação às chamadas medidas cautelares atípicas ou inominadas sempre esteve ligada ao princípio da legalidade da persecução penal. Assim sendo, não é lícito, em hipótese alguma, a adoção de medidas restritivas da liberdade sem expressa previsão legal ou constitucional.

Não fosse bastante, sendo a legalidade pressuposto formal do princípio da proporcionalidade, natural que qualquer medida restritiva do direito fundamental de liberdade, necessariamente, deve encontrar amparo na Constituição ou na Lei em sentido formal.

Desse modo, certamente, a utilização de medidas cautelares atípicas fomentadas pelo Poder Geral de cautela encontra obstáculo intransponível na aplicação do Princípio da Proporcionalidade, de tal forma que ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, desde que não prevista no ordenamento jurídico não será legítima.

Esse sentimento é compartilhado por Antônio Magalhães Gomes Filho (1991) que afirma:

não se pode cogitar em matéria penal 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 legislação civil; 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 inteira da repressão, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.

Do mesmo sentimento compartilha Aury Lopes Júnior (2013), segundo o qual:

No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder (p. 29).

⁷ Art 5º, LIV, da CF “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e art. 7.2 da CADH:”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.”

Nesse contexto, percebe-se que desde que a Lei nº 12.403/2011 inaugurou um novo sistema de medidas cautelares no Processo Penal brasileiro, colocando à disposição do juiz um leque de medidas alternativas aptas a assegurar a efetividade do processo sem o sacrifício experimentado através da privação da liberdade, não é lícito falar em adoção de medidas cautelares atípicas amparadas em um suposto Poder Geral de cautela.

Importante registrar, de outro giro, que há fortes setores da doutrina que estimam possível o manejo do poder geral de cautela com base no art.3º do CPP c/c art.798 do Código de Processo Civil, e, mais ainda, por força da garantia do acesso a justiça - corolário a tutela jurisdicional adequada -, no afã de evitar a inutilidade ou esvaziamento da prestação jurisdicional, mormente porque a realidade é muito mais ampla, complexa e variada que a imaginação do legislador (MENDONÇA, 2011). Por outro lado, registra-se também que há quem defenda a aplicação de providências atípicas, diversas da prisão, sob o pretexto de uma espécie de cautelarização benéfica, que teria por escopo evitar a aplicação da medida cautelar mais intensamente e invasiva, ainda que seus pressupostos e fundamentos não demonstrados, sob o argumento da analogia *in bona partem*.

Todavia, conectado ao próprio modelo de Estado Democrático, cuja expressão mais imponente reside na legalidade das formas e no pressuposto formal da proporcionalidade, sem deslembrar que há entre nós verdadeira garantia de legalidade positivada na norma convencional emblemática do art. 7.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH – estimo como inexistente o Poder Geral de Cautela no Processo Penal brasileiro, não apenas em relação à prisão cautela, mas para imposição de qualquer outra medida cautelar.

Isso porque a norma convencional ostenta primazia sobre aquela estampada no art. 3º do Código de Processo Penal e art. 798 do CPC, desde que, segundo a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é norma de estatura supralegal, não havendo razão para falar em exercício de poder geral de cautela no âmbito do processo penal brasileiro.

Não fossem por essas razões, observa-se, outrossim, que desde que ampliado o leque de medidas cautelares, através da Lei nº 12.403/2011, o legislador elencou a maior e menor restrição admitida no sistema processual penal brasileiro, de sorte que não havendo omissão legislativa na matéria não se admite o recurso a analogia, na forma do art. 3º do Código de Processo Penal, como pretendido por parte da doutrina.

Aliás, previstas a mais e menos intensa das restrições ao direito fundamental de liberdade, observando-se, outrossim, no caso concreto, que nem mesmo a mais leve e menos invasiva se revela adequada a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado, na forma do inciso II, do art.282 do Código de Processo Penal, incabível qualquer

outra medida cautelar atípica (BADARÓ, 2011), ainda que sob o pretexto de evitação da medida cautelar privativa da liberdade.

Nessa ordem de ideia, é possível concluir que há uma verdadeira garantia de legalidade – a lei é o limite - para as medidas cautelares pessoais, restritivas ou privativas da liberdade. Mesmo assim, caso se verifique que o catálogo de medidas tipificadas nos artigos 319 e 320 do CPP é insuficiente ou mesmo que suas hipóteses de cabimento precisam ser ampliadas para alcançar outras finalidades, será imprescindível a intervenção legislativa para modificação ou ampliação do leque existente, visto que não é possível impor medidas cautelares a não ser nos casos e formas previstas na constituição ou nas leis (BADARÓ, 2011).

3.4 Características das medidas cautelares

O sistema de cautelas processuais penais, no ordenamento brasileiro basicamente gira em torno das medidas de coerção contra a liberdade do indivíduo e encontra fundamento constitucional em seu caráter de excepcionalidade e instrumentalidade, extraídos de sua natureza, que se distingue da responsabilidade penal.

É nítida a distinção entre a prisão-pena e prisão cautelar. Aquela pressupõe a culpa formada em contraditório judicial e na plenitude de defesa, alcançando assim o nível da imutabilidade da sentença judicial ou trânsito em julgado. Por outro lado, a prisão sem pena ou prisão cautelar, conforme dito alhures, de feição instrumental, provisória e excepcional, visa exclusivamente a conservação do provimento Jurisdicional que virá em tempo futuro. Tem por desiderato apenas assegurar a efetividade da investigação ou do processo penal de conhecimento ou de execução.

A cautela processual não faz referência a juízo de mérito, no processo penal, trata-se de instrumento com o fim de garantir a eficaz aplicação do poder punitivo do Estado. Tem o fundamento prático de evitar o risco de frustração da função 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 de provas. Melhor dizendo, as prisões cautelares se justificam pelo perigo contemporâneo que decorre do estado de liberdade do imputado, *periculum libertatis*. Ao mesmo tempo, o segundo requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência de um fato aparentemente punível, do *fumus commissi delicti*, ou, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes – qualificados - de sua autoria. Imprescindível a presença de ambos para a

decretação da prisão cautelar (LOPES JÚNIOR, 2013).

Além dos requisitos substanciais – consistentes em seus pressupostos e fundamentos - do *fumus commissi delicti e do periculum libertatis* – que alguns consideram o próprio mérito da ação e do processo cautelar – as medidas cautelares apresentam traços peculiares que se imbricam e revelam sua essência e vocação no sentido de qualificá-las com medidas conservativas e assecuratórias do provimento futuro a ser adotado no processo principal.

A doutrina elenca os principais traços característicos das medidas cautelares em geral. Tais atributos, aliás, servem para evidenciar sua natureza jurídica e oferecer a possibilidade de distinguir as medidas cautelar das demais espécies de tutela não cautelares, ainda que eventualmente dotadas de certa urgência. Com alguma variação são apontadas as seguintes características das prisões e medidas cautelares: a)provisoriedade; b)instrumentalidade; c)homogeneidade; d)jurisdicionalidade; e)excepcionalidade; f) referibilidade; g) acessoriedade

3.4.1 Provisoriedade

No exame dessa característica, importante divisar que os termos provisoriedade e temporariedade embora representem certa convergência, não são conceitos idênticos⁸. Temporário é aquilo cujo exaurimento condicionado pelo decurso do tempo. Provisório nasce para ser substituído não necessariamente em razão da expiração do tempo. O Provisório é transitivo. As medidas cautelares são essencialmente provisórias. São tomadas circunstancialmente diante de uma situação de perigo contemporâneo. Subsiste até e enquanto perdurar a situação de risco para efetividade do processo que as justificam. Cessado o risco(causa) deve cessar o efeito(consequência), desaparecendo a necessidade de sua subsistência, impondo, assim, sua revogação.

As medidas cautelares são, sobretudo, situacionais ou provisionais, posto que fundadas em um suporte fático legitimador, corporificado no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*. Uma vez desaparecidas qualquer das hipóteses, impõe-se a imediata soltura do imputado. Segundo o princípio da provisoriedade, conforme a redação do art. 316 do CPP, a prisão preventiva – ou qualquer outra cautelar – poderá ser revogada, no correr do processo – ou durante o inquérito – desde que desapareçam os motivos que a legitimam, bem como pode ser

⁸ Weber Martins Batista (1985, p. 5) a esse respeito anota: “A provisoriedade implica no conceito de temporariedade, mas não coincidem exatamente com este; o que caracteriza essas providências é o fato de que sua duração deve cessar, não por força, propriamente, do tempo decorrido, mas em razão do surgimento ou, ao contrário, do não surgimento da providência definitiva, em razão da qual se editou”.

decretada novamente, desde que ressurja a sua necessidade. Ostenta o caráter *rebus sic stantibus*. Subsistem enquanto persistirem as circunstâncias fáticas que reveladoras de uma certa situação de perigo para efetividade do processo. Removido ou neutralizado o risco, não mais se justifica sua manutenção.

3.4.2 Instrumentalidade

As medidas cautelares não se constituem um fim em si mesmo. Visam assegurar ou conservar a utilidade do futuro provimento jurisdicional, este sim, definitivo e dotado de satisfatividade. Sendo o processo o instrumento através do qual atua a Jurisdição, a medida cautelar funciona como instrumental em relação àquele, razão pela qual, diz-se que ela é um instrumento do instrumento (instrumentalidade qualificada). Importante afirmar que essa instrumentalidade é hipotética, pois sua análise se dá no plano da probabilidade de êxito para aquele que lhe requer. Neste instante, não se cogita de certeza do direito daquele que afirma tê-lo. A avaliação que se faz é que, hipoteticamente, aquele que reclama a medida de provisória conservativa, provavelmente, terá a seu favor uma sentença definitiva assegurando-lhe o bem da vida objeto da disputa.

3.4.3 Jurisdicionalidade

A prisão cautelar deve, ainda, obrigatoriamente, ser decretada por uma autoridade judiciária, com exceção da detenção em flagrante, que, na realidade, tem natureza pré-cautelar. Isso em razão da aplicação do princípio da reserva da Jurisdição - ou juízo prévio - consagrado no art. 5º, LXI, da Constituição da República, segundo o qual "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". Por essa característica resta afastada qualquer hipótese, fora das situações flagranciais, estampadas no art. 302 do Código de Processo, de decretação de prisão cautelar pelo Ministério Público, Polícia Judiciária ou mesmo comissões Parlamentares de Inquéritos. Isso porque a atividade cautelar guarda estreita ligação com o princípio da tutela jurisdicional adequada, de sorte que somente quem possui o monopólio da Jurisdição poderá validamente exercê-la.

Registre-se, ainda, que a medida cautelar é precedida de decisão judicial devidamente fundamentada, onde devem restar consignadas as razões estritamente cautelares, expressadas

sobretudo através do exame, em cognição sumária, dos seus pressupostos – prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*) – bem como os fundamentes – *periculum libertatis* – configurativos do risco que a liberdade do investigado ou acusado representa para efetividade do futuro provimento Jurisdicional. Registre-se, outrossim, que por força da nova redação do § 2º do art. 312 do Código de Processo Penal, com atualização da Lei nº 13.964/2019, a decisão deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo concreto de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida cautelar.

3.4.4 Homogeneidade

Esse traço característico da medida cautelar evidencia sua nítida relação com o princípio da proporcionalidade, como oportunamente iremos demonstrar. Significa que a medida cautelar não pode ser mais onerosa que o provimento final que se pretende assegurar ou conservar. No momento de sua adoção, deve ser feito um juízo de prognose em relação ao futuro provimento jurisdicional. Enxergando-se, desde de logo, que, ao final do processo, com a sentença, não será aplicada pena privativa de liberdade, ou mesmo que será fixado o regime aberto ou, ainda, uma pena restritiva de direito, ou que será decretada a extinção da punibilidade pela prescrição, não há razão de ser para decretação de medida cautelar privativa da liberdade durante o curso do procedimento, sob pena de afronta ao Princípio da Proporcionalidade que limita a atuação do Estado na esfera de liberdade do indivíduo.

3.4.5 Excepcionalidade

Essa característica denota, exatamente, que a medida cautelar restritiva da liberdade é um instrumento de última *ratio*. Somente pode ser utilizada, quando não mais houver outra medida mais adequada ou suficiente, e, portanto, menos onerosa ao direito de liberdade, apta a conservação do provimento futuro.

Ostenta, aliás, estreita relação com a regra de tratamento componente do Princípio da Presunção de inocência. Embora reconheça que o Processo Penal tenha seus escopos políticos e sociais, sem sombra de dúvida, é um instrumento de garantia da liberdade. Se em um certo sentido ele visa a aplicação da Lei Penal. Em outro sentido, tutela a liberdade. É que, no Processo Penal de índole nitidamente democrática, que tem como vetores a dignidade humana e a presunção de inocência, há inescandível primazia da liberdade sobre as razões de interesse

público da persecução penal. Tanto assim que a Constituição da república brasileira deixou bem assentada, ao longo dos incisos do art. 5º, sua verdadeira opção político-ideológica materializada na tutela enfática da liberdade. Prestigiada a liberdade com essa magnitude, não é dado suprimi-la, ainda que por razões de cautela, quando e enquanto houver outros meios menos onerosos para o atingimento da finalidade perseguida.

Nesse sentido, estima-se que o caráter excepcional da prisão preventiva não autoriza seu emprego em casos para os quais é escassa a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, na hipótese do acusado ser condenado. Aliás, o prognóstico de cabimento de medidas ou penas restritivas de direito no lugar da privativa de liberdade pode decorrer da própria lei. Assim sendo, verificada essa a possibilidade de não aplicação de pena privativa de liberdade, não se vislumbra acerto na aplicação da privação cautelar da liberdade. Nesse ponto, enxerga-se enorme aproximação entre a excepcionalidade e a homogeneidade das medidas cautelares pessoais (PRADO, 2011).

Esse traço de identificação resta positivado expressamente no Código de Processo Penal Português – (art.193.2); na Itália(Codice de Procedura Penale – (art.275.3) e na Espanha. No Brasil, o § 6º, do art.282, com redação conferida pela Lei 12.403/2011, “*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.*” Observa-se, portanto, que a liberdade é a regra, ao passo que a restrição ao direito fundamental de liberdade é a exceção que somente é admitida quando não houver outras medidas, também adequadas, mas, menos onerosas, para assegurar a efetividade do provimento futuro.

3.4.6 Referibilidade

A referibilidade das medidas cautelares conecta-se a uma certa relação com o direito material que se pretende tutelar através da medida conservativa e asseguratória. A medida cautelar é instrumento que se destina a assegurar a efetividade do processo. Esse traço característico serve inclusive para divisar as medidas cautelares das demais tutelas de urgência de natureza satisfativa. Se inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado. Nessa hipótese, ocorre satisfatividade nunca cautelaridade (MARINONI, 1992).

Nesse contexto, tem-se que a referibilidade, enquanto traço de particularização das medidas cautelares, possibilita estabelecer uma relação entre a medida cautelar e uma situação de direito material que se pretende acautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade ao direito acautelado. O direito referido é que é assegurado cautelarmente (MARINONI, 1992).

No processo penal, o direito referido é o hipotético direito de punir relativamente a um fato determinado, objeto da imputação constante da denúncia nos autos em que a medida cautelar se revelou necessária e adequada (BADARÓ, 2020).⁹

Aliás, esse direito referido serve inclusive para delimitar a intensidade ou grau de intervenção em relação do direito fundamental de liberdade. Nesse sentido, observa-se que a referibilidade guarda também certa relação com a homogeneidade. As medidas cautelares pessoais não podem representar uma intervenção mais severa do que eventual punição a ser aplicada no final do devido processo legal em caso de condenação. Tomando como exemplo os delitos de menor potencial ofensivo ou mesmo aqueles punidos exclusivamente com pena de multa, estima-se que para esses delitos não se afigura adequada a aplicação da prisão cautelar exatamente por completa ausência do direito referido.

3.4.7 Acessoriedade

Não há dúvida que a acessoriedade responde por uma das principais características das medidas cautelares. Aliás, esse traço de identificação resta conectado com praticamente todos os outros elementos que singularizam as medidas cautelares.

Dentre suas peculiaridades, observa-se que as medidas cautelares apresentam-se nitidamente como providências acessórias, vez que sempre estarão conectadas a um processo de conhecimento ou de execução. Destinam-se a acautelar a efetividade do processo servindo-lhe de instrumento contra a demora do provimento final.

Essa nota de identificação serve inclusive para reafirmar que rigorosamente falando não há entre nós genuíno processo cautelar. Em verdade, adotam-se, em caráter provisório, medidas cautelares em relação a um processo principal, como resultado de uma cognição sumária no afã de remover ou neutralizar os riscos da demora do provimento futuro. Isso denota que as medidas cautelares não se configuram como um fim em si. Não são vocacionadas a oferecer soluções processuais com a marca da definitividade, por isso sempre reportadas a um processo principal, este sim enquanto instrumento a serviço da tutela jurisdicional tem por escopo fazer justiça em caráter definitivo.

Explicitadas, portanto, as características que expressam a razão de ser e a essência das

⁹ Acerca dessa nota característica acrescenta ainda “Assim, se um acusado responde a processo por roubo, e está ameaçando uma testemunha de outro processo a que também responde, pelo crime de calúnia, não se poderá ser decretada a prisão ou qualquer outra medida cautelar pessoal no primeiro processo, por conveniência da instrução criminal, visto que a ameaça foi realizada em relação a instrução de outro processo. Somente neste segundo feito haverá referibilidade”(BADARÓ, 2020, p. 1136).

prisões cautelares, cumpre observar as modalidades de prisão provisória, especialmente, a preventiva e temporária que efetivamente ostentam as particularidades que singularizam os provimentos em caráter cautelar.

Por outro lado, a partir dos traços identificadores realçados, estima-se que prisão em flagrante, embora de índole provisória, não guarda qualquer viés conservativo ou assecuratório da efetividade do futuro provimento jurisdicional, e, menos ainda, é precedida de cognição do Poder Judiciário, razão pela qual, não o é, essencialmente, dotada de cautelaridade.

3.5 Breve abordagem sobre as reformas pontuais no código de processo penal tocantes às prisões cautelares

O Código de Processo Penal, concebido em sua redação primitiva, influenciado que foi pelas ideias nazi-facistas que dominaram a Europa na década de trinta e embalado pelo viés político-ideológico que alimentou o Estado Novo de Getúlio Vargas, constitucionalizado, sobretudo, através da Carta Política de 1937, é, em alguns dispositivos, nitidamente autoritário e incompatível com a Constituição da República, especialmente quanto em confronto com as regras que tutelam direitos e garantias fundamentais.

Especificamente, quanto ao tratamento do sistema de prisões anteriores ao trânsito em julgado da sentença penal, o Código de Processo Penal, em sua redação primitiva, mostrava-se baseado na presunção de culpabilidade do agente, esse tratamento antidemocrático prevaleceu no texto original do diploma de 1941 e foi superado, em alguns aspectos, através de reformas expressas no texto do Código de Processo Penal, a partir da Constituição de 1988, que, verdadeiramente, abraçou o modelo acusatório de Processo Penal, e, notadamente, através das reformas pontuais experimentadas com as Leis nº 10.792/2003, 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008 e, especialmente, a Lei nº 12.403/2011, mais recentemente, através da Lei nº 13.964/2019 que instituiu, no Código de Processo Penal, o sistema acusatório e o Juiz de garantias, além daquelas verificadas através da legislação especial ou extravagante.

A prisão em flagrante, na redação primitiva do Código de Processo Penal, por si só, possuía força suficiente para a custódia do recluso e sua permanência no curso do processo, em razão, unicamente, da situação ou estado de flagrância, ocorrendo verdadeira antecipação da responsabilidade penal – o preso em flagrante somente teria direito à liberdade se o crime fosse afiançável, se presentes algumas das situações do art. 310, do CPP, ou se se livrasse solto (art. 321, CPP).

Na redação original do art. 312 do CPP, existia a figura da prisão preventiva obrigatória ou compulsória, sem necessidade de qualquer fundamentação, quando a infração penal imputada ao agente tivesse pena máxima cominada em abstrato igualou superior a dez anos.

Na mesma linha, era a primeira redação do art. 596, que determinava a absurda manutenção do sentenciado no cárcere mesmo após sua absolvição em primeira instância – quanto do recurso da acusação – se o crime imputado tivesse pena máxima cominada em abstrato igualou superior a doze anos.

E, finalmente, as redações, recentemente superadas pelas Leis nº 11.689 e nº 11.719, ambas de junho de 2008. Pela primeira, foi alterada a redação do art. 408, referente ao procedimento do júri, em que a prisão processual decorria imediatamente da decisão de pronúncia. E, em razão da segunda, o art. 594 do Código de Processo Penal foi expressamente revogado, pondo termo, enfim, à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Sendo que nestes dois casos o Código de Processo Penal em sua redação originária tratava os maus antecedentes e a reincidência como fundamento do cárcere cautelar – em um claro e malfadado Direito Penal do autor. Esse propósito repressor e autoritário fica ainda mais claro no texto da Exposição de Motivos do CPP, onde se lê que:

O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos (MACHADO, 2009, p. 465).

Esses dispositivos colidiam com princípios basilares do Direito Processual Penal constitucional, especialmente a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e, sobretudo, a proporcionalidade entre o fim do Estado e a medida aplicada para alcançá-lo. Neste contexto, o princípio da proporcionalidade tem um vínculo intransponível com a presunção de inocência. A questão conforma-se em haver ou não proporcionalidade entre o *ius puniendi* e a restrição cautelar do direito de liberdade, respeitada a presunção de inocência e a provisoriedade da cautela.

A medida de privação da liberdade é degradante por si só, como explica Aury Lopes Júnior. Portanto, desrespeitar a presunção de inocência para submeter um indivíduo ao cumprimento de uma pena, sem que sejam verificados criteriosamente todos os subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da prisão cautelar – é uma afronta a mais elementar noção de justiça, posto que nem sempre a medida

servirá ao seu fim e sem dúvida causará uma imensurável repercussão negativa na vida daquele que neste momento passa a ser a vítima do Estado.

(...) a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição. Ademais, diz o autor, se fosse verdade que elas não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições especiais, com suficientes comodidades (uma boa residência) e não como é hoje, em que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo (pois não tem regime semiaberto ou saídas temporárias) (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 204).

3.6 Prisão em flagrante

3.6.1 Conceito, objeto e natureza jurídica da prisão em flagrante

Em princípio, as prisões provisórias apresentam todas elas uma natureza cautelar, com a exceção da prisão em flagrante, que possui natureza pré-cautelar: é a única que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas, tão somente, colocar o flagranteado a disposição do juiz, que poderá ou não converter aquele estado flagrancial em prisão preventiva, se presentes os seus pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade estampadas no Código de Processo Penal, desde que inviável a aplicação de uma medida cautelar diversa (art.319 e 320 do CPP), na forma do art. 282, I e II, do Código de Processo Penal com redação conferida pela Lei nº 12.403/2011.

As origens da prisão em flagrante delito são bastante remotas. Este instituto esteve contemplado na Lei das XII Tábuas, Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, como também no Código Criminal do Império de 1832, sempre cunhando redação próxima a atual, em regra, admitindo que qualquer pessoa do povo pode e os agentes do Poder Público devem prender que for encontrado cometendo delitos.

Flagrante é o delito que ainda "queima", é visibilidade do delito ou atualidade da conduta, é o crime que está sendo cometido ou acabou de sê-lo (TÁVORA; ALENCAR, 2009). O art. 302 do CPP traz as situações nas quais se encontra presente o estado de flagrância, a ardência do delito. Os objetivos do flagrante são: (a) evitar a produção de todos os efeitos do ato ou fato, ou seja a consumação do delito ou mesmo o seu exaurimento; (b) permitir a imediata colheita da prova, o que, segundo Ricardo Schmitt, "revela sua maior idoneidade e qualidade, principalmente no que tange a prova testemunhal e pericial, ante a visibilidade do acontecimento"; (c) evitar a fuga; (d) ser verdadeiro sistema de autodefesa da sociedade (SCHMITT, 2008).

Pode ser realizado sem que haja ordem judicial prévia e fundamentada, a qualquer hora do

dia e em qualquer local – art. 5º, XI e LXI – por qualquer um do povo. Isso tudo graças a sua natureza emergencial, porquanto tem por desiderato evitar a consumação do delito ou mesmo a fuga do seu autor. Mas, realizada a medida de prisão pré-cautelar, deve, imediatamente, ser comunicada ao juiz competente para que realize a crítica da legalidade, relaxando-a se ilegal ou inconstitucional, ou, desde que legal, conceda a liberdade provisória isolada ou cumulada com outra medida alternativa à prisão, ou, em análise última, converta o ato administrativo em prisão preventiva, desde que esta se afigure necessária e adequada, estando presentes seus pressupostos e fundamentos, previstos nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, bem como suas condições de admissibilidades estampadas no art. 313 do Código de Processo Penal. É por não ter força própria para manter o agente custodiado provisoriamente durante o tempo necessário ao processo, que se considera a sua natureza como pré-cautelar ou preparatória (SCHMITT, 2008).

Como visto as medidas cautelares pressupõe a prévia cognição judicial, ainda que em caráter sumário e superficial, embora dotado de certo grau de probabilidade, que, no caso da prisão em flagrante, ocorrerá somente após a imediata comunicação. É, essencialmente, uma medida de autodefesa da sociedade – precária por natureza - tanto que qualquer do povo poderá e a autoridade e seus agentes deverá prender em flagrante – nunca portadora de cautelaridade. Primeiro porque não se enquadra nas características da tutela cautelar antes reportadas. Depois porque não tem por desiderato a conservação do futuro provimento jurisdicional definitivo. Na verdade, a prisão em flagrante não guarda qualquer relação de conservação com o provimento jurisdicional a ser produzido em tempo futuro. É ato administrativo complexo, conformado em distintos momentos. Basicamente possui três instantes, mais ou menos bem delineados, que são: a captura ou detenção; a documentação, formalização ou materialização do Auto e o recolhimento ao cárcere que poderá ou não ocorrer, conforme presentes ou não, as hipóteses de admissibilidade da fiança ou qualquer outra medida alternativa.

Não obstante entenda que a prisão em flagrante tecnicamente não possui natureza cautelar, é digno de registro que parte da doutrina vislumbra no ato flagrancial as características da cautelaridade. Tanto que confunde os escopos e objetivos do ato administrativo, qual seja, evitar a fuga, a consumação ou o próprio exaurimento da conduta, com o *periculum libertatis*. Aponta, ainda, que o *fumus commissi delicti* deve ser representado através da plausibilidade da prática do crime, consoante as hipóteses inseridas no art. 302 do Código de Processo Penal.

Como bem sabemos, o que evidencia a marca da cautelaridade é, exatamente, sua natureza conservativa ou assecuratória de um provimento jurisdicional definitivo que será produzido em tempo futuro. Não se percebendo no ato administrativo expressado através da prisão em flagrante qualquer vinculação com esse provimento futuro, não é lícito falar desta como sendo uma medida

de índole acautelatória. Enxergo, inclusive, sua natureza emergencial, tanto que é ato de autodefesa da sociedade, legitimando a atuação facultativa de qualquer do povo. Todavia, não é possível vislumbrar em sua essência a marca da cautelaridade.

3.6.2 Espécies de prisão em flagrante tipificadas no código de processo penal

3.6.2.1 Flagrante próprio

O Código de Processo Penal, especialmente, no art. 302, incisos I e II, se apega das hipóteses flagranciais que a doutrina classifica como flagrante próprio ou real. Na primeira situação, ocorre o estado flagrancial quando o agente esta cometendo a infração. Na segunda, cuida da hipótese em que o agente acaba de cometê-la. Importante consignar que, nessa situação, o *iter criminis* já se completou. A conduta encontra-se pronta e acabada. Todavia, concretamente, há elementos dando conta do fato e suas circunstâncias, de sorte a traduzir a certeza visual do delito. Exige-se, assim, para a legalidade da detenção em estado de flagrância, na hipótese do inciso II, que ocorra certa relação de imediatidade entre o encerramento do *iter criminis*, sua visualização, através de elementos característicos, e a detenção do agente.

Importante verificar que quando perpassa lapso temporal mais dilatado entre o encerramento do *iter criminis*, sua visualização e consequente detenção do agente, não mais se afigura presente o flagrante próprio, contemplado no inciso II, do art.302, do CPP, podendo, todavia, configurar uma das hipóteses observadas nos incisos III e IV do mesmo artigo.

3.6.2.2 Flagrante impróprio

Essa modalidade de flagrante, prevista no inciso III, do art. 302, do Código de Processo Penal, é chamada pela doutrina de flagrante impróprio ou quase-flagrante. Em situação que tal, o agente é *perseguido, logo após*, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer do povo, *em situação que faça presumir ser o autor da infração*.

Na hipótese emblemática no inciso III, do art.302 do Código de Penal, o agente não é capturado ou detido no momento da prática do delito ou em instante imediatamente posterior à sua prática. A captura ou detenção é precedida de perseguição *logo após* ao delito, em situação que faça presumir ser o autor da infração.

Aqui, também, exige-se uma relação de imediatidade entre o fato e a perseguição que deve ser ininterrupta e contínua, na forma do art. 290 § 1º, alíneas “a” e “b” e consequente

detenção.

É oportuno consignar que, uma vez iniciada a perseguição, desde que seja contínua e ininterrupta, não importa que dure, minutos, horas, dias ou até mesmo semanas. Não obstante, é preciso sempre enxergar o caso concreto com ponderação, pois não podemos perder de vista que o flagrante representa a certeza visual do delito ou a atualidade da conduta, circunstância que poderá resta desfigurada em razão da durabilidade da perseguição.

Interessante notar, também, que a expressão “logo após” revela, em certo sentido, lapso temporal que, não necessariamente, deve ser aferido cronologicamente. Mas de forma normativa, conferindo, assim, no caso concreto, ao magistrado certa margem de discricionariedade na aferição do seu conceito, com o prudente auxílio do princípio da proporcionalidade.

Vale lembrar, outrossim, que não havendo perseguição ao agente, logo após o fato, embora ocorra a captura em razão de diligências investigatórias bem sucedidas, não há que se falar em flagrante impróprio do inciso III, do art. 302 do Código de Processo Penal, pois este pressupõe que entre o fato e a captura ocorra uma perseguição dotada de certo grau de imediatidade.

Na análise do flagrante impróprio ou quase flagrante, desponta interessante investigação doutrinária acerca da viabilidade da prisão em domicílio sem mandado ao ensejo da perseguição.

Ao que parece, não há maior dúvida quando se trata das situações do flagrante próprio prevista no art. 302, I e II, do Código de Processo Penal. Registra-se, todavia, acentuado debate doutrinário quando em referência o chamado flagrante improprio, que é, em sua essência, marcado pela perseguição.

Para os partidários de uma certa posição, diz-se que a entrada em domicílio desacompanhada de mandado judicial somente encontra permissibilidade, frente ao princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar, encartado no art. 5º, XI, da Constituição da República, nas hipóteses de flagrante próprio. Afirma essa corrente que o art. 293 do Código de Processo Penal somente autorizaria a entrada em domicílio na hipótese de perseguição – flagrante impróprio – desde que exibido o mandado judicial. Argumenta, outrossim, que a exceção aos direitos fundamentais deve ser interpretada restritivamente. Por outro lado, uma segunda corrente, defende a possibilidade e permissibilidade da entrada em domicílio, desacompanhada de mandado, mesmo na hipótese de flagrante impróprio. A essa posição, por sinal majoritária, tanto em doutrina quanto na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é que me acosto.

A Constituição da República, ao traçar a regra de exceção à inviolabilidade do

domicílio, não demarcou ou especificou qualquer restrição. Em outros termos, o Poder Constituinte, não obstante preocupado com a inviolabilidade do domicílio, permitiu sim sua franqueabilidade em qualquer das hipóteses de flagrante. Evidente que se desejasse fazer qualquer distinção entre as hipóteses permissivas teria oportunamente feito. Não o fazendo, não deve o intérprete fazê-lo.

Contemplada a prisão em flagrante pela Constituição, na regra excepcional da inviolabilidade do domicílio, coube a legislação ordinária apenas definir, como de fato o fez, o flagrante e suas hipóteses sem se preocupar com qualquer restrição. Assim sendo, observo que mesmo na hipótese de flagrante impróprio, cujo traço característico é a perseguição, é lícita a entrada em domicílio, ainda que desacompanhada de mandado judicial.

3.6.2.3 Do flagrante presumido: ficto ou assimilado

Uma vez mais é lícito afirmar que essa hipótese, contemplada no inciso IV, do art. 302, do Código de Processo Penal, tecnicamente não pode ser aceita como genuíno estado de flagrância. Na verdade, a Lei, em situação que tal, presume o estado de flagrância quando o agente *é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, em situação que faça presumir ser o autor da infração.*

Ao que parece, dúvida não há, que a situação aqui contemplada afigura-se frontalmente colidente com o princípio da presunção de inocência. Estabelece a lei verdadeira presunção do fato e sua autoria, em razão do agente ser encontrado, *logo depois*, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, evidentemente que guardem alguma relação de causalidade com o delito.

Observa-se que, na hipótese, não há qualquer perseguição. Aqui, entre o fato, o encontro do agente e sua consequente detenção, naquelas circunstâncias, há certa dilação mais ou mesmo acentuada. Efetivamente ocorre uma inescandível presunção, não obstante tolerada pela Jurisprudência nacional. É sabido que o fato e sua autoria configuram exatamente o objeto da prova. Não é validamente possível, em um sistema processual que tem como vetores a dignidade humana e a presunção de inocência, estabelecer presunções dessa magnitude. A regra probatória inserta no conteúdo do princípio da presunção de inocência não se harmoniza com presunções de fatos, menos ainda, tocante a autoria destes.

Assim sendo, tem-se que o inciso IV, do art. 302, do Código de Processo Penal, ao estabelecer a presunção do fato e sua autoria, em razão do encontro do agente com objetos que guardem certa relação de causalidade com o fato, não mais fez que violar a regra probatória encartada no princípio constitucional da presunção de inocência, segundo a qual, o Ônus da prova

cabe exclusivamente ao titular da acusação.

Imperioso consignar, após essa anamnese da prisão em flagrante, que o art. 302 do Código de Processo Penal, revela uma escala decrescente de imediatidade, de sorte que o estado de flagrância resta evidenciado desde a situação onde o sujeito é surpreendido cometendo a infração ou acaba de cometê-la, é perseguido, logo após, evidenciando certa imediatidade, entre o fato, a perseguição e a detenção, ou, em último caso, quando se presume o fato e sua autoria, em razão do agente ser encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que guardem alguma relação de causalidade com o delito.

Merece destaque, também, no contexto deste trabalho, que as expressões “logo após” verificada no flagrante impróprio e “logo depois”, encontrada na hipótese de flagrante ficto, presumido ou assimilado, não possuem, na essência, qualquer diferença léxica. Por traduzirem a ideia de certo lapso temporal, no contexto em que inseridas, é que devem ser interpretadas, não necessariamente, sob o viés cronológico. Pois o tempo, nas situações de flagrantes, não é cronológico, mas normativo (MENDONÇA, 2011). Com isso permite-se ao magistrado certa margem de discricionariedade na aferição desse lapso, sempre com o imprescindível recurso ao princípio da proporcionalidade.

Relevante observar que na hipótese do flagrante ficto, presumido ou assimilado, deve sempre ser percebido, ao ensejo da crítica da legalidade pelo Poder Judiciário, a natureza da infração e seu momento consumativo, sobretudo naquelas hipóteses de delitos instantâneos, tal qual aqueles cuja ação nuclear do tipo revela-se através dos verbos adquirir, receber, subtrair etc., de sorte a otimizar o filtro de legalidade, somente admitindo essa modalidade de detenção, sem cognição prévia do Poder Judiciário, em situações excepcionalíssimas.

3.6.2.4 A prisão em flagrante nos crimes permanentes e habituais

No estudo da prisão em flagrante, suas modalidades e especificidades, assume destacada importância o exame da pertinência da custódia nos crimes permanentes e habituais.

A doutrina classifica o crime permanente como aquele cuja consumação se alonga no tempo, em razão da vontade do agente, que, nessa condição, possui o poder de fazer cessar, a qualquer instante, a conduta ofensiva ao bem jurídico tutela pela norma penal. Dois são seus requisitos: A) consumação prolongada no tempo; B) Vontade do agente.

Tocante à prisão em flagrante nos crimes permanentes, apegou-se o art. 303 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.” A norma constante do art.303 do CPP, a

rigor, afigura-se absolutamente desnecessária. É que o agente, por vontade própria, alonga a consumação do delito. Logo, enquanto não cessar a consumação, está ofendendo o bem jurídico tutelado pela norma penal, e, conseqüentemente, poderá ser surpreendido na figura plasmada no art. 302, I, do Código de Processo Penal, consistente no flagrante próprio.

Por sua vez, chama-se delito habitual ou habitualidade criminosa, a conduta que, isoladamente, representa verdadeiro indiferente penal, não caracterizando qualquer delito. Todavia, quando levada a efeito de forma reiterada, adotando o autor aquele comportamento como seu verdadeiro modo de viver, essa práticas reiteradas é dotada de tipicidade penal. Exemplos de crime habitual, é o exercício ilegal da medicina(art.282 do Código Penal); manter casa de prostituição(art.229 do CP); curanderismo (art.284). Assim, aquele que, em situação emergencial, visando socorrer um amigo, realiza no mesmo uma traqueostomia, não pratica crime algum. Essa conduta, isoladamente considerada, não se ajusta no tipo penal do art.282 do Código Penal brasileiro, que prever o crime de exercício ilegal da medicina, visto que sendo esse crime de natureza habitual, não se completa em uma única ação.

A doutrina diverge quanto a admissibilidade ou não da prisão em flagrante nos crimes habituais. Não é tarefa das mais fáceis o seu convencimento. Percebo, porém, ser possível a configuração do estado de flagrância nos crimes habituais quando, desde de logo, as circunstâncias em que o agente é surpreendido, denotam que o mesmo vinha praticando a conduta de forma reiterada, tal qual na situação em que o proprietário de um bordel é surpreendido no local onde havia vários casais para fins libidinosos. Ou mesmo naquela situação em que o falso médico é encontrado ou surpreendido em clínica médica, devidamente estabelecida, com secretaria e demais funcionários contratados, com publicidade ostensiva dos serviços prestados e, inclusive, com pacientes a espera para ser atendidos.

Nesses casos, as circunstâncias denotam inevitavelmente que aquele comportamento não era apenas uma ação isolada. Na verdade, aquele agir configura o seu particular modo de viver, de sorte que resta evidenciada, através do conjunto de circunstâncias que rodeiam aquela ação particularizada, que o agente vinha praticando a conduta de forma habitual e reiterada, configurando, assim, o crime de exercício ilegal da medicina tipificado no art.282 do Código penal brasileiro.

3.6.2.5 Flagrante preparado ou provocado

Ocorre o flagrante preparado ou provocado quando o agente provocador, ao tempo que estimula a ação, em tese criminosa, adota um conjunto de providências, precauções e cautelas,

visando tornar impossível a consumação do crime. Os elementos dessa figura são dois: **a)** provocação da prática do delito por um agente chamado provocador; **b)** que o mesmo agente provocador adote todas as providências e precauções para que a consumação do delito seja impossível.

Nesses casos, diz-se que o flagrante é nulo porque o bem jurídico tutelado pela norma penal não sofreu qualquer risco de lesão. Segundo a doutrina, a situação do flagrante preparado equipara-se aquela do crime impossível prevista no art. 17 do Código Penal. Acerca do flagrante preparado ou provocado, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado sumular 145, do seguinte teor: *“não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”*.

Embora a doutrina e Jurisprudência equiparem o flagrante preparado previsto na Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, com aquela situação contemplada no art. 17 do Código Penal, é importante perceber, todavia, que no flagrante provocado previsto no enunciado sumular, o que torna impossível a consumação do delito não é, necessariamente, a ineficácia absoluta do meio ou a impropriedade absoluta do objeto, como ocorre na situação encontrada no art. 17 do Código Penal. A impossibilidade de consumação do delito resulta exatamente do conjunto de providência, cautelas e precauções, levadas a efeito pelo próprio agente provocador.

Consoante a lição de Andrey Borges Mendonça (2011), essa hipótese de crime impossível comporta duas ressalvas: **a)** quando embora tenha o agente provocador tomado todas as precauções, o delito venha a se consumir; **b)** se a provocação ocorreu quando o delito já estava consumado. Nas duas situações, não há falar em crime impossível, pois houve efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

3.6.2.6 Flagrante esperado

Diversamente do flagrante preparado ou provocado contemplado na Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, no flagrante esperado não há a figura do agente provocador. Inexiste atividade no sentido de estimular a prática de qualquer infração penal. A atividade policial nesses casos é de simples alerta ou mera espera. Razão pela qual não se cogita nessa hipótese de qualquer vício no procedimento e a prisão daí decorrente é perfeitamente válida.

3.6.2.7 Flagrante retardado, diferido, postergado ou de ação controlada

Tomando-se por base o dever de agir das autoridades e agentes públicos em contraposição com a faculdade do particular em situações caracterizadoras de estado de flagrância, tem-se que o flagrante pode ser classificado em necessário ou compulsório para o agente público. Ao passo que para o particular - “qualquer do povo” - fala-se em flagrante facultativo.

Flexibilizando esse dever de agir compulsoriamente no primeiro instante que tomar conhecimento do fato dotado de relevância penal, algumas leis cuidaram do flagrante diferido, postergado, retardado ou de ação controlada. São exemplos as Leis nº 9.034/95; a Lei nº 9.613/98 e a Lei nº 11.343/2008, especialmente no inciso II, do art. 53, e a Lei nº 12.850/2013 possibilitando que a autoridade deixe para realizar a prisão em flagrante em momento mais adequado para a coleta de prova sobre a organização criminosa.

Observa-se na ação controlada que há uma exceção ao dever de agir – princípio da obrigatoriedade – retardando-se a prisão em flagrante, desde que a autoridade mantenha a observação e acompanhamento da organização criminosa, para que a prisão se dê no momento ótimo para coleta de prova e fornecimento de informações.

3.7 Prisão temporária

3.7.1 Conceito – histórico – objeto – discussão acerca de sua constitucionalidade

Já no epílogo do governo do Presidente José Sarney, exatamente em 21 de dezembro do ano de 1989, sob o influxo de forte instabilidade econômica e social, patrocinada, sobretudo, por índices inflacionários que não deixaram qualquer lembrança positiva na vida social e política da sociedade brasileira, surgiu a Lei nº 7.960/89, a partir da conversão da Medida Provisória 111/89, cuja constitucionalidade, face a inescandível invasão da competência do Congresso Nacional para legislar sobre a matéria, continua, ainda hoje, aproximadamente, vinte cinco anos depois, bastante questionada.

Antes de adentra no exame da prisão temporária, impende verificar que a constitucionalidade da prisão temporária ainda hoje vem sendo enfrentada nas Ações Direitas de Inconstitucionalidade, ADI nº. 3360-3 e ADI nº. 4109, que contestam a lei federal de regulamentação das prisões temporárias (Lei 7.960/89) e suas alterações pelas Leis 8.072/90 e 11.464/07, por colocar em xeque o princípio da presunção da inocência, bem como o Princípio republicando da separação de Poderes.

A ADI nº 4109 argumenta imprecisão da lei, agressão à garantia do devido processo

legal e desrespeito ao princípio da razoabilidade dos objetivos. A petição inicial desta ação afirma que a prisão temporária serve, de fato, para produzir tão somente grande repercussão na mídia, gerando a falsa impressão de que tudo foi resolvido.

O Partido Trabalhista Brasileiro, autor desta ADI pede que se a Lei 7.960/89 for considerada constitucional, que, pelo menos, as prisões sejam fundamentadas em três requisitos necessariamente complementares (ou cumulativos): (a) que sejam imprescindíveis para as investigações policiais; (b) que o suposto criminoso não tenha fornecido identificação ou não tenha residência fixa; (c) e que haja provas de envolvimento em um dos 14 tipos de crimes citados pela Lei 7.960/89, como homicídio doloso, sequestro, roubo, estupro, genocídio, tráfico de drogas e envenenamento com morte. Todos esses requisitos são escritos na lei, mas não há unanimidade acerca da exigência de que sejam cumulativos, o que a toma imprecisa.

A ação recebeu, em 05 de março de 2009, parecer do Procurador Geral da República, Antônio Fernando Souza, pelo não conhecimento da ADI nº. 4109 ou, se conhecida, opinou, o PGR, pela não procedência da demanda.

A tese arguida nesta ação é de que as três leis federais estariam contrárias à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. A Convenção diz que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

O Procurador Geral da República em seu parecer asseverou que o fato de a prisão temporária exigir menos requisitos do que a prisão preventiva não implica afronta ao direito de liberdade provisória, nem viola o princípio da presunção de inocência. "Ambas são espécie do gênero prisão cautelar que visam assegurar a efetividade das investigações, sem implicar culpabilidade para o preso", é o que afirma, defendendo a validade das leis impugnadas.

Não é de hoje que se questiona a constitucionalidade dos diplomas legais que tratam da prisão temporária. A Lei nº 7.960/89 foi introduzida no direito brasileiro pela conversão da Medida Provisória nº 111/89, imprimindo ao diploma legal um vício formal de iniciativa, já que matéria de processo e direito penal são de iniciativa privativa da União - art. 22, I, da DR - e, além desse vício, a lei é interpretada por muitos como materialmente inconstitucional por conceber a possibilidade do Estado prender para só depois investigar se o agente é o autor do crime.

Abstraindo as questões pertinentes à sua constitucionalidade, não há dúvida que, nos moldes em que fora concebida, a prisão temporária reveste-se de natureza cautelar.

Sabemos que a medida cautelar, enquanto tutela de urgência, que tem por desiderato a

conservação ou preservação da efetividade do procedimento, pode ser, sob certos aspectos, classificadas em tutela cautelar preparatória e tutela cautelar incidental, conforme o momento de sua decretação seja anterior ou no curso do procedimento que se visa assegurar a efetividade.

Nesse contexto, é possível afirmar que a prisão temporária é uma medida cautelar que pode ser decretada antes ou mesmo no curso da investigação preliminar, pois pretende proteger o regular andamento das investigações, tanto que, como já mencionado, reclama a presença dos pressupostos de imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial – art. 1º, inciso I; e que o indiciado não tenha residência fixa ou não forneça os elementos necessários ao estabelecimento de sua identidade – art. 1º, inciso II - situação, na verdade, que se amolda ao primeiro caso, posto que, a imprecisão quanto ao investigado implicaria em prejuízo para as investigações; o art. 1º traz, ainda, no inciso III, o rol dos crimes nos quais cabe a aplicação da temporária.

A doutrina se divide sobre como interpretar os requisitos para sua adoção, se os requisitos dos incisos se somam - pelo menos o I e o III - ou se são independentes.

Apesar da divergência, uma posição garantista e fiel à Constituição, exige que o rol do inciso III seja taxativo, imprescindível, e que somente seja aplicado quando exista a presença cumulativa do requisito do inciso I (ou do inciso II, que finda tendo o mesmo escopo) – de imprescindibilidade para as investigações do inquérito – com o requisito do inciso III, o rol dos crimes que permitem a aplicação da temporária (SCHMITT, 2008).

Como não poderia deixar de ser, embora concebida através de instrumento de constitucionalidade duvidosa, a prisão temporária atende à cláusula de reserva jurisdicional e somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (a lei não contemplou a vítima como legitimada para requerer a temporária) (TÁVORA; ALENCAR, 2009). Ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva, a prisão temporária, em obsequiando o modelo acusatório, não pode, em nenhuma hipótese, ser decretada de ofício pelo juiz. E é a única prisão cautelar que possui prazo certo de duração, cinco dias, prorrogáveis por mais cinco, em si tratando de crimes comuns, ou trinta dias, prorrogáveis por igual período, tratando-se de crimes hediondos ou equiparados.

No contexto desse estudo, digno de registro é que a Lei nº 12.403/2011, não trouxe, expressamente, nenhuma norma propondo alteração na Lei nº 7.960/89, restando, portanto, mantida, integralmente, a sistemática do tratamento de lei especial para a medida cautelar ora apreciada. Todavia, o antigo legislador reformista, à sua época, com acerto, fez inserir, no

caput, do art.283, do Código de Processo Penal brasileiro, pela vez primeira, a prisão temporária como espécie do gênero medida cautelar pessoal, asseverando que *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”*. Atualmente, a redação do art. 283 do Código de Processo Penal sofreu nova modificação com o advento da Lei nº 13.694/2019, cujo teor passou a ser: *“ Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência prisão cautelar ou em virtude de condenação transitada em julgado”*.

Aliás, recentemente, esse dispositivo constante do Código de Processo Penal foi submetido a exame pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, através das ADC's 43/DF,44/DF e 54/DF, cuja relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, oportunidade em que restou testificado pela Corte Constitucional sua conformação com a Constituição brasileira e, especialmente, com o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, de sorte que se afastou, na oportunidade, a possibilidade da execução provisória ou antecipada da pena.

Como a Lei nº 12.403/2011, estabeleceu normas gerais para aplicação das medidas cautelares em geral, especialmente, para aquelas classificadas como cautelares pessoais, é certo que a aplicação da prisão temporária demanda uma releitura, sobretudo, em função do seu caráter subsidiário, ou seja, de que a sua decretação pressupõe não ser adequada e suficiente a imposição de medida cautelar diversa (SILVA JÚNIOR, 2012).

3.7.2 Momento da decretação da prisão temporária

Como dito anteriormente, a prisão temporária cumpre função eminentemente instrumental em relação às investigações preliminares, tando que somente poderá ser decretada no curso das investigações ou, até mesmo, antes, mas com o firme propósito de tutelar a efetividade das investigações levadas a efeito pelo titular da ação penal ou pela autoridade de Polícia Judiciária.

Superada a investigação, e, sobretudo, já recebida a denúncia e instaurada a ação penal respectiva, não mais é possível a decretação dessa medida cautelar. A partir desse instante, havendo necessidade de decretação de medida cautelar restritiva da liberdade, essa somente poderá ser a prisão preventiva, cujos requisitos são muitos mais fortalecidos, haja vista que

deve ser firmada em prova da existência do crime, e no juízo positivo de probabilidade da autoria do evento que se imputa ao acusado.

3.7.3 Legitimidade para requerer ou representar e para decretação: análise à luz do modelo acusatório de processo

Afirmada sua cautelaridade frente as investigações preliminares(art. 283 do CPP com redação atualizada pela lei nº 13.964/2019), é certo perceber que essa medida cautelar possui como uma de suas características a Jurisdicionalidade. Significa dizer que somente o Poder Judiciário pode decretar a prisão temporária. Em nenhuma hipótese é possível essa prisão ser efetivada sem prévia decisão judicial devidamente motivada em vista as razões de índole cautelar.

Não pode o magistrado, em atenção ao modelo acusatório de processo, visando a preservação de sua imparcialidade, decretar a prisão temporária de ofício, a teor do art. 2º da Lei nº 7.960/89. Ademais, essa vedação afigura-se positivada no 282, § 2º, com redação atualizada pela Lei nº 13.964/2019, que, estabelecendo normas gerais, deixa claro não ser possível, na fase investigatória ou no curso da ação penal, o magistrado decretar medidas cautelares de ofício. É certo, todavia, que o juiz que decreta a medida cautelar, por provocação do titular da ação penal pública ou atendendo a representação da autoridade, não esta impedido para ação penal.

Afastada a decretação da prisão temporária de ofício, vale dizer que somente pode ser decretada pelo magistrado atendendo requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Nesse caso, é imprescindível o parecer do titular da ação penal acerca de sua admissibilidade, a teor do § 1º, do art. 2º, da Lei 7.960/89. Sendo contrário o opinamento, não deverá a medida ser decretada, desde que os elementos de informações recrutados nessa fase destinam-se exclusivamente a formação do convencimento do titular da ação penal, de sorte que entendendo o representante do Ministério Público que a prisão temporária não se afigura imprescindível para as investigações em curso e, sobretudo, para o esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias, não há razão para sua decretação.

Importante registrar que a Lei nº 7.960/89 faz uma sutil distinção quanto trata da legitimidade postulatória da medida cautelar. Tanto é que quando se reporta ao Ministério Público fala em requerimento. Quando se dirige a autoridade policial trata da representação.

Realmente, a distinção afigura-se aparentemente sutil, embora pertinente. É que

somente o titular da ação penal, tecnicamente, no modelo acusatório de processo, tem legitimidade para requerer medidas cautelares conservativas de sua pretensão. Somente pode postular quem é parte. O legítimo exercício da ação penal pública conferido, com exclusividade, ao Ministério Público pela Constituição da república, outorga-lhe poderes para demandar em juízo em nome de toda sociedade. Dessa forma, outorga-lhe também o ônus de fazer uso de todos os meios disponíveis na legislação para desincumbir-se de suas atribuições. Significa dizer: Quem é titular da ação penal pública com exclusividade, também o é, de forma exclusiva, para as medidas que buscam assegurar sua efetividade.

Nesse contexto, pode-se dizer, a rigor, que somente o titular da ação penal de conhecimento pode requerer a decretação de medidas cautelares conservativas de sua pretensão, tal qual, a prisão temporária, preventiva, a interceptação telefônica, a busca e apreensão, dentre outras. Por isso que, quando a Lei se refere a autoridade policial, trata da representação. Na verdade, a representação é uma espécie de exposição articulada das razões que revelam a imprescindibilidade da decretação da medida cautelar alvitrada.

Vale dizer, inclusive, que, em razão da eleição constitucional do modelo acusatório de processo, essa representação deveria ser endereçada ao próprio titular da ação penal, que, entendendo pela sua imprescindibilidade, faria o requerimento ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, Gustavo Badaró, ao examinar a manutenção da legitimidade da autoridade policial representar acerca da prisão preventiva, cuja natureza é a mesma, afirmar:

Por fim, foi mantida a possibilidade de a autoridade policial representar pela decretação(CPP, art.311, parte final). Obviamente, não se trata de requerimento, mas de representação. A autoridade policial não é parte. Não formula pretensão alguma. Assim sendo, sua representação não deve ser dirigida ao juiz, mas ao Ministério Público, para que este, considerando-a correta, requeira a prisão preventiva.

Nem se argumente que a representação pode ser dirigida ao juiz, pois este, ante tal ato, da autoridade policial, mas sem manifestação do Ministério Público, ou até mesmo com parecer contrário, poderia decretar a prisão ex officio. Durante o inquérito, há expressa vedação pra tanto(art. 282,§2º, do CPP). Mesmo no curso da ação penal, será uma medida que não se originou de requerimento da parte, tendo sido formulada ou por quem tem apenas poder para investigar, ou por ato de ofício de quem deveria se reservar a importantíssima missão de julgar, e apenas julgar (BADARÓ, 2015, p. 974).

Relevante notar, ainda, que todos os crimes elencados no inciso III, do art. 1º da Lei nº 7.960/89, são de ação penal pública, razão pela qual, acertadamente, não houve qualquer menção à legitimidade da vítima para sua provocação. Com mais forte razão, não se cogita a possibilidade do assistente requerer essa medida cautelar de índole pessoal, vez que este somente admitido ao ensejo da ação penal, consoante dicção plasmada no art. 268 do Código

de Processo Penal.

3.7.4 Pressupostos e fundamentos da prisão temporária

Afirmado o caráter cautelar da prisão temporária, verifica-se que para sua decretação é imprescindível a reunião dos pressupostos e fundamentos para o manejo das medidas de urgência dessa natureza. Primeiramente, abordaremos os pressuposto - *fumus comissi delicti* -. Depois, enfrentaremos a análise do *periculum libertatis* (fundamentos).

Como toda medida de índole cautelar, para sua decretação é imprescindível que esteja presente o *fumus comissi delicti*. Na verdade, esse pressuposto, a meu aviso, difere, significativamente, daquele pertinente à prisão preventiva. Já disse, em outro momento, que os requisitos da prisão temporária são mais tênues e superficiais em comparação com aqueles exigidos para prisão preventiva.

Assim sendo, o *fumus comissi delicti* – pressuposto – da prisão temporária revela-se através das “fundadas razões” de “autoria ou participação” em um dos delitos elencados no rol do art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89.

Não obstante alguns doutrinadores (MENDONÇA, 2011) falem em juízo de probabilidade acerca da autoria, tal qual na prisão preventiva, estimo que na prisão temporária, em razão do momento das investigações ainda precoce, onde ali se busca desvendar os elementos informativos acerca da materialidade e autoria do evento, não se pode falar, menos ainda exigir, em juízo de probabilidade. Seguramente, quando a lei fala em “*fundadas razões*“ de “autoria ou participação” deixa claro que não está tratando de um juízo de probabilidade.

Se pretendesse exigir probabilidade acerca da autoria, certamente teria falado em “*indícios suficientes de autoria*”, como o fez em relação a prisão preventiva, no art. 312 do Código de Processo Penal. Disse menos. Por que os requisitos dessa medida são efetivamente mais tênues. Quisesse probabilidade, não havia razão de ser para prisão temporária na fase preliminar. Já havia, entre nós, a prisão preventiva para tal desiderato.

Nessa fase preliminar, a razão de ser do inquérito policial ou investigação preliminar é seletar os elementos de autoria e materialidade para o aforamento da ação penal. Ora, se já dispõe de informações que lhe confere o *status* de um juízo de probabilidade é porque tem elementos, inclusive, para deflagração da ação penal. Se há elementos ou justa causa para ação penal, já os tenho também para decretação, inclusive, da prisão preventiva. Assim, não haveria razão de ser para a prisão temporária.

Veja que para prender preventivamente exige-se prova (certeza) da existência do crime e indícios suficientes (qualificados) de autoria. Importante registrar, repita-se, não são meros indícios, são indícios qualificados de autoria. Evidente que a situação é bem diferente do que as “*fundadas razões*” de autoria ou participação.

Nesse sentido, penso que, ao exigir requisitos mais tênues, brandos e superficiais, a Lei 7.960/89 desejou viabilizar de maneira mais fácil e legítima a decretação dessa modalidade de prisão cautelar, que, na verdade, veio para oferecer certo regramento, ainda que nessa medida, a antiga e odiosa prisão para averiguação.

Com isso, estimo que os pressupostos – *fumus commissi delicti* – expressados através de “*fundadas razões*” de “*autoria ou participação*” em um dos delitos indicados na lei, art. 1º, III, pela sua brandura em comparação com aqueles que se exigem para prisão preventiva, esta a mais genuína prisão de índole cautelar, deve traduzir, segundo a lei de regência, até pelo momento do procedimento investigativo, apenas, um juízo de possibilidade de ser aquele sujeito investigado o autor do fato sob investigação.

Corroborando com esse sentimento, Maria Ignez Kato, afirma que:

Na prisão temporária, a cognição é limitada e sumária, enquanto que para a decretação da preventiva exige-se mais do que uma mera suposição ou um juízo de possibilidade, sendo imprescindível um juízo de probabilidade, não bastando a mera suspeita, mais sim a existência de uma real probabilidade de participação, a evidenciar a justa causa para ação penal (KATO, 2005, p. 129).

Desse modo, pode-se afirmar, então, que o pressuposto - *fumus commissi delicti* – da prisão temporária – pelos elementos informativos colhidos na investigação preliminar deve traduzir mero juízo de possibilidade calcado em “*fundadas razões*” de “*autoria ou participação*” do investigado em um dos crimes elencados no inciso III, do art.1º, da Lei 7.960/89.

Em relação ao *periculum libertatis* – risco da liberdade - fundamento de toda e qualquer medida de índole cautelar, vê-se que a própria Lei 12.403/2011, ao tratar das regras gerais aplicáveis às medidas cautelares em geral, dentre elas a prisão temporária, por força do que está posto no art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal, à semelhança do que fez o art. 283, do mesmo Código, diz que será decretada a medida cautelar quando houver necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais.

Observa-se, portanto, que a Lei nº 7.960/89, lei de regência da prisão temporária, melhor especifica o que agora está posto em relação a prisão temporária no art. 282,I, do

Código de Processo Penal, indicando, portanto, dois fundamentos para decretação da prisão temporária, o que faz no art. 1º, incisos I (quando for imprescindível para as investigações) e II (quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos de identificação).

Pelo inciso I do art. 1º da Lei 7.960/89, a prisão temporária poderá ser decretada quando imprescindível as investigações. Portanto, desde que demonstrado que a liberdade do investigado representa sério risco de comprometimento às investigações e consequente busca da verdade, bem como que não há outra medida diversa mais adequada ou suficiente, visto que está ameaçando testemunhas, dissipando elementos de provas, prepara-se para fugir, o que certamente dificultará ou inviabilizar a reprodução simulada dos fatos, o necessário procedimento de reconhecimento, acareação, de sorte que a decretação da custódia se afigura imprescindível.

Já no segundo fundamento da prisão temporária indicado no inciso II, do art.1º da Lei 7.96/89 (quando o indiciado não tem residência fixa ou não fornece os elementos de identificação) penso ser, inclusive, dispensável. Isso porque se não tem residência fixa nem fornece elementos de identificação, essas circunstâncias, certamente, caso permaneça em liberdade, dificultarão, sobremaneira, as investigações, de sorte que, seria o caso de, na hipótese de não haver outra medida diversa da prisão(art. 319 e 320 do CPP), adequada ou suficiente para assegurar as investigações, decretação da prisão temporária na forma do inciso I (imprescindível para as investigações).

3.8 Prisão preventiva

3.8.1 Considerações gerais

Consoante escólio de José Frederico Marques (1998), a prisão preventiva é a mais genuína medida cautelar restritiva da liberdade. Por isso é que, certamente, essa modalidade de prisão reúne todas as características das medidas cautelares, tais quais a provisoriedade, instrumentalidade, jurisdicionalidade, excepcionalidade e homogeneidade.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011 era a medida em torno da qual gravitava todo o sistema de medidas cautelares pessoais impostas no curso do processo ou da investigação.

Para sua decretação é necessário a presença dos seus pressupostos, consistentes na prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e, com a nova redação do art. 312 do CPP pela Lei nº 13.964/2019, acrescentou-se o perigo gerado pelo estado de liberdade

do imputado – *fumus comissi delicti* – que revela um juízo positivo de probabilidade – também chamado de pressupostos positivos - e a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 312 do CPP. Este artigo refere-se aos requisitos da garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal, que traduzem o *periculum libertatis* – risco da liberdade que é o fundamento de qualquer medida de índole cautelar.

Aliado a esses pressupostos e fundamentos, exige-se, ainda, que sejam observadas as hipóteses de admissibilidades da prisão, definidas no art. 313 do Código de Processo Penal, com redação atualizada pela lei nº 13.960/2019. Afora as condições de admissibilidades, prever, ainda, o art. 314 do CPP, **não pode** “ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III, do art. 23 do Código Penal”, isto é acobertado por qualquer causa excludente de ilicitude – é o que se chama de pressuposto negativo.

3.8.2 Momento de sua decretação

Consoante positivado no art. 311, do Código de Processo Penal, com redação modificada pela Lei nº 13.964/2019, a prisão preventiva poderá ser decretada(caberá)em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, inclusive na pendência de recurso interposto.

Interessante observar que no curso do inquérito policial ou investigação policial já se dispõe de uma outra medida de índole acautelatória das investigações que é a prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/89, que possui requisitos bem mais tênues.

Nesse sentido, vale notar que a decretação da prisão preventiva na fase investigatória praticamente impõe a deflagração da ação penal. Isso porque se já se dispõe de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria para decretação da medida cautelar, como muito mais razão já se pode falar em justa causa para ação penal.

3.8.3 Legitimidade para requerer e decretar a prisão preventiva

A lei nº 12.403/2011, à época, conferindo modificação à redação primitiva do art. 311 do Código de Processo Penal, consagrava que “*Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.*”

A inovação contida até então no dispositivo foi a legitimidade conferida ao assistente para querer a decretação da prisão preventiva no curso do processo. Na verdade, é um tanto quanto estranho essa permissibilidade, haja vista que o assistente, no processo penal, historicamente, sempre foi visto como alguém visava apenas defender interesses de índole patrimonial. Ocorre que essa situação já vinha sendo superada na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, visto que se enxerga que o interesse do assistente, na verdade, é que a justiça seja feita, não apenas busca a reparação civil.

É importante observar que o assistente somente poderá requerer a decretação da prisão preventiva no curso da ação penal, pois sua habilitação somente pode ocorrer após o recebimento da denúncia, consoante previsão encartada no art. 268 do Código de Processo Penal.

No mais, tocante a representação da autoridade policial, vale aqui tudo que foi dito e fundamentado em relação a legitimidade da autoridade policial oferecer representação da prisão temporária (2.8.3), observando-se, naturalmente, as peculiaridades de cada caso.

Tocante a decretação da prisão preventiva, por força do princípio da reserva da Jurisdição, característica inclusive das medidas cautelares, como visto anteriormente, somente o Poder Judiciário, em decisão devidamente fundamentada, agora, inclusive, em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que a justifiquem, poderá validamente decretar prisão preventiva, a teor da previsão estampada no § 2º do art. 312 do Código de Processo Penal, com redação acrescida pela Lei nº 13.964/2019.

Registre-se que, em virtude da eleição constitucional do modelo acusatório de processo enfatizada pelo art. 3º-A, do Código de Processo Penal, com redação inserida pela Lei nº 13.964/2019, a nova sistemática do processo penal brasileiro procura delimitar as funções das partes e do magistrado, afastando a iniciativa do juiz na fase investigatória e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação.

Nesse sentido, o § 2º do art.282 do Código de Processo Penal, com redação atualizada pela Lei nº 13.964/2019, consagra que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Por outro lado, a Lei nº 13.964/2019, alterou antiga redação ao art. 311 do Código de Processo Penal, asseverando que em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Tais providências tem por escopo afastar a atuação de ofício do magistrado e garantir o máximo possível sua

imparcialidade.

Desde que possível sua decretação em qualquer fase da investigação ou do processo penal, em se tratando de processo de competência originária ou mesmo durante o processamento do recurso interposto, cabe ao desembargador ou ministro- relator a decretação da medida cautelar desde que provocado, consoante previsão inserta no § 2º do art.282 e art.311 do Código de Processo penal, ambos com redação atualizada pela Lei nº 13.964/2019.

3.8.4 Pressupostos Positivos da Prisão Preventiva – *fumus commisi delicti* – Prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria

A privação da liberdade, enquanto medida cautelar, reclama para sua adoção válida e conformada ao princípio da presunção de inocência que sejam obsequiados alguns pressupostos que se relacionam a prova da existência do crime e respectiva conexão com a autoria, ainda que não tenha por desiderato oferecer resposta efetiva ao fato e suas circunstâncias, menos ainda, ao clamor social.

Com efeito, prisão preventiva é um instrumento que tem por escopo assegurar e conservar o resultado útil provimento jurisdicional a ser prolatado em tempo futuro. Conectada, portanto, a utilidade do provimento, guarda perfeita relação com a ideia de efetividade do processo.

Nesse particular, vale o registro de Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 53):

Na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.

Como já asseverado, para decretação da prisão preventiva são necessários a presença dos seus pressupostos positivos – *fumus commissi delicti* – que consistem na prova da existência do crime e nos indícios suficientes de autoria e do *periculum libertatis* (fundamentos ou requisitos positivos). Nenhuma medida cautelar será decretada ou mantida sem a presença desses elementos (BADARÓ, 2011)¹⁰. Aliás, nem mesmos as medidas

¹⁰ No mesmo sentido, Lopes Júnior (2011, p. 125): “Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. são medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostos.” Em sentido contrário, Nucci (2011, p. 27), anota que, no silêncio do art.282 do Código de Processo Penal, relativamente às medidas cautelares diversas da prisão, “pode-se argumentar sob dois prismas: a) seguindo-se a linha da prisão preventiva, esses dois requisitos são também indispensáveis para outras medidas

cautelares alternativas à prisão, não obstante menos invasivas que a prisão cautelar.

De fato, para que seja decretada a medida cautelar privativa da liberdade deve-se se verificar o *fumus commissi delicti* que consiste, exatamente, na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. É preciso a certeza da materialidade do delito. Havendo dúvida quanto a essa prova da materialidade, não deve a medida radical ser decretada. Nas infrações que deixam vestígios é imprescindível a prova da materialidade. Essa prova pode ser obtida por qualquer meio válido, pericial, documental, testemunhal(exame de corpo de delito direto ou indireto).

Como a lei fala em prova da existência do crime, é relevante que não exista qualquer dúvida quanto ao caráter criminoso do fato investigado ou objeto da denúncia. Assim sendo, os autos devem espelhar os elementos pertinentes a tipicidade e antijuridicidade, evidentemente, que examinados à luz do momento procedimental respectivo e através de cognição sumária, provisória, conforme o estado dos autos, própria das decisões interlocutórias.

Além da prova da materialidade, o segundo requisito que compõe o *fumus commissi delicti* são, exatamente, os indícios suficientes de autoria. Importante observar que a medida cautelar espelha verdadeiro juízo de probabilidade, de maneira que em relação a esse requisito é imprescindível que os indícios sejam suficientes.

Observe-se que não se exige certeza da autoria, como se reclama em relação a materialidade (BARROS, 1982)¹¹. trata-se, como dito, de um juízo positivo de probabilidade que liga objetivamente o sujeito investigado ou acusado ao fato típico e antijurídico. Não se exige certeza nem se satisfaz com meros indícios. Reclama-se indícios veementes (qualificados) de autoria.

Por essa razão, tendo em mira que:

os pressupostos para decretação da prisão preventiva são semelhantes aqueles para o recebimento da denúncia, se assim é, durante a tramitação do inquérito policial, é incompatível a conduta de requisitar maiores diligências para o oferecimento da denúncia e requerer a prisão do agente, ou, ainda, mantê-lo preso. Se há elementos para decretação prisão preventiva, com mais forte razão, deve existir a justa causa para o oferecimento da denúncia (MENDONÇA, 2011, p. 232).

cautelares(art.319 CPP); b) seguindo-se o trajeto da prisão temporária, tais requisitos não são indispensáveis para as medidas cautelares do art.319.(...) “Basta seguir o preceito básico de quem pode o mais, pode o menos. Sendo possível a decretação da prisão temporária sem a prova segura da materialidade ou indício suficiente de autoria, por óbvio, pode-se deferir medida cautelar de menor peso, como as previstas pelo art.319 do CPP”.

¹¹ Conforme vaticina Barros (1982) “se a existência do crime exige prova plena, já a autoria admite temperamentos, a expressão ‘indícios suficientes de autoria’ tem provocado discussão no seu alcance e nos seu próprio entendimento, como forma de graduação indiciária(...)O crime precisa estar provado e a autoria necessita ser pelo menos ‘provável’” (p. 191).

3.8.5 Fundamentos ou Requisitos Positivos (*Periculum libertatis*)

Concebida a conexão entre os pressupostos e fundamentos como uma relação de sucessividade, observa-se que para decretação da prisão preventiva, estima-se imprescindível a demonstração dos pressupostos positivos, caput, segunda parte, do art. 312 (*fumus commissi delicti*), fundamentos ou requisitos positivos (*periculum libertatis*) art. 312, caput, primeira parte, os pressupostos negativos, art. 314(ausência de excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade) e as hipóteses de cabimento, previstas no art. 313 do Código de Processo Penal, observando-se, evidentemente, as atualizações e modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019.

Ultrapassada a análise dos pressupostos positivos, impões o exame dos requisitos positivos ou fundamentos da prisão preventiva que consistem no que a doutrina chama de *periculum libertatis*. Primeiramente, impende verificar que o *periculum* do processo penal difere, significativamente, do *periculum* que se exige no do processo civil para adoção das providências cautelares.

No processo civil, a ideia de perigo esta exclusivamente conectada à influência do tempo (perigo da demora) enquanto se aguarda o provimento futuro. Liga-se inevitavelmente a uma dilação temporal entre o início do processo e a tutela jurisdicional que se espera em tempo futuro. A demora entre o início e o fim do procedimento coloca em perigo a efetividade do provimento final e conseqüentemente do processo (CAPEZ, 2017).

No processo penal, o *periculum libertatis* é, exatamente, traduzido como o “perigo gerado pelo estado de liberdade”(art. 312, Caput, parte final, do CPP com redação da Lei nº 13.964/2019). Não é o perigo decorrente da dilação temporal entre o início do procedimento e o provimento final. É o estado de liberdade que, concretamente, revela perigo ao normal e regular desenvolvimento da relação jurídica processual e conseqüentemente para efetividade do processo.

É o perigo atual ou futuro, aquilatado em base empírica, que a liberdade do sujeito investigado ou acusado expõe a efetividade do processo. Permanecendo em liberdade, certamente, poderá embarçar a coleta de provas ou tornar incerta a aplicação da Lei Penal.¹²

¹² Acerca da relação entre o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, interessante destacar a anotação de Rodrigo Capez (2017, p. 450) ”o *periculum libertatis* não é diretamente proporcional ao *fumus commissi delicti*. A Maior probabilidade de autoria não se traduz em maior probabilidade de perigo. Pode haver um alto grau de probabilidade em relação a autoria, e não existir nenhuma situação de perigo criada pela conduta do imputado. Logo, não cabe modular a resposta cautelar em razão do maior ou menor grau de certeza do *fumus commissi delicti*. Ou o *fumus commissi delicti* esta ausente e não autoriza a adoção de nenhuma medida cautelar,

Assim sendo, Visando remover ou neutralizar essa situação de perigo concreto para coleta de provas e conseqüente efetividade do processo, não havendo outra medida cautelar, dentre aquelas catalogadas no arts.319 e 320 do Código de Processo Penal, mais adequada para o atingimento desse fim, deve-se, então, ser decretada a prisão preventiva para assegurar a escoreita coleta de provas ou mesmo para garantir eventual aplicação da Lei Penal.

Note-se que a nova redação do art.312 do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei nº 13.964/2019, ao modificar a parte final do Caput, do mencionado dispositivo, fazendo inserir o “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, não acrescentou qualquer alteração conteudística ao texto, não obstante evidenciado, por essa via, o *periculum libertatis* (FULLER, 2020; NUCCI, 2020).¹³

De acordo com a redação estampada no art. 312 do Código de Processo penal, são quatro os fundamentos ou requisitos positivos que evidenciam o perigo da liberdade ou *periculum libertatis*: **a)** garantia da ordem pública; **b)** garantia da ordem econômica; **c)**conveniência da instrução criminal; **d)** para assegurar a aplicação da lei penal. Por outro lado, o § 1º do art. 312, com redação conferida pela Lei 13.964/2019, criou um outro fundamento, ao afirmar que a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares(art.282 § 4º, do CPP incluído pela Lei nº 12.403/2011).

Dentre os fundamentos elencados no art. 312 do CPP, vislumbra-se que alguns revelam nítida função instrumental ou de cautela instrumental, pois têm por escopo assegurar a coleta de provas – conveniência da instrução – ou mesmo conservar o resultado útil do futuro provimento jurisdicional – assegurando a aplicação da Lei Penal e agora quando houver descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (§ 1º do art. 312 do CPP). Nessas hipóteses, não há dúvida que os fundamentos da prisão preventiva possuem nítido caráter de cautela instrumental, porquanto buscam assegurar ou conservar a escoreita coleta de provas (meio) e (fim) quando visa assegurar a aplicação da Lei Penal e na hipótese de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Afora esses, existem dois outros fundamentos elencados no art. 312 do CPP que, ao

ou está presente(com maior ou menor probabilidade), e autoriza a decretação de uma medida cautelar, a ser racionalmente escolhida em função do exame sucessivo do *periculum libertatis*.”

¹³ Nucci (2020): “Esse novo ingrediente para a prisão preventiva não acrescenta absolutamente nada de novo; pelo contrário, abre-se mais uma porta genérica e aberta para a prisão preventiva. Como apurar perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado? Estaria fora da garantia da ordem pública ou ordem econômica? Seria diferente de garantir a instrução processual? Seria diverso da aplicação da Lei Penal? Em fim, para nós, a liberdade do acusado, quando gera perigo, precisa encaixar-se nos elementos anteriores. Não há como nascer um critério novo, como se nunca tivesse antes sido previsto” (p. 82). No mesmo sentido, Fuller (2020).

que parece, em razão de não visar a conservação ou utilidade do provimento futuro, apresentam indisfarçável feição de antecipação da punição, cuja compatibilidade com a regra de tratamento do princípio da presunção de inocência é bastante duvidosa. São eles: a garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica.

Através desses fundamentos, em razão da vagueza, imprecisão e indeterminação do seu conceito, abre-se margem intolerável para o exercício de controle social sem culpa formada e, em tese, sem observar qualquer razão de índole acautelatória para a efetividade do processo, razão pela qual suscita enorme controvérsia doutrinária.

3.8.5.1 Garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica

Pelo que já afirmado, percebe-se que esse fundamento Garantia da Ordem Pública, alinhado aqueloutro que trata da Garantida da Ordem Econômica, são os mais controvertidos em razão da amplitude e indeterminação conceitual que carregam, não obstante o mais utilizado para justificação da custódia preventiva (LOPES JÚNIOR, 2011).

De modo geral, diz-se que a Ordem Pública significa a segurança e tranquilidade que deve existir no seio da sociedade.

A garantia da Ordem Pública foi assim observada por Basileu Garcia:

Para garantia da Ordem Pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é ou propenso à práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida:

Mais recentemente, Antônio Magalhães Gomes Filho, expõe os contornos da prisão quando decretada para garantia da Ordem Pública:

À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em exemplaridade, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um instrumento a serviço do instrumento, mas uma antecipação culpabilidade. (GOMES FILHO, 1991, p. 66-67).¹⁴

¹⁴ No mesmo sentido, Sanguiné (2014, p. 301-302) afirma que “a presunção constitucional de inocência veda a imposição da prisão provisória como pena antecipada, de modo que não se legitima essa medida cautelar

É, exatamente, em razão de possuir conteúdo aberto, vago e impreciso, facilmente manipulável, que esse fundamento não se presta para a cautela da efetividade do Processo, cujos contornos devem está bem definidos, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. O que se observa é que essa ideia de ordem pública constitui apenas um recurso retórico do legislador para facilitar o controle social sem culpa formada daqueles considerados perigosos ou inimigos, o que bem espelha e se compatibiliza com a feição seletiva do direito e processo penal.

Nessa linha de raciocínio, fácil perceber, em todos os significados emprestados à expressão garantia da ordem pública, tal qual o clamor público ou social, periculosidade do agente, possibilidade de reiteração criminosa, gravidade do fato, repercussão social do evento, dentre outros, que esses argumentos não se referem a uma situação concreta de natureza processual que exija a adoção da medida cautelar privativa da liberdade, com o fim único e exclusivo de conservar o resultado útil do futuro provimento jurisdicional.

Observa-se, todavia, que nas situações antes reportadas à privação de liberdade assume nítido carácter de medida antecipatória da punição, viabilizada com o propósito de ofertar uma sensação artificial e simbólica de segurança ou que as coisas estão funcionando, alcançando, desde logo, os efeitos que somente alcançaria na hipótese de uma sentença condenatória transitada em julgado, em real e inescandível desprestígio ao princípio da presunção de inocência.

Basta olhar para enxergar que quando alguém é preso, sob o fundamento da ordem pública, para o fim de evitar a reiteração criminosa, nesse caso, parte-se de uma dupla presunção: que o sujeito praticou aquele fato que esta sendo responsabilizado, bem como que voltará a delinquir. Certamente, esse exercício de futurologia pode até servir aos anseios de segurança pública e defesa social. Nunca, jamais, servirá como instrumento do instrumento. Rigorosamente falando, nessas circunstâncias, a prisão é utilizada para assegurar valores estranhos e alheios ao processo, nunca para conservar a sua efetividade.

Negando o carácter instrumental a esse fundamento, e, sobretudo, sustentando a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública e econômica, Aury Lopes Júnior (2006) afirma:

fundada em critérios que não concernem às necessidades do processo, mas atendem a finalidades punitivas, que pressupões implicitamente o reconhecimento antecipado da culpabilidade, tais como (a)gravidade do crime; (b) magnitude da lesão;(c)perigosidade do imputado;(d)o clamor público;(e)credibilidade das instituições; (f)a exemplaridade;(g)prevenção geral da criminalidade”.

consideramos inconstitucional a prisão cautelar fundada na tutela da 'ordem pública' e da Ordem econômica' A prisão como garantia da ordem pública e da ordem econômica não serve para a tutela do processo ou do seu objeto, senão que atende a um interesse de segurança pública, não cautelar, e, inconstitucional. A ordem pública é um conceito vago, indeterminado e despido de sentido. Sua origem é nazifacista (Alemanha Nazista de 1935), concebido como uma autorização geral e aberta para perseguir e prender. Atualmente, tem sido usado para sedar a opinião pública, transformando-se em pena antecipada, com clara finalidade de exemplaridade e imediata prevenção geral e especial. (...) É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarme social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.¹⁵

Sob essa configuração, pode-se afirmar que quando se decreta a prisão cautelar fundamentada na ordem pública, não se vislumbra a conservação de uma situação fática para assegurar a utilidade e eficácia do futuro provimento jurisdicional condenatório. O que se tem por escopo é alcançar a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação. Ainda que provisoriamente, privando-se o agente de sua liberdade, antecipando-se os efeitos práticos do futuro provimento que se espera condenatório (BADARÓ, 2015).

Não obstante estime bastante sedutora a compreensão doutrinária segundo a qual a prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública, ao assumir funções metaprocessuais, desvinculadas de sua vocação conservativa e asseguratórias em relação efetividade do processo, colide com a presunção de inocência e por consequência afigura-se inconstitucional. Todavia, não há como negar o esforço de setores da doutrina e Jurisprudência no sentido de sua justificação, mormente a partir da utilização de critérios racionais que visam preencher o vazio conteudístico da formulação aberta.

Assim é que, sem afastar o conceito de ordem pública em razão de sua imprecisão e vagueza, e mesmo reconhecendo sua projeção material, procurando compatibilizá-lo com o sistema constitucional, mormente com o princípio da presunção de inocência, através da proporcionalidade, Maurício Zanoide de Moraes (2010) propõe três requisitos cumulativos

¹⁵ No mesmo sentido, Geraldo Prado (2011, p. 142-143) sustenta a inconstitucionalidade da prisão preventiva decreta para garantia da Ordem Pública com a seguinte lição: “a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública(e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade”. Em sentido oposto, Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 267), defendendo a constitucionalidade, anota, em síntese, que “a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto e iminente em seus bens jurídicos relevantes. Ao assim fazê-lo, o processo penal esta buscando um de seus fins, que é a proteção da sociedade, contra ameaças concretas, concretizando um dos escopos da própria função jurisdicional(escopo social)”. Com outra ponderação, Renato Barão Varalda (2007, p. 253), calcado na prevalência do interesse público sobre o privado, defende a constitucionalidade da prisão para garantia da ordem pública.

para que a prisão preventiva possa ser determinada, no caso concreto, com base na garantia da ordem pública: **a)** a pena fixada abstratamente para o crime; **b)** circunstâncias e forma demonstradas do cometimento do suposto crime; **c)** relação temporal entre o conhecimento da autoria e o instante de determinação da prisão.

De alguma forma, observa-se que o critério relacionado a pena fixada abstratamente para o crime foi considerado pela Lei nº 12.403/2011, vez que ao conferir atualização às condições de admissibilidades da prisão preventiva, passou a exigir, no inciso I, do art. 313 do Código de Processo Penal, que a prisão preventiva somente será decretada nos crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, salvo a hipótese de reincidência prevista no inciso II do dispositivo.

Interessante observa, outrossim, no que pertine ao critério que projeta a relação temporal entre o conhecimento da autoria e o momento da decretação da prisão cautelar, que a Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime – no § 2º do art. 312 do Código de Processo Penal, estabeleceu como parâmetro orientador da motivação da prisão preventiva a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem sua adoção.

É relevante notar que a partir do descobrimento da autoria, a prisão cautelar e o tempo estabelecem uma relação inversa de proporcionalidade. Quanto maior o tempo da ocorrência do fato e descortino de sua autoria menor deve ser a necessidade da prisão (MORAES, 2010).

Esse critério da contemporaneidade encontra fundamento na prisão em flagrante, vez que nesta a captura ocorre no exato ensejo da atualidade da conduta ou visibilidade do delito por razões de índole material. Com a prisão evita-se a consumação, exaurimento ou fuga do autor, justificada por razões materiais, qual seja, autodefesa da sociedade diante da certeza visual do delito.

Tal qual a prisão em flagrante, é inescindível que a prisão preventiva para garantia da ordem pública assume funções materiais, notadamente quanto a meta é evitar a reiteração da conduta, perigosidade do agente e o clamor público. Nesses casos, quanto maior o tempo entre o conhecimento da autoria do fato e a decretação da prisão, menos justificativa material encontrará a privação da liberdade, desde que o tempo, paulatinamente, tanto quanto apaga as chamas e o frescor do estado de flagrância, faz desaparecer as razões de índole materiais justificantes da prisão preventiva.

Em relação ao requisito relacionado às circunstâncias do crime e sua forma de execução, verifica-se que guarda certa conexão com a norma geral das medidas cautelares inserta nos incisos I e II, do art.282 do Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 12.403/2011.

Nesse sentido, no escopo de colocar limites ao conteúdo aberto da prisão preventiva para garantia da ordem pública(art. 312 do CPP), observa-se que o do art.282 do Código de Processo Penal oferece parâmetros para balizar e densificar a formulação genérica, de sorte que não mais será viável a decretação da prisão para garantia da Ordem Pública fora das raias estabelecidas no mencionado dispositivo, cuja aplicabilidade serve para orientar tanto as medidas cautelares alternativas quanto as cautelares privativas da liberdade (CAPEZ, 2017).

Não obstante presente interpretação mais restritiva em relação ao art.282 do Código de Processo Penal, Antônio Magalhães Gomes Filho (2011) oferece a seguinte compreensão:

A Lei nº 12.403/2011, como visto, manteve a redação anterior do art.312, mencionando a “ garantia da ordem pública ou econômica” como motivo para a prisão preventiva, mas agora, diante da redação introduzida pelo art.282,I,do CPP, não se pode duvidar que aquela fórmula aberta foi limitada pela nova disposição geral, de sorte a impossibilitar seu emprego indiscriminado para fundamentar o decreto de prisão: somente a finalidade de prevenção especial, em casos expressamente previsto em lei, poderá autorizar o apelo ao argumento de proteção da ordem pública ou econômica para justificar, não só a prisão anterior à condenação, mas qualquer outra medida cautelar do elenco introduzido pela nova lei.

(...)É importante observar que os elementos indicados – gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado -, isolada ou cumuladamente, não constituem fundamentos que, por si mesmos, podem levar à imposição de medidas cautelares. Eles somente entram em jogo depois de verificada a admissibilidade da medida e de sua necessidade para assegurar uma (ou mais)das finalidades enumeradas no inciso antecedente (p. 42-43).

Embora reconheça inegável esforço de setores da doutrina e Jurisprudência no sentido de justificar a decretação de prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública, estimo, todavia, que a tese da inconstitucionalidade apresenta-se mais convincente na perspectiva da garantia fundamental da presunção de inocência.

Mesmo assim, há que se verificar que o novo regramento inserto no inciso I(“*nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais*”), do art.282 do Código de Processo Penal, ao estabelecer regras gerais aplicáveis a qualquer medida cautelar, evidentemente, contempla e harmoniza-se com a cláusula da garantida da ordem pública. Essa, certamente, é a leitura possível visando manter minimamente a coerência sistêmica, desde que os demais fundamentos albergados naquele dispositivo já se encontram expressamente previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Saliente-se, aliás, que essa interpretação contempla inclusive o pressuposto formal da proporcionalidade residente na legalidade estrita, vez que, ao emprestar densidade a cláusula geral(ordem pública), conjugando o inciso I, do art.282, com o art.312 do Código de Processo Penal, se não retira por completo o subjetivismo na interpretação, minimiza sensivelmente a

manipulação e alcance do conceito genérico de ordem pública.

De outro giro, no que pertine ao fundamento consistente na garantia da ordem econômica, inserido no art. 312 do Código de Processo Penal através da Lei nº 8.884/94, a chamada lei antitruste, que trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estimo que não assume qualquer função assecuratória ou conservativa do provimento a ser decretado em tempo futuro.

Longe de assumir feição instrumental e cautelar, na verdade, a prisão decreta para garantia da ordem econômica, da mesma forma que a garantia da ordem pública, tem escopos de índole material, pois, visa evitar a reiteração de práticas de crimes contra a ordem econômica, contra a economia popular e as relações de consumo.

Assume as mesmas funções que a prisão decretada para garantia da ordem pública. Dai ser entendida, inclusive, por parte da doutrina, como desnecessária já que a tutela da ordem econômica já estaria contemplada pela garantia da ordem pública.

A prisão com esse fundamento afigura-se como antecipatória da punição, visto que não guarda qualquer relação com a cautela instrumental – preservação da coleta de provas – ou com a conservação do resultado do processo – cautelar final.

No mais, tudo que afirmado no em relação a prisão para garantia da ordem pública vale como anotação para garantia da ordem econômica.

3.8.5.2 Conveniência da instrução criminal

A prisão preventiva quando decretada por conveniência da instrução criminal, certamente, encontra a motivação tipicamente cautelar, desde possui escopo estritamente processual(endoprocessual). É uma forma de cautela instrumental, pois visa assegurar os meios, a coleta de provas, a busca da verdade, longe da influência do acusado. A prisão preventiva pode ser decretada por conveniência da instrução, quando, através de fatos concretos, ficar demonstrado que a liberdade do acusado afigura-se pernicioso à coleta de provas. É que, o mais das vezes, em liberdade, o acusado procura interferir no ânimo das testemunhas e declarantes. Pode patrocinar também a dispersão de provas, ameaças a testemunhas, etc. Nesses casos, desde que devidamente demonstrados, é possível a decretação da prisão para assegurar a escoreita coleta de provas longe da influência do acusado.

Merece destaque, por pertinente, a observação Rodrigo Capez acerca da releitura do art. 312, Caput, no que toca a expressão “*conveniência da instrução*” de forma conjugada com 282,I, do Código de Processo Penal, no seguinte sentido:

Essa expressão, todavia, deve ser interpretada como “necessidade” para investigação ou instrução criminal”, como determina o art.282,I, do Código de Processo Penal, tanto mais que a prisão preventiva também é cabível na fase de investigação preliminar(art.311, CPP). Trata-se de uma falha da reforma processual feita pela Lei nº 12.403/11, que se esqueceu de harmonizar a redação desses dispositivos legais, o que não impede que, por força de interpretação sistemática, se proceda à revogação tácita da expressão “conveniência” (CAPEZ, 2017, p. 463).

Importante esclarecer, outrossim, que a circunstância do autor do fato não ser encontrado para citação pessoal, ou mesmo para comparecimento a audiência, por si só, não induz motivação fática suficiente para autorizar a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução. Isso porque pode o acusado dispor da autodefesa. Não só isso, conta, também com o direito ao silêncio, conforme cláusula prevista no art. 5º ,LXIII, da Constituição Federal, de sorte que não poderá ser compelido a produzir prova contra si nem pode ser conduzido coercitivamente para audiência, desde que o direito de presença, tal qual o direito de audição, corolários da autodefesa são renunciáveis.

Vale destacar, ainda, que quando a prisão preventiva é decretada exclusivamente por conveniência da instrução, realizada a coleta de provas ou as diligências alvitadas ao ensejo da audiência, de sorte que a liberdade do acusado não mais pode interferir negativamente na busca da verdade, a prisão anteriormente decretada deve ser revogada, à luz da previsão estampada no art. 316 do Código de Processo Penal com redação atualizada pela Lei nº 13.964/2019.

Tem inteira aplicação a característica da provisoriedade (*rebus sic stantibus*). A medida é circunstancial e transitória em relação a situação de perigo. Cessada a causa, faltante os motivos para que subsista, não há mais razão de ser para a manutenção da medida cautelar e instrumental. De outra banda, poderá novamente ser decretada, se sobrevierem as razões que a justifiquem.

3.8.5.3 Assegurar a aplicação da lei penal

Trata-se de fundamentação tipicamente cautelar. É uma medida cautelar final, pois destina-se, inequivocamente, a conservação da efetividade do processo. Geralmente ocorre quando demonstrado que o acusado, na iminência do provimento jurisdicional, que, certamente, acredita desfavorável, passa a alienar seu patrimônio, vendendo bens, ou, até mesmo, foge do distrito da culpa. Nesses casos, a prisão é decreta para o fim de assegurar o resultado útil do processo.

Assume a prisão preventiva, nessa hipótese, natureza essencialmente cautelar. Na verdade é uma espécie de cautela final destinada a conservação da efetividade ou resultado útil do processo. Sua decretação só se faz sentir quando, realmente, a liberdade do acusado representa sério perigo de comprometimento para a efetividade do processo, visto que com o seu agir, conforme demonstrado concretamente nos autos, o imputado revela o firme propósito de frustrar eventual aplicação da lei penal.

3.8.5.4 Descumprimento de medida cautelar alternativa a prisão: desnecessidade das condições de admissibilidade do art.313 do código de processo penal

No desiderato de emprestar maior eficiência no cumprimento de medidas cautelares alternativa à prisão, a Lei nº 12.403/2011, acrescentou um parágrafo único ao art. 312 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de decretação da prisão preventiva, em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão(art.312, § Único) e a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando essa não fornecer os elementos suficientes para esclarecimento, consoante dicção plasmada no art. 313, parágrafo único, do CPP).

Mais recentemente, por força da Lei nº 13.964/2013 – Pacote Anticrime – foi instituída mudança topográfica ao parágrafo único do art. 312(acrescentado pela Lei nº 12.403/2011) fazendo a migração de sua redação sem alteração para o parágrafo primeiro, do art. 312 do Código de Processo Penal.

Desde que provada a existência do crime e havendo indícios suficientes de autoria – *fumus commissi delicti* – aliado a um dos fundamentos consistentes no *periculum libertatis* – cuja previsão estampada no art. 312, Caput, do Código de Processo Penal, verificando-se, ainda, as condições de admissibilidades, previstas no art. 313, do CPP, é possível, originariamente, a decretação da prisão preventiva. São situações que autorizam, desde o início, a decretação da privação cautelar da liberdade.

Ao lado dessa hipótese de prisão originária, a lei 13.964/2019, ao instituir o parágrafo primeiro, do art. 312, do Código de Processo Penal, manteve a possibilidade de prisão preventiva em razão do descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, criada pela Lei nº 12.403/2011. Há, entre essas duas hipóteses, todavia, diferença fundamental. Uma é originária. A outra substitutiva ou subsidiária.

Ocorre que essa hipótese normativa – nova modalidade de prisão preventiva – instituiu

uma situação em que é possível a decretação da prisão preventiva em substituição à medida alternativa descumprida. Significa dizer que não se trata de uma situação em que, desde o início, era possível a decretação da prisão preventiva. Aliás, exige-se, que, primeiramente, a medida cautelar adequada seja uma medida alternativa. Descumprida esta (a medida originariamente adequada), ai sim, é possível, agora, por força do § 1º, do art. 312, do Código de Processo Penal, com redação atualizada pela Lei nº 13.964/2019, a decretação da prisão preventiva.

Questão interessante é saber se o simples descumprimento dessa medida, já autoriza a decretação da prisão preventiva, ainda que ausentes as condições de admissibilidades previstas do art. 313 do Código de Processo Penal, especialmente quando se tratar de crime cuja pena privativa seja igual ou inferior a quatro anos.

Não obstante interminável debate¹⁶ em torno dessa questão, estimo que o simples descumprimento não é bastante para decretação da prisão preventiva substitutiva de forma automática. No elenco constante do art. 319 do Código de Processo Penal, há várias medidas que podem ser moduladas à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente(art. 282,I, do CPP). Assim penso ser razoável, em vez da imediata substituição com a consequente prisão preventiva, se fazer o reforço ou cumulação com outra medida.

Somente, em último caso, excepcionalmente, mantida a recalcitrância, ainda que o crime ostente pena privativa igual ou inferior a 04 anos, será possível optar pela segregação cautelar, sob pena de completa desproteção ao sistema de medidas cautelares.

Aliás, essa interpretação encontra eco no inciso III, do art. 44 do Código Penal, que viabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito desde que as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente. Ademais, o próprio § 4º do art.

¹⁶ Acerca dessa intrincada questão, pondera Antônio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 47): "Cabe indagar, a propósito, se na situação contemplada pelo § 4º, incidiriam as condições de admissibilidade da prisão preventiva enumeradas pelo art.313 do CPP, com a nova redação da Lei nº 12.403/2011. À primeira vista, o texto legal poderia dar a entender que o descumprimento de uma medida menos gravosa poderia autorizar o juiz a substituí-la, de forma automática, por outra mais restritiva, incluindo-se ai, em último caso, a própria prisão preventiva. Semelhante interpretação significaria admitir que a substituição é uma punição pelo descumprimento das obrigações decorrentes da medida cautelar. Não pode ter sido essa a intenção do legislador, até porque, ao fazer menção, no caput do art.282 do CPP, aos requisitos de necessidade e adequação, certamente o que se pretendeu foi deixar evidente que as restrições de direitos impostas ao investigado ou acusado somente se justificam diante das exigências de natureza cautelar. Assim, diante do descumprimento ou revelando-se inadequada a medida inicial, na sua substituição devem ser ponderados novamente aqueles requisitos, que estão assentados no princípio da proporcionalidade, de natureza constitucional". No mesmo sentido, Pierpaolo Bottini (2008). Em sentido contrário, Nucci (2011, p. 69): "Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art.282§4º, parte final, do CPP, pode-se decretar a preventiva, como última opção. Assim sendo, soa-nos válida a hipótese para qualquer espécie de delito. (...) Se tal possibilidade for afastada, as medidas cautelares alternativas tornam-se ineficientes e inúteis".

44, do Código Penal, determina a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade quando ocorrer descumprimento injustificado da restrição imposta. Destarte, estima-se que há certa convergência entre o art.282, § 4º, do CPP e o art. 44 do Código Penal, a respaldar a interpretação sustentada.

Realiza-se, na hipótese, verdadeiro juízo de prognose em relação a eventual pena privativa de liberdade a ser aplicada em tempo futuro. Isso porque aquele que se mostrou indiferente e desrespeitoso em relação à medida cautelar diversa não encontrará estímulos para cumprir pena restritiva. Por essa razão, as circunstâncias de índole subjetivas, certamente, **não** indicam como suficiente a substituição de eventual pena privativa em restritiva de direitos. Destarte, em prognose, vislumbra-se homogeneidade entre a tutela cautelar e definitiva em razão da recalcitrância e a pena em perspectiva.

Projete-se, outrossim, que a conversão da medida cautelar diversa em preventiva em razão do descumprimento de obrigações impostas por força de outras cautelares possui fonte normativa própria e autônoma(art. 282 § 4º do CPP) que não faz qualquer referência às condições de admissibilidades previstas no art. 313 do Código de Processo Penal, não obstante seja certo que o descumprimento a autorizar a decretação da medida extrema revela-se verdadeira condição de admissibilidade e não seu fundamento (SANGUINÉ, 2011).

Aliás, os pressupostos e fundamentos(art. 282,I e II c/c art.312 do Código de Processo Penal) – comuns às medidas cautelares em geral - já foram observados por ocasião do juízo de necessidade e adequação que precedeu a escolha da medida alternativa descumprida. Agora, em razão da recalcitrância, deve ser aplicada a medida extrema, desde que outras medidas disponibilizadas em substituição ou reforço não se mostraram suficientes.

Não se vislumbra, desse modo, qualquer menosprezo ao princípio da proporcionalidade na eventualidade de decretação da prisão preventiva em relação a crimes cuja pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos. Primeiro porque até se chegar ao extremo, outras medidas devem ser oportunizadas e mesmo assim não se revelaram suficientes para assegurar a efetividade do processo. Depois porque é dever da função jurisdicional, em nome do princípio da inafastabilidade, prestar a tutela jurisdicional adequada, cujo corolário reside em sua efetividade. Ademais, é imprescindível para seu funcionamento que o sistema ostente mecanismo que possibilite assegurar sua eficiência sob pena de completa desagregação.

Todo esse procedimento, à evidência, na forma do § 3º do art.282 do Código de Processo, deve ser precedido de contraditório real e efetivo, ressalvada a urgência ou perigo de ineficácia, em que possibilitada a audição das razões do imputado e sua defesa técnica

acerca dos fatos e circunstâncias que ensejaram a revisão da situação cautelar.

3.8.6 Requisitos negativos: prisão preventiva e excludentes(art. 314 do código de processo penal)

Sabe-se que para decretação da prisão preventiva é necessário a presença dos pressuposto: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Esses dois elementos compõe o *fumus commissi delicti*. Pressuposto de toda medida cautelar.

Por sua vez, o art. 314 do Código de Processo Penal, assegura que não será decretada prisão preventiva quando se verificar que o fato foi praticado acobertado por uma excludente de antijuridicidade.

Assim o é porque agindo o acusado ao abrigo de uma excludente de antijuridicidade, embora o fato praticado seja típico, encontra-se justificado. Se há justificativa, não há crime. Conseqüentemente, não seria possível falar em prova da existência do crime. Ausente este elemento, não resta caracterizado o pressuposto para a decretação da medida cautelar.

Portanto, desde que se verifique que o fato fora praticado ao abrigo de uma excludente de ilicitude, não há razão para decretação da prisão preventiva. É que a ocorrência de causa excludente impede o fato de qualificar-se como crime. Pode até ser típico mas não o é antijurídico.

Importante registrar que neste instante não se exige certeza da ocorrência da excludente. É que a cognição no momento cautelar é sumária e superficial, bastando para sua viabilidade mero juízo de probabilidade de que provavelmente o fato foi pratica sob o pálio de uma excludente.

Não obstante tenha o art. 314 do Código de Processo Penal se reportado apenas em relação às excludentes de ilicitude, é fato que o mesmo raciocínio deve ser empregado para as excludentes de culpabilidade. É que estando provada a excludente de ilicitude ou de culpabilidade ou, mesmo havendo, fundadas dúvidas sobre suas ocorrências, no final do processo, ao ensejo da sentença, o acusado será absolvido na forma do art. 386 do Código de Processo Penal. Assim sendo, desde que verificado que o fato foi praticado ao abrigo de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, ainda que em juízo abreviado, sumário, típico das decisões interlocutórias, não é possível a decretação de prisão preventiva. Haveria ai, uma vez mais, grave violação ao princípio da proporcionalidade, vez que, a medida cautelar, no caso, não se presta a assegurar qualquer resultado útil do processo. Se não há o que assegurar

ou conservar, como mais forte razão, não há motivação idônea para decretação da prisão cautelar.

3.8.7 Condições de admissibilidade: hipóteses de cabimento da prisão preventiva (art. 313 do código de processo penal)

Como já assentado, para decretação da prisão preventiva, não basta a conjugação dos pressupostos, requisitos e fundamentos, é, também, imprescindível, que sejam observadas suas hipóteses de cabimentos ou condições de admissibilidades, cujo balizamento, regra geral, encontra-se desenhado no art. 313 do Código de Processo Penal.

Importante destacar antes do exame das condições de admissibilidades que, basicamente, para fins didáticos a doutrina costuma classificar a prisão preventiva em a) originária ou autônoma; b) derivada; c) substitutiva ou subsidiária(sancionatória).

A primeira, como o próprio nome sugere é desvinculada de qualquer ato precedente. É inaugural. Decretada no escopo de afastar ou neutralizar uma situação de perigo para efetividade da investigação ou do processo. Tem seus Pressupostos e Fundamentos (art. 282, I e II c/c art. 312 do CPP) e as condições de admissibilidades no art. 313 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva derivada resulta da conversão da detenção em flagrante em prisão preventiva(art. 310, II c/c art. 312 do CPP). Ao passo que a prisão preventiva substituta ou subsidiária, por ter origem no descumprimento de obrigações decorrentes de medida cautelar diversa, como anteriormente mencionado, tem fonte normativa autônoma assentada no § 4º do art.282 c/c § 1º do art.312 do Código de Processo Penal, com redação atualizada pela Lei nº 13.964/2019, não se sujeitando às restrições impostas pelas condições de admissibilidades contempladas no art. 313 do Código de Processo, não obstante intenso e interminável debate doutrinário conforme antes mencionado.

Aliás, tal qual essa modalidade de prisão cautelar sancionadora, cuja natureza jurídica assemelha-se ao *contempt of court*, as medidas cautelares alternativas cujos fundamentos são os mesmos da prisão preventivas(art. 282,I, e art. 312 do Código de Processo Penal) não se sujeitam igualmente as condições de admissibilidades do art. 313 do Código de Processo Penal.

Divisada essa primeira e importante observação, cumpre passar em revista as condições de admissibilidades da prisão preventiva originária ou autônoma.

Importante destacar, desde logo, que a reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019, em relação ao art. 313 do Código de Processo Penal, manteve a mesma redação do Caput, e

respectivos incisos I, II e III. Converteu, todavia, o antigo parágrafo único, instituído pela Lei nº 12.403/2011, em parágrafo primeiro, com igual redação, criando, outrossim, o parágrafo segundo como redação completamente nova.

Observe-se, nesse sentido, que o art. 313, do Código de Processo Penal, com redação modificada pela Lei nº 13.964/2019, restou com a seguinte redação:

Art.313 – Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado)

§ 1º - Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º – Não será permitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento da denúncia

3.8.7.1 Nos Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos

Certamente a inovação mais significativa feita pela Lei nº 12.403/2011, foi no que pertine transformação do critério da qualidade da pena(reclusão e detenção). Passou a adotar o critério quantitativo da pena (pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos), no escopo de estabelecer coerência e harmonia com o art. 44 do Código Penal que trata da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O critério adotado praticamente eliminou a possibilidade de decretação de prisão em crimes punidos com detenção, desde que no atual Código Penal brasileiro, pouquíssimos crimes punidos com detenção possuem pena máxima superior a quatro anos, sendo seus exemplos, o infanticídio(art. 123 do CP) e a exposição ou abandono de recém nascido com resultado morte(art. 134 § 2º do CP) (CUNHA, 2020). Aliás, a Lei nº 12.403/2011, modificando a redação do antigo inciso II, do art. 313 do CPP, instituído pela Lei nº6.416/77, já havia abolida a exceção em relação a prisão nos crimes punidos com detenção na hipótese em que apurada ser o indiciado vadio.

Observe-se que todas as hipóteses contempladas no art. 313, Caput, do Código de Processo Penal, diz com o crime dolosos. Portanto, excluída a possibilidade de crime culposos e contravenções. Na verdade, nesse particular, não há novidade. É que a própria redação reformada também excluía os crimes culposos e contravenções penais. Reafirme-se, inclusive, que as exceções constantes dos incisos II e III, do art. 313 do Código de Processo, somente são aplicáveis aos crimes dolosos. Todavia, em situação excepcionalíssima, constante do § primeiro, do art. 313, será examinada a possibilidade de prisão preventiva em crime culposos.

Uma das alterações introduzida pela Lei nº 12.403/2011(modificada pela Lei nº 13.964/2019) se referia ao artigo 313, inciso I, do CPP. Na redação anterior a aludida alteração legislativa, a decretação da prisão preventiva poderia ocorrer quando praticado qualquer crime punido com pena de reclusão, independentemente da pena máxima cominada. Desse modo, o agente que praticasse o delito de apropriação indébita (artigo 168 do Código Penal) ou furto simples(art.155, caput, do Código Penal), por exemplo, cuja pena máxima não supera 04 (quatro) anos, poderia ter sua prisão preventiva decretada se o magistrado entendesse que os demais requisitos autorizadores(pressupostos e fundamentos) estavam presentes.

Dúvida não há, neste caso, que estávamos diante de um grande contrassenso. A prisão preventiva, como reiteradamente dito, possui caráter excepcional e subsidiária e não pode, em hipótese alguma, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade, ser mais gravosa do que a pena que será aplicada em eventual condenação. E era exatamente isso que acontecia.

Assim sendo, como se admitir a aplicação de uma medida mais grave que aquela provavelmente aplicável na sentença? Como prendê-lo cautelarmente se, ao final, mesmo condenado, ele permanecerá em liberdade? A medida cautelar não pode ser desproporcional a este ponto, não pode ter caráter de sanção antecipada e ainda mais severa do que aquela outra aplicada em caso de condenação. Nessa hipótese, deve o magistrado realizar um juízo de prognose acerca da pena que futuramente seria(será) aplicada em caso de condenação.

Com efeito, impõe-se observar que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito(arts.43 e 44 do Código Penal), quando presentes seus requisitos autorizadores, é verdadeiro *direito subjetivo do réu* e não opção do juiz. Ademais, lembre-se que se o réu for condenado e não lhe for cabível a substituição da pena, ser-lhe-á aplicado o regime inicial aberto, o que, mais uma vez, vem a demonstrar a manifesta desproporcionalidade da custódia cautelar nestes crimes.

Percebe-se, deste modo, que a alteração do inciso I do artigo 313 do CPP, introduzida

pela Lei nº 12.403/2011, que passou a restringir a decretação da prisão preventiva aos crimes cuja pena máxima seja superior a 04 anos, como regra, confere a este inciso coerência jurídica e adequação ao princípio da proporcionalidade e homogeneidade.

Não obstante todo esforço despendido pelo legislador no sentido de se harmonizar os art. 313, I, do Código de Processo Penal com o art. 44 do Código Penal, a doutrina aponta certa crítica em razão do mencionado artigo do Código de Processo não ter excepcionado os crimes praticados com violência ou grave ameaça a pessoa, tal qual se encontra no art. 44 do Código Penal com redação da Lei nº 9.714/98, de sorte que, em tese, nessas situações, não seria possível a decretação de prisão preventiva em crimes dolosos praticados com violência ou grave ameaça a pessoa desde que a pena privativa de liberdade máxima não supere quatro anos.

Instigante, ainda, é o debate doutrinário acerca das hipóteses de concurso de crimes, causa de aumento ou diminuição, terá ou não reflexo na incidência do inciso I, do art.312 do Código de Processo Penal.

Na hipótese de concurso de crimes, consoante entendimento do Professor Marco Antônio Marques da Silva:

“Se da somatória dos máximos previstos nos tipos penais ou regras atinentes ao concurso de crimes, for alcançado patamar superior a 4 (quatro) anos, é de se cogitar a norma em tela. Aplica-se, aqui, o mesmo critério adotado na Súmula 243 do STJ(O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um(01) ano).

E se houver causas de aumento de pena? No tocante às causas, toma-se o menor percentual previsto no tipo penal correspondente. Assim, em se tratando de furto noturno, o máximo previsto no tipo penal, 4(quatro) anos, é superado pelo acréscimo de um terço, podendo chegar a 5(cinco)anos e 4(quatro)meses. A mesma interpretação caberia no caso de um furto simples cometido, v.g. contra gestante.

A *contrario sensu*, no caso de crime tentado, a redução aplicável é a correspondente ao mínimo previsto” (2012, p. 495).

A nova redação do artigo 313, I, portanto, se coaduna perfeitamente com o que preceitua o artigo 44 do Código Penal e as medidas proporcionais aos delitos por ele abrangidos, de sorte que, em regra, verificando o juiz a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ou mesmo a possibilidade de suspensão condicional da pena ou suspensão condicional do processo e até mesmo eventual extinção da punibilidade pela prescrição ou outra causa extintiva, de maneira que ao final do procedimento o imputado não cumprirá pena privativa de liberdade em regime semi-aberto ou fechado, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade por ausência de necessidade

e adequação, não deverá decretar a prisão preventiva do imputado (LIMA, 2011; SANGUINÉ, 2014).

Registre-se, por oportuno, que essa regra geral estampada no inciso I, do art. 313 do Código de Processo Penal não contempla a prisão temporária, desde que em relação aquela medida cautelar pessoal a exigência encontra-se prevista no inciso III, do art. 1º da Lei nº 7.960 de 1989 (SILVA JÚNIOR, 2012).

3.8.7.2 Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do Caput do art. 64 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

Embora tenha reservado a aplicação da prisão preventiva para os crimes mais graves, considerando como tal aqueles que a pena privativa de liberdade em seu grau máximo supera quatro anos, não descuidou o legislador, todavia, de estabelecer exceções à regra geral contemplada no inciso I, do art.313 do Código de Processo Penal.

Assim é que manteve a regra inserta no inciso II, do art. 313, estabelecendo como condição de admissibilidade a anterior condenação em sentença transitada em julgado por crime doloso, mesmo que o crime sob apuração tenha pena máxima inferior a quatro anos. Observa-se que, necessariamente, ambos os crimes devem ser dolosos (“*condenado por outro crime doloso*”) se qualquer dos crimes, o anterior ou posterior, for de natureza culposa não se configura a regra excepcional.

Aliás, a observação é pertinente exatamente porque a exigência da natureza dolosa do crime, para o efeito da prisão preventiva, não consta do Caput, do art. 313 do Código de Processo Penal, como deveria ser, circunstância que afastaria qualquer dúvida. Se assim o fosse, certamente, tanto para a regra geral(art.313,I do CPP) quanto para as exceções(art. II e III), estaria assentada, estreme de dúvida, a necessidade da natureza dolosa do crime (SILVA JÚNIOR, 2012).

Interessante pontuar, outrossim, que de fato pretendeu o legislador estabelecer a necessidade de que o investigado ou acusado seja reincidente em crime doloso, ainda que não tenha feito de forma tão clara como devesse.

Nesse sentido, verifica-se que a hipótese normativa cuida da condenação por outro crime doloso em sentença trântita em julgado, fazendo, inclusive, a ressalva quanto aos efeitos temporais da reincidência. Dessa forma, exige-se, quando da apreciação dos

pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade para decretação da medida cautelar, ostente o investigado ou acusado condenação transitada em julgado por outro crime doloso, cujos efeitos da reincidência não tenham sido cessados. Se não quisesse instituir tratamento excepcional ao reincidente certamente não teria se reportado inclusive aos efeitos quinquenais da mesma.

Aliás, esse dispositivo guarda perfeita compatibilidade com o art.44 do Código Penal, que inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que a condenação não supere quatro anos, verificada a reincidência (BADARÓ, 2015; MENDONÇA, 2011).¹⁷

Agrupe-se, por oportuno, em definitivo, que o dispositivo em exame (inciso II, do art.313 do CPP) à medida que estabelece exceção à regra do inserta no inciso I, do art. 313 do CPP, não se presta para, por si só, fundamentar a prisão preventiva. A norma em observação não se destina a justificar a prisão de índole cautelar, mas, exclusivamente, para sua autorização, ainda que a pena privativa de liberdade para o crime em apuração seja inferior a quatro anos, desde que presentes os pressupostos e fundamentos das medidas cautelares em geral(art. 282, I, e art.312 do CPP) e não seja suficiente e adequada(art.282,II, do CPP) a aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

3.8.7.3 Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência(redação conferida pela Lei nº 12.403/2011)

Antes da vigência da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – em que a prisão preventiva só era comportada, regra geral, para os crimes punidos com reclusão, várias situações de violência doméstica contra a mulher, sobretudo nos casos de lesões corporais leve, cuja pena prevista é de detenção, na impossibilidade de decretação da prisão cautelar, terminavam impunes quando não recrudescida a violência em razão da informação levada ao conhecimento das autoridades.

No afã de estancar essa completa desproteção, a Lei nº 11.340/22006 – Lei Maria da

¹⁷ Em sentido diverso, Walter Nunes da Silva Júnior (2012, p. 558) anota que “ Note-se que o legislador não elegeu como condição que o acusado ostente situação técnica de reincidente. Isso porque, como se sabe, a reincidência só resta caracterizada quando o agente, após ter sido condenado em sentença transitada em julgado, volta a praticar novo crime. Portanto, para ocorrência da reincidência, a data da prática do segundo crime há de ser posterior ao trânsito em julgado”.

Penha – além de um significativo elenco de medidas protetivas de urgência, fez inserir o inciso IV ao art. 313 do Código de Processo Penal(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) estabelecendo mais uma exceção à regra geral constante do inciso I(punidos com reclusão) que reservava, à época, a prisão preventiva aos crimes dolosos, juntando-se àquelas então existentes nos incisos II(punidos com detenção se o réu era vadio ou, havendo dúvida acerca de sua identificação, não indicava os elementos para esclarecê-la) e III(reincidência em crime doloso).

Posteriormente, a Lei nº 12.403/2011 aboliu a prisão preventiva em relação ao réu vadio, nos crimes punidos com detenção, revogou o inciso IV, e impôs nova redação ao inciso III, do art. 313 do CPP, mantendo aquela exceção tocante à violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, excluindo, todavia, a referência a lei específica, e ampliou sua aplicabilidade às situações em que a violência é levada a efeito em desfavor da criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, acrescentando-se, ainda, sua finalidade de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Destaque-se que a Lei nº 12.403/2011, ao retirar a referência a Lei específica (Lei 11.340/2006)no inciso IV do art. 313, do Código de Processo Penal, assim procedeu no escopo de possibilitar um exército de reserva para se fazer cumprir qualquer medida cautelar diversa da prisão, elencada no art.22 da Lei nº 11.340/2006, no Código de Processo Penal, arts.319 do CPP, ou mesmo instituídas por leis especiais.

Assinale-se, outrossim, que a exceção somente refere a quantidade da pena máxima, qual seja, igual ou superior a quatro anos, não em relação ao crime doloso. Assim, pode-se aplicar a prisão preventiva, nas situações contempladas no inciso III, do art. 313 do Código de Processo Penal, desde que o crime seja doloso, praticado no âmbito doméstico e familiar, no afa de assegurar o cumprimento de qualquer medida cautelar diversa (MENDONÇA, 2011).

Importante esclarecer que não obstante o dispositivo trate da possibilidade de decretação da medida extrema no escopo de assegurar o cumprimento de medida cautelar diversa, tem-se que não há, necessariamente, que se adotar uma medida cautelar diversa como condição da medida excepcional. Presentes os pressupostos e fundamentos, a modulação da medida deve ser feita à luz da adequação(art. 282,II, do CPP).

Conforme as circunstâncias, a prisão preventiva, na forma da exceção plasmada no inciso III, do art. 313 do CPP, poderá ser originária(autônoma) quando, desde logo, vislumbrar-se a necessidade para neutralizar situação de perigo à efetividade da investigação ou do processo(art.282,I, c/c art.312 do CPP). Também Pode ser substitutiva, desde que

descumprida medida cautelar anteriormente decretada. O que deve ser levado em consideração é a adequação da medida – escolha racional – no caso concreto, na forma do art. 282, inciso II, do Código de Processo Penal (MENDONÇA, 2011).

De outro giro, estima-se que a exceção tocante aos crimes praticados com violência doméstica e familiar somente encontra amparo em relação a crimes cuja pena privativa de liberdade seja necessariamente igual ou inferior a quatro anos, vez que as hipóteses de crimes com pena superior a quatro anos, já se acham contempladas através da norma geral plasmada no inciso I, do art. 313 do Código de Processo Penal (MENDONÇA, 2011).

3.8.7.4 Dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la

A dúvida quanto a identidade civil da pessoa já estava contemplada no inciso II, do antigo texto do art. 313 do Código de Processo Penal, com instituída pela Lei nº 6.416/77, cuja redação tratava do cabimento da prisão preventiva nos crimes punidos com detenção quando apurado que o réu era vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecesse ou não indicasse elementos para esclarecê-la.

Essa disciplina, contudo, restou superada pela Lei nº 12.403/2011 que aboliu a prisão do réu vadio e transformou o antigo inciso II, do art. 313 do Código de Processo Penal em um parágrafo único.

O deslocamento do conteúdo reformado do texto e sua localização topográfica no parágrafo único, revelou-se acertado, vez que, sem as amarras dos incisos componentes do Caput e nenhuma referência a natureza do crime, passou a admitir a decretação da prisão preventiva em qualquer situação, mesmo que em crimes cuja pena máxima não superior a quatro anos e até mesmo em crimes culposos, desde que havendo dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (MENDONÇA, 2011; SILVA JÚNIOR, 2012).¹⁸

Mais recentemente, a Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime - uma vez mais alterou a localização topográfica do dispositivo que trata da condição de admissibilidade em razão de dúvida acerca da identidade civil da pessoa, de sorte que a redação restou inserta no § 1º, do art. 313, do Código de Processo Penal, não fazendo qualquer referência, no caput, à natureza do delito.

¹⁸ Em sentido contrário, Gustavo Henrique Badaró (2015).

A dúvida quanto a identidade civil, em tese, desde que presentes os pressupostos (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) autoriza a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da Lei Penal fundamentada no art. 282, I, e art. 312 do Código de Processo Penal. Trata-se de hipótese típica de cautela final, vez que tem por desiderato acautelar a efetividade do processo e consequente aplicação da Lei Penal.

Não obstante estime possível a decretação da prisão preventiva, excepcionalmente, em crimes culposos, é importante deixar evidente que essa permissibilidade não pode servir de móvel para prodigalizar a medida cautelar extrema. É preciso ter sempre presente o caráter excepcional da prisão preventiva e, sobretudo, sua proporcionalidade em relação a pena privativa de liberdade projetada.

É importante fixar, nesse contexto, que mesmo em caso de dúvida acerca da identidade civil, sendo possível a aplicação de medida cautelar diversa, menos intensa em relação a restrição da liberdade, desde que se mostre adequada e suficiente para descortinar a identificação civil e remover o obstáculo a aplicação da Lei, deve ser sempre preferível o acatamento da medida diversa. A prisão preventiva somente poderá ser decretada quando nenhuma outra medida cautelar diversa se apresente como adequada e suficiente para necessidade da investigação ou aplicação da Lei Penal.

Aliás, a Lei nº 7.960/89, no art.1º, inciso II, parte final, já prevê a possibilidade de prisão temporária em caso de dúvida acerca da identificação, todavia para os crimes nela elencados, com requisitos mais tênues e prazo certo, situação que se coaduna a exigência contida na parte final do § 1º do art.313 do Código de Processo Penal, que determina que o preso seja colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

3.8.8 Prisão preventiva domiciliar

Ordinariamente a prisão cautelar deve ser cumprida em estabelecimento estatal adequado para tanto. Aliás, consoante norma inserta no art.84 da Lei nº 7.210 – Lei de Execução Penal - o preso provisório ficará separado dos presos condenados por sentença definitiva, no afã de evitar que a convivência no cárcere contribua para deformação daquele que não ostenta condenações precedentes.

A prisão em domicílio não é novidade entre nós, vez que no art. 117 da Lei de Execução Penal consta as hipóteses em que, por razões humanitárias, é possível o

cumprimento da pena no regime aberto em prisão domiciliar. Todavia, Lei nº 12.403/2011, emprestando-lhe nova feição, ao conectá-la com a medida cautelar de privação da liberdade, no art. 317 do Código de Processo Penal, acentua que “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”. Por sua vez, o art. 318 do Código de Processo Penal, elenca as situações em que poderá ser deferida a substituição da prisão preventiva pelo recolhimento em domicílio.

Dúvida não há do acerto da Lei nº 12.403/2011, vez que, à míngua de norma específica, corriqueiramente, buscava-se a aplicação do art. 117 da Lei de Execução Penal aos presos provisórios. Superada a lacuna legislativa, desde que presente uma das hipóteses contempladas no art.318 do Código de Processo Penal, por razões humanitárias, examinadas no caso concreto, é possível o deferimento ao preso provisório o cumprimento da medida cautelar em domicílio.

Importante, aclarar, desde logo, que a prisão em domicílio, na verdade, não representa modalidade de medida cautelar alternativa à prisão preventiva. Aliás, sua localização topográfica dissipa qualquer dúvida a esse respeito. Tanto que, embora no mesmo Título IX, elencada no capítulo IV(Da prisão domiciliar), não no Capítulo V, que trata das outras medidas cautelares diversas da prisão, cujo extenso rol contemplado no art. 319 do Código de Processo Penal (BADARÓ, 2015; MENDONÇA, 2011; SILVA JÚNIOR, 2012).

Tem-se que a prisão em domicílio é, na essência, a mesma prisão preventiva. Ocorre, apenas, a substituição do local de cumprimento da privação cautelar da liberdade que, em vez de ser executada no estabelecimento comum ou especial, nas hipóteses previstas em lei, por razões humanitárias, será cumprida na residência do indiciado ou acusado. A substituição ocorre em relação ao local de cumprimento, não em relação a medida cautelar definida (SILVA JÚNIOR, 2012).

Essa percepção, longe de ser de somenos importância, afigura-se relevante sobretudo para o fim de reconhecimento do direito a detração penal, cuja previsão inserta no art. 42 do Código Penal, vez que sendo a prisão em domicílio, especial forma de cumprimento da prisão provisória, o tempo de recolhimento residencial será computado na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança.

Destaque-se, outrossim, que a prisão domiciliar não se confunde com a medida prevista no inciso V, do art. 319 do Código de Processo Penal. É que esta medida, verdadeiramente cautelar diversa da prisão, na forma do art. 282, I e II, do Código de Processo Penal, tem por desiderato o recolhimento domiciliar limitado ao período noturno e

nos dias de folga, razão pela qual pode ser compatibilizada com o trabalho e estudo. Já a prisão em domicílio, forma de adimplemento da prisão cautelar, por implicar em completa privação da liberdade, cuja substituição do local de cumprimento da prisão provisória baseada em razões humanitárias, taxativamente definidas, não se compatibiliza com atividades externas ao domicílio.

Não sem razão o legislador, no art. 317 do Código de Processo Penal, deixou assentado que a saída do domicílio deverá ser precedida de autorização judicial. Essa permissibilidade pode ser específica para certa e determinada atividade, tal qual comparecimento a um casamento ou sepultamento. Mas pode ser para situações gerais, tais quais em dia e horários específicos, comparecer ao hospital para exames, consultas, frequência a culto religioso (MENDONÇA, 2011).

Importante registrar que a prisão em domicílio pode ser cumulada com medida cautelar diversa, desde que com ela guarde compatibilidade lógica. Assim é que no elenco das medidas cautelares, previsto no art. 319 do Código de Processo Penal, enxerga-se que a monitoração eletrônica (inciso IX, do art. 319 CPP) afigura-se absolutamente compatível com a prisão em domicílio, sendo certo que poderá servir inclusive como instrumento para fiscalização de sua eficácia (SILVA JÚNIOR, 2012).

Aliás, acerca dessa cumulatividade, o art. 318-B, do Código de Processo Penal, com redação incluída pela Lei nº 13.769 de 2018, prevê que “a substituição de que tratam os arts.318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art.319 deste Código”.

Projete-se, outrossim, que não obstante o art. 318 do Código de Processo Penal refira apenas a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, é certo que a omissão do legislador quanto a prisão temporária não impede que, presentes as mesmas razões, a substituição da prisão temporária pelo recolhimento em domicílio. É que a prisão temporária tal qual a preventiva são espécies do gênero prisão cautelar, desde que detentoras da mesma natureza jurídica, não se enxerga qualquer óbice para aplicação à prisão temporária, vez que apenas ocorrerá a substituição do local de cumprimento da cautela por razões de índole humanitária (SANGUINÉ, 2014; SILVA JÚNIOR, 2012).

Assim sendo, decretada a prisão temporária, no curso das investigações preliminares, verificando-se presentes uma das hipóteses de admissibilidade da substituição do local de cumprimento da medida cautelar, por razões humanitárias, deve ser deferido igual tratamento ao preso temporário, vez que não há razão que estimule o tratamento díspares entre o preso decorrente de preventiva e aquele sujeito a prisão temporária.

3.8.8.1 Hipóteses de cabimento da prisão em domicílio

O art. 318 do Código de Processo Penal, imbuído do propósito de oferecer tratamento digno e humanitário ao indiciado ou acusado, estabelece, taxativamente, as hipóteses de cabimento da prisão em domicílio quando o agente for: I) ao maior de 80 anos; II) extremamente debilitado por motivo de doença grave; III) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6(seis) anos de idade ou com deficiência; IV) gestante; V) mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12(doze) anos de idade incompletos(incluído pela Lei nº 13.257 de 2016).

Registre-se que o inciso IV do art. 318 do Código de Processo Penal teve sua redação alterada pela Lei nº 13.257/2016, que acrescentou, ainda, os incisos V e VI, conforme será examinado na sequência.

Importante aclarar que o § único do art. 318 do Código de Processo Penal prevê que para substituição da prisão cautelar em domiciliar o juiz exigirá prova idônea dos requisitos ali elencados.

3.8.8.1.1 Indiciado ou acusado maior de 80 anos de idade

A prisão cautelar em domicílio daquele que ostenta a avançada idade de 80 (oitenta) anos é medida que encontra lastro e conexão no princípio da dignidade humana, albergado como um dos fundamentos da República Federativa brasileira.

Não por outra razão, que no afã de estabelecer especial proteção à pessoa idosa, a política criminal brasileira em inúmeras situações prestigia o idosos que se encontra submetido ao sistema de justiça criminal, evidentemente, que esse tratamento não tem o condão de subtrair sua responsabilidade desde que achado em culpa.

Foi exatamente nesse contexto que a Comissão de reforma do Código de Processo Penal estabelecia inicialmente a prisão domiciliar para aquele que ostentasse 60(sessenta) anos de idade. Posteriormente, no texto definitivo da Comissão a idade foi alterada para 70 (setenta) anos. Todavia, durante os trabalhos no Parlamento, esse referencial etário foi majorado para alcançar aqueles que contam com 80(oitenta) anos de idade. Talvez, por não agregar nenhuma outra exigência além da idade, elevou-se o referencial cronológico para

obtenção do benefício (SILVA JÚNIOR, 2012).

Esse tratamento humanitário, aliás, não se apresenta como novidade no direito criminal brasileiro, tanto que no próprio Código Penal há vários dispositivos que estabelecem especial consideração em razão da idade do investigado ou acusado ser superior a setenta anos, tal qual a circunstância atenuante (art. 65, I), a redução pela metade do prazo prescricional (art. 115) e para a prisão domiciliar como estágio do cumprimento da pena (art. 117,I, da Lei de Execução Penal).

O inciso I do art. 318 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade do juiz determinar a substituição da prisão cautelar por domiciliar em razão da idade do indiciado ou acusado. Assim é que sendo maior de 80 (oitenta) anos, poderá o magistrado fazer a substituição do local de cumprimento da prisão cautelar.

Observa-se que o dispositivo não faz menção a qualquer outra condicionante. Satisfaz com o simples critério etário do sujeito submetido ao procedimento criminal. Assim sendo não é dado ao magistrado exigir aquilo que a lei não o fez. Não obstante o art. 318 do Código de Processo Penal utilize a expressão “poderá”, desde que a condição etária esteja robustecida nos autos através de prova idônea, certidão de nascimento ou casamento, deverá ser deferida a providência humanitária (BADARÓ, 2015).¹⁹

3.8.8.1.2 Extrema debilidade em razão de doença grave

Inserto no inciso II, do art. 318 do Código de Processo Penal, encontra-se prevista a possibilidade de substituição do local do cumprimento da prisão cautelar pela domiciliar desde que condicionada a verificação de debilidade extrema decorrente de doença grave.

Não obstante semelhante aquela previsão encontrada no art. 117, II, da Lei de Execuções Penais, há, todavia, nítida distinção entre essas duas realidades. É que na hipótese prevista na LEP, exige-se, apenas, a constatação de doença grave para que o apenado tenha o direito a cumprir sua pena em domicílio. Por sua vez, a prisão domiciliar prevista no art. 318 do Código de Processo Penal, por dizer acerca do adimplemento de medida cautelar, o legislador foi muito mais rigoroso. Passou a exigir como consequência da doença grave, o estado de extrema debilidade. São dois, portanto, os requisitos: a) doença grave; b) extrema debilidade como consequência.

¹⁹ Em sentido oposto, Mendonça (2011) anota que “(...) Não há, portanto, óbice absoluto à decretação e manutenção da prisão preventiva de pessoas acima de 80 anos, especialmente quando devidamente justificadas por circunstâncias concretas. Inexiste, assim, direito adquirido à prisão domiciliar pelo simples fato de possuir o acusado mais de 80 anos” (p. 411).

No contexto dessas exigências, a lei não se satisfaz apenas com a existência de doença. A doença necessita se qualificar como grave. De outro giro, não basta a debilidade como consequência. Mais que isso. Exige-se que a debilidade seja extrema. Essa exigência é de tal magnitude que retira do agente, em razão de sua condição fisiológica, a possibilidade de oferecer qualquer perigo aos valores estampados no art. 282, I, e art. 312 do Código de Processo Penal (MENDONÇA, 2011).

Registre-se que a situação fisiológica precisa ser testificada através de laudo pericial que indique o grau da debilidade, qualificando-a como extrema e a exata conexão com a doença grave (SILVA JÚNIOR, 2012).

3.8.8.1.3 Pessoa presa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência

Essa hipótese que autoriza a substituição do local de cumprimento da prisão cautelar pelo domicílio encontra-se amparada nos princípios da proteção integral e absoluta prioridade que socorrem a criança e a pessoa deficiente. Revela-se claro que objeto da tutela não é a pessoa submetida à prisão cautelar, mas a criança menor de seis anos ou, ainda que maior, com deficiência.

Observe-se que, diferente da previsão estampada no art. 117, III, da Lei de Execução Penal, o inciso III, do art. 318 do Código de Processo Penal, não se satisfaz com a circunstância que a pessoa presa tenha filho menor ou, ainda que maior, seja deficiente físico ou mental. Reclama-se mais que isso. Deve haver vínculo de dependência. Exige-se que a pessoa seja imprescindível aos cuidados especiais da pessoa menor de seis anos ou portadora de deficiência (MENDONÇA, 2011).

A norma sob apreciação tem por desiderato a tutela da criança menor de seis anos ou, ainda que maior, com deficiência, evitando-se com isso o abandono de pessoas que demandam cuidados especiais. Importante ressaltar que o preso deve ser imprescindível aos cuidados da criança menor de seis anos ou com deficiência. Significa dizer que deve ser a única pessoa apta a oferecer os cuidados especiais reclamados. Havendo outras pessoas da família capazes de oferecer a proteção ou cuidados necessários, não se defere a substituição do lugar de cumprimento da medida cautelar restritiva da liberdade ambulatoria (MENDONÇA, 2011; SANGUINÉ, 2014).

Registre-se, ainda, que diversamente da previsão estampada no art. 117, III, da Lei de

Execução Penal, não se exige que a medida cautelar recaia na mulher. A previsão normatizada no inciso III, do art. 318 do Código de Processo, conformando-se com o princípio da isonomia de tratamento, socorre tanto a mulher quanto o homem preso cautelarmente. Basta que a pessoa submetida a medida cautelar seja imprescindível, a única capaz de oferecer os cuidados especiais reclamados pela criança ou pessoa com deficiência.²⁰

Nesse contexto, no escopo de demonstrar as situações caracterizadoras das condicionantes legais, deve-se produzir prova quanto a idade da criança ou da deficiência física ou mental. Aquela se faz através de certidão de nascimento. A comprovação da deficiência, faça-se através de laudo pericial respectivo. No que toca a prova da relação de dependência ou imprescindibilidade em relação ao preso, ao que parece, afigura-se mais complexa. Todavia, pode ser demonstrada através de qualquer meio idôneo, tal qual a prova documental, e, inclusive, por meio de prova testemunhal, produzida em audiência, no afã de revelar a existência da relação caracterizadora da imprescindibilidade dos cuidados especiais devidos por aquele submetido ao cumprimento da prisão cautelar.

3.8.8.1.4 Prisão em domicílio da gestante

Preocupado em oferecer tratamento digno a gestante, O inciso IV, do art. 117 da Lei de Execução Penal oferecer proteção à condenada beneficiária do regime aberto, independentemente do período de gestação, instituindo norma que serviu de inspiração a Lei 12.403/2011, que inaugurou nova sistemática no tratamento da prisão domiciliar.

Como anteriormente mencionado, a Lei nº 13.257/2017, alterou o inciso IV, cuja redação conferida pela Lei nº 12.403/2011, acrescentando, ainda, os incisos V e VI ao art. 318 do Código de Processo Penal.

Diversamente do que prevê a Lei de Execução Penal, a redação reformada, embora mais limitada, protegia a gestante a partir do sétimo mês ou em caso de gravidez de alto risco. Duas eram as hipóteses: **i)** gestação a partir do sétimo mês; **ii)** gestação de alto risco independentemente do período. A atualização legislativa certamente ocorreu com o propósito de oferecer maior proteção e segurança a gestante em qualquer fase de sua gestação, inclusive

²⁰ Nesse particular, Silva Júnior (2012): “É óbvio que esse direito à prisão domiciliar não é reconhecido apenas à mulher. Embora em nosso contexto sócio-cultural, comumente, quem se encarrega da guarda e da educação da prole ou de cuidar de pessoas com deficiência seja a mulher, em alguns casos esse papel é exercido pelo homem” (p. 576).

sem fixar prazo para o término do recolhimento domiciliar,²¹ ainda que a gravidez não ofereça risco.

Embora tenha deixado de fixar termo final para o período da prisão em domicílio, particularmente, estimo deva ser compatibilizada a situação com o período de lactação, ou seja, enquanto amamentando, poderá a parturiente permanecer recolhida em domicílio. Essa interpretação se coaduna com a norma insculpida no inciso L, do art. 5º, da Constituição da República, que proclama: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Tendo em vista que o inciso IV, do art. 318 do Código de Processo Penal, com redação alterada pela Lei nº13.257/16, não estabelece qualquer outra condicionante, em tese, basta a comprovação da gestação, cujo ônus da prova é da requerente, para que seja deferida a prisão em domicílio, não obstante registre-se interpretação Jurisprudencial no sentido de que se o estabelecimento prisional oferece condições adequadas para gestação, não há ilegalidade na negativa da prisão em domicílio.²²

3.8.8.1.5 Mulher com filho menor de até 12 (doze) anos incompletos

No escopo de conferir concreção ao princípio da proteção especial e absoluta prioridade à criança e ao adolescente, cuja previsão estampada no art. 227 da Constituição da República, a Lei nº 13.257/2016 assegura que poderá ser deferido a mulher com filho de até 12(doze) anos de idade incompletos o direito a prisão em domicílio.

Assim é que o inciso V, do art. 318 do Código de Processo Penal, ao instituir essa permissibilidade, sem dúvida, tem por escopo a proteção à criança, reconhecendo, outrossim, que inúmeras famílias brasileiras se organizam em torno da mulher e mãe, de sorte que a sua ausência em razão do cárcere provisório poderá deixar ao abandono, desproteção e toda sorte de prejuízo moral e material à sua prole.

Observa-se, mais uma vez, que a proteção que se deseja alcançar destina-se à criança. Nesse contexto, independentemente da necessidade de cuidados especiais ou deficiência, conforme hipótese prevista no inciso III, do art. 318 do Código de Processo Penal, desde que

²¹ Nesse sentido, anota Andrey Borges de Mendonça, “Interessante notar que o legislador não estabeleceu o termo *ad quem* da prisão domiciliar nesse caso, mas se infere que é até o nascimento ou, ao menos, após o puerpério. Após tal período, deve-se analisar o cabimento da manutenção da prisão domiciliar à luz do inciso III, ou seja, quando for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade, se for o caso” (2011, p. 414-415).

²² Conforme destacado por Gustavo Henrique Badaró (2020), o STJ entendeu que “não há ilegalidade na negativa de substituição da preventiva por prisão domiciliar da paciente grávida, pois não foi comprovada a inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestante ou lactante da paciente.

demonstrado que a mãe com filho de até doze anos de idade incompletos, submetida a prisão preventiva ou temporária, poderá ter o local de cumprimento da medida cautelar substituído pelo recolhimento domiciliar.

De outra parte, observa-se que o art. 318-A do Código de Processo Penal, com redação incluída pela Lei nº 13.769/2018, ao possibilitar a substituição da prisão preventiva por domiciliar em relação a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, estabelece as seguintes condicionantes: **i)** não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; **ii)** não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

3.8.8.1.6 Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

A razão de ser da norma estampada no inciso VI, do art. 318 do Código de Processo Penal, em tese, é a mesma daquela prevista no inciso anterior que socorre a mulher no afã de assegurar a tutela do filho de até doze anos incompletos.

Observa-se, todavia, nessa previsão inserta no inciso VI, do art. 318 do Código de Processo Penal, que o legislador foi mais comedido em relação aquela constante do inciso V. Porquanto, ao instituir a permissibilidade, cuidou logo de dizer que somente contempla o homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos. Presente a mãe ou outra pessoa responsável com aptidão para oferecer ao filho os cuidados necessários, não se defere a prisão em domicílio.²³

Acrescente-se que na situação contemplada nos incisos V e VI, do Código de Processo Penal, a Lei não cogita de cuidados especiais, tal qual o fez em relação à hipótese prevista no inciso III, mas apenas aqueles ordinariamente requisitados em razão da apoucada idade. Aliás, quando se reporta a cuidado especiais poderia o legislador ter sido mais preciso, haja vista que a expressão apresenta-se extremamente vaga e permeável, desde que, a rigor, qualquer criança, independentemente de seu estado de saúde físico e mental, reclama cuidados especiais.

3.8.9 Revogação e Revisão da Prisão Preventiva

²³ Nesse sentido, Gustavo Henrique Badaró (2020), anota que ” Nessa hipótese, mais do que imprescindível, o preso deverá ser absolutamente insubstituível, sendo a única pessoa que, sem auxílio de qualquer outra, cuide do filho menor de 12 anos” (p. 1189).

A prisão cautelar assenta-se em seus pressupostos, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e fundamentos(art. 282,I e art. 312 do CPP)visando remover situação de perigo para efetividade da investigação criminal ou do Processo. O perigo concreto que desafia a decretação da medida cautelar se revela presente ou futuro, circunstancial e transitório, devendo ser estancado através da prisão provisória. Por essa razão, relacionada a efetividade do procedimento, diz-se que é uma medida conservativa e assecuratória do provimento futuro.

Observa-se, nesse contexto, que superada a situação circunstancial com a remoção do perigo para um dos valores normatizados, impõe-se a dispensabilidade da cautela, vez que alcançada sua finalidade instrumental, não há razão para sua subsistência sem a perseverança dos motivos que a lastrearam.

Sem esforço é perceptível que o exame da revogação da prisão cautelar conecta-se às suas próprias características da instrumentalidade, provisoriedade (art.282, § 5º, do CPP) excepcionalidade(art.282, § 6º do CPP) e proporcionalidade.

Desde que concebida como medida excepcional, somente deverá ser adota quando se afigure imprescindível, de sorte que nenhuma outra medida diversa da prisão seja capaz de arrostar, no caso concreto, o perigo para efetividade do procedimento. Por sua vez, a provisoriedade revela-se através do seu *caráter rebus sic stantibus*, sendo certo que é decretada e subsiste quando e enquanto presentes dos pressupostos e fundamentos que lhe serviram de móvel. Superada a situação de risco que reclamou sua adoção, desaparecendo sua razão de ser, não deve se perpetuar sob pena de se desfigurar, passando a assumir verdadeira feição de punição antecipada. Assim é que decretada por conveniência da instrução, após o encerramento desta, com a produção de provas, não mais se afigura presente o fundamento de sua decretação, impondo-se a dispensabilidade. Do mesmo modo, quando adotada para o fim de assegurar a aplicação da Lei Penal, superada coleta de provas, descortinando-se que provavelmente o acusado será absolvido, não há razão para manutenção da prisão até eventual sentença absolutória. Por ser instrumental não se destina a fazer justiça. É um instrumento a serviço do instrumento. Tem por desiderato, na realidade, assegurar a efetividade do provimento jurisdicional a ser prolatado no futuro. Por outro lado, há que se observa certa relação de proporcionalidade entre a prisão cautelar e a pena que se vislumbra aplicável. Verificando-se descompasso entre a medida cautelar e pena em prognose, estimada ou projetada, de sorte que a medida provisória se afigura mais severa que a própria pena eventualmente aplicável, não deve subsistir a cautela.

Interessante anotar, outrossim, que dentre as medidas cautelares possíveis de adoção no curso procedimento, a prisão provisória, sem sombra de dúvida, é aquela que revela a mais intensa necessidade cautelar. É detentora do grau máximo de cautelaridade para o caso concreto (BADARÓ, 2011).

Assim sendo, desde que uma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, afigure-se adequada (inciso II do art. 282 do CPP) para preservação dos valores encartados no inciso I, do art. 282 e art. 312 do Código de Processo penal, e afastar aquela situação de perigo, não há razão para lançar mão da medida cautelar mais invasiva da liberdade. Caso tenha sido inicialmente adotada a medida extrema, verificando-se no curso do procedimento que as razões cautelares foram atenuadas, a prisão deve ser substituída por outra medida menos intensa. Por outro lado, removido completamente o perigo, há que ser revogada a prisão cautelar, desde que não mais necessária(art. 316 do Código de Processo Penal).

Revogada a prisão cautelar, se sobrevierem razões que a justifiquem, tal qual o ressurgimento do estado de perigo para efetividade da investigação ou do processo decorrente da liberdade, poderá o magistrado, desde que provocado, uma vez mais, decretar a prisão preventiva, na forma inserta na parte final do Caput, do art. 316 do Código de Processo Penal.

Embora sem fixar efetivamente prazo para prisão preventiva, adotando-se a doutrina do não prazo, a Lei nº 13.964/2019 estabeleceu importante norma de controle ao instituir o § único ao art. 316 do Código de Processo Penal, impondo-se ao órgão emissor, através de decisão fundamentada, a revisão periódica, de ofício, a cada 90 (noventa) dias, sob pena de tornar ilegal a prisão cautelar. A revisão como sói acontecer pressupõe o reexame dos pressupostos e fundamentos da prisão cautelar calcado em fatos novos ou contemporâneos àquele instante de cognição (BADARÓ, 2020). Não pode se apoiar em fatos pretéritos que serviram de lastro à decretação originária da medida cautelar. É preciso descortinar que, passado aquele período, o perigo ainda persiste e demonstrar com fatos concretos e posteriores a necessidade da prorrogação da prisão cautelar.

Aliás, esse importante instrumento de controle que serve inclusive para impor celeridade ao procedimento, encontra-se sintonizado com Resolução nº 66/2009, do Conselho Nacional de Justiça que determina, estando o réu preso provisoriamente, há mais de três meses, com processo ou inquérito parados, cumpre ao juiz ou relator, em caso de processo nos Tribunais, investigar as razões da demora, indicando, outrossim, as providências adotadas, a serem, posteriormente, comunicadas à Corregedoria Geral da Justiça ou à Presidência do Tribunal.

De outro giro, importante divisar a revogação da prisão preventiva do seu relaxamento. Aquela pressupõe o desaparecimento dos motivos que serviram de lastro para decretação da custódia cautelar. No instante de sua decretação estavam presentes os pressupostos e fundamentos, neutralizada a situação de perigo, não mais se verifica a necessidade de sua permanência, impondo-se, por consequência, a dispensabilidade da prisão provisória. Por sua vez, o relaxamento de prisão conecta-se a existência de vício formal, tal qual a incompetência para decretação da medida cautelar ou mesmo ao excesso de prazo. Neste caso, a prisão, originariamente, legal e necessária, restou contaminada pela ilicitude superveniente decorrente do excesso de prazo e consequente constrangimento ilegal. Ainda que o legislador não tenha definido prazo para prisão preventiva, aplica-se nessa quadra o princípio do julgamento em prazo razoável, cuja moldura legal estampada no inciso LXXVIII, do art. 5º, Caput, da Constituição da República. Aliás, não atoa o inciso LXV, do art. 5º, Caput, da Carta Política, determina que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

De igual modo, não há confundir revogação da prisão preventiva com a liberdade provisória. A revogação da prisão provisória, tal qual assentado, ocorre em razão do desaparecimento da situação de perigo concreto a um dos valores alinhados no inciso I, do art. 282 e no art. 312, do Código de Processo Penal. A prisão anteriormente necessária deixou de sê-la. Superada a causa não há razão para subsistência dos efeitos. Por sua vez, a liberdade provisória ocorre exatamente porque no instante da cognição não se visualizam presentes pressupostos e fundamentos para decretação da prisão preventiva.

A Constituição da República proclama verdadeira tutela da liberdade, assegura, no art. 5º, Caput, inciso LXVI, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a Lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança. Na Lei nº 12.403/2011, observa-se que a liberdade provisória assume a função de medida de **contra cautela** à prisão em flagrante em **duas situações**: **i)** na hipótese de excludentes de ilicitude, cuja previsão encartada no antigo parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal; **ii)** Quando em razão da situação econômico-financeira o autuado não possa recolher a fiança arbitrada (art. 350 do Código de Processo Penal) (BADARÓ, 2020). Com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, o parágrafo único do art. 310 do Código de Processo, com redação concedida pela Lei 12.403/2011, foi topograficamente realocado passando a se abrigar no § 1º do art. 310 do Código de Processo Penal, mantido integralmente o seu sentido.

Superado esse ponto, tomando como vetor que o Supremo Tribunal Federal rotineiramente vem reformando decretos de prisão preventiva que não apresentam os devidos

fundamentos e não apontam, de forma específica, a conduta praticada pelo réu a justificar a prisão antes da condenação, pelo âmbito de abrangência da prisão preventiva é com base nela que esta pesquisa analisará a aplicação do princípio da proporcionalidade frente às prisões cautelares, através de uma investigação que se aplica também às outras medidas cautelares diversas adotadas no curso do procedimento criminal.

4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO CAUTELAR

4.1 A presunção de inocência nos tratados e convenções internacionais e na constituição brasileira de 1988

A garantia Constitucional da Presunção de Inocência, historicamente, encontra-se positivada em diversos documentos internacionais de relevante valor e influência para os direitos humanos.

Em qualquer investigação que se realize no afã de descortinar a história dessa garantia, é certo afirmar que não obstante remonte ao Direito Romano, o documento de maior relevância histórica onde primeiramente encontrada foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada pela Assembleia Nacional da França:

9º - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Em seguida, outro documento histórico e relevante que se encontra é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, cuja aprovação e proclamação ocorreu através da 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, ocorrida em 10 de dezembro de 1948, onde a Presunção de Inocência restou solenemente proclamada nos seguintes termos:

XI.1 – Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem direito de ser presumido 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.

Em diversos outros documentos de alcance regionalizados são encontradas referências históricas do Princípio da Presunção de Inocência. Todavia, para o fim a que interessa a essa investigação acadêmica, importante trazer o registro da inserção do mencionado Princípio Constitucional no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966, vez que internalizado ao Direito brasileiro, através do Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992, cuja redação em parte resta assim sufragada: “Art.14.2 Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

Outro documento de extrema relevância para o estudo histórico do Princípio da Presunção de Inocência é o Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana Sobre Direitos Humanos -, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, realizada em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, igualmente internalizada ao sistema jurídico brasileiro, através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, cuja redação vazada nos seguintes termos: “Art.8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Acerca da natureza das normas do Pacto Sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto de São José da Costa Rica, ambos integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, desde que ratificados através dos Decretos nº 592/92 e nº 678/92, respectivamente, consoante posição consolidada no Supremo Tribunal Federal, ostentam o status normativo supralegal, de sorte que qualquer Lei Ordinária, anterior ou posterior a sua ratificação, com eles colidentes não terão eficácia.

Registre-se, aliás, que importante setor doutrinário antes mesmo dessa posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal já se posicionava no sentido de que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos possuem natureza constitucional (GOMES FILHO, 1994; PIOVESAN, 2000).

No plano Constitucional, a Presunção de Inocência encontra-se topograficamente localizada entre os direitos e garantias fundamentais, cuja moldura estampada com a seguinte redação: “Art. 5º LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Registra-se que antes da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, o Princípio da Presunção de Inocência não se encontrava positivado no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, a Constituição da República é o documento pioneiro em ofertar abrigo ao Princípio da Inocência no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da promulgação da Constituição Federal surgiu certa discussão doutrinária acerca do acerto ou não em relação a redação constante do texto constitucional. Do ponto de vista de sua literalidade o texto constitucional não consagra expressamente o Princípio da Presunção de Inocência.

Aliás, há quem enxergue nessa redação inclusive certa influência do texto constante do art. 27.2 da Constituição Italiana de 1948, vez que também utilizou a redação muito mais no sentido de estabelecer uma presunção de não culpabilidade. Observa-se, todavia, que as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”, rigorosamente falando, são apenas variantes semânticas ou linguísticas de idêntico conteúdo que não tem o

condão de amesquinhar o real sentido do Princípio da Presunção de Inocência (GOMES, 1998).

Atualmente esse debate perdeu o sentido. Estima-se que as expressões se equivalem em sentido e conteúdo. A partir da internalização do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, através do Dec. 592/92 e do Pacto de São José da Costa Rica pelo Dec.678/92 que expressamente proclamam a presunção de inocência, desde que norma supralegal incorporada ao ordenamento jurídico nacional, conforme Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, não há razão para subsistência dessa discussão reducionista.

Sob certos aspectos, aliás, o texto Constitucional constante do inciso LVII do art. 5º, ao demarcar o limite temporal em que subsiste o estado jurídico de inocência, foi mais além que os tratados internacionais, vez que condicionou sua vigência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tal qual fizeram a Constituição Portuguesa de 1974 (art. 32.2) e Italiana de 1948(art. 27.2º).

4.2 Conteúdo e Sentidos do Princípio da Presunção de Inocência

Na análise do seu conteúdo, estima-se que o princípio da presunção de inocência pode ser decomposto da seguinte forma: a) regra probatória; b) regra de juízo ou julgamento; c) regra de tratamento.

Antes da análise conteudística, importante verificar que o Princípio da Presunção de inocência não encerrar uma presunção em sentido técnico-jurídico. A presunção de inocência, na verdade, representa uma opção de Política – garantia política – conectada com um certo modelo de processo penal derivado do próprio modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito que tem a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos.

Sem dúvida que dentre os princípios constitucionais aplicáveis ao Processo Penal a Presunção de Inocência é aquele que projeta maior relevância na relação entre o poder punitivo do Estado e o direito fundamental de Liberdade do cidadão. Seu conteúdo reflete significativa limitação e condicionamento a legitimidade dos procedimentos tanto no que pertinente a atividade probatória quanto ao tratamento dispensado ao investigado ou acusado.

Em razão de sua íntima relação com a dignidade humana e, sobretudo, com o devido processo legal, afigura-se como sendo genuína garantia fundamental de liberdade, a medida que somente um conjunto probatório pleno, lícito e coerente será capaz de autorizar o seu

desfazimento. Reflete, nesse sentido, a necessidade de um Processo Penal de índole acusatória em que predomina a desconcentração do Poder e divisão de tarefas, cuja dinâmica e dialética revelam autêntica relação jurídica na verificação do fato qualificado como crime e sua autoria.

Aliás, como garantia essencialmente política projeta-se como valor que está necessariamente conectados com o modelo de organização política da sociedade em um certo momento histórico. Nesse sentido, Dignidade Humana, Processo Penal e Presunção de Inocência são realidades que se conectam no espaço e no tempo assegurando o direito fundamental de liberdade, condicionando e legitimando o modo de atuação do próprio Estado Democrático, vez que indutor do respeito, proteção e promoção dos valores humanos.

A partir dessas relações, tem-se que a presunção de inocência projeta-se como verdadeiro Princípio Constitucional estruturante do Processo Penal de um certo modelo de Estado Democrático de Direito, vez que à medida que presume a inocência sem excluir a prova do contrário, demarca a necessidade da adoção do modelo acusatório de processo conformado com o Devido Processo Legal, com todas as garantias que lhe são corolários, tais quais o contraditório, ampla defesa, motivação, publicidade, como único ambiente possível de se produzir válida e legitimamente a prova em sentido oposto.

Na decomposição do seu conteúdo, a presunção de inocência assume o viés de regra probatória. Nesse sentido, estima-se que no Processo Penal estruturado a partir da presunção de inocência não há distribuição de ônus da prova. Conforme o art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia ou queixa fará a exposição do fato e suas circunstâncias. Cabe ao titular da ação penal fazer prova plena do fato qualificado como crime e suas circunstâncias(art. 156 do CPP). Somente a prova plena do fato e sua autoria é capaz de desconstruir o estado jurídico de inocente. Para tanto, há sempre a necessidade de uma mínima atividade probatória realizada em contraditório real e público. Ademais, por força da regra probatória não é dado exigir que o réu colabore com a acusação na produção de prova.

Não obstante essa atividade, havendo dúvida relevante acerca do fato ou suas circunstâncias esta milita em favor do imputado. Nesse sentido, a regra de juízo(regra de julgamento) equipara-se ao princípio *in dubio pro reo* (BADARÓ, 2003; GOMES FILHO, 1991).

A presunção de Inocência ostenta ainda a regra de tratamento. Em razão dessa dimensão contudística, veda-se no curso do procedimento que o acusado seja tratado como se fosse declarado culpado. Isso impõe o dever de respeito e proteção contra violações a sua intimidade e privacidade, mormente contra a mídia opressiva diante de fatos com maior repercussão. Por outro lado, essa regra de tratamento impacta diretamente na disciplina e

aplicação das medidas cautelares, de sorte que o simples fato da imputação não pode nem deve servir de móvel para autorizar a imposição de medidas restritivas da liberdade ou do patrimônio do imputado.

Se é certo que um dos principais valores do Estado de Direito reside no direito fundamental de liberdade, não menos correto é que em certas circunstâncias é possível a supressão ou restrição do exercício desse direito, desde que obsequiado o devido processo legal, no escopo de salvaguardar valores igualmente relevantes. Assim é que no curso do procedimento é possível a imposição de medidas cautelares restritivas e até mesmo supressiva da liberdade, desde que previstas na Constituição ou em Leis para o fim de assegurar a efetividade do Processo.

A ideia de tutela cautelar está conectada com a influência do tempo na efetividade do Processo. Entre o início e o fim da relação processual vários acontecimentos podem criar óbices para prestabilidade e eficácia do Provimento final. Assim é que visando remover esses obstáculos adotam-se medidas cautelares para tutelar os meios ou fins do processo penal de conhecimento ou de execução.

Do ponto de vista formal, em razão de sua necessária taxatividade, as medidas cautelares não atentam contra o Princípio Constitucional da Presunção de inocência, desde que previstas na Constituição ou na Lei. Do ponto de vista material ou substancial para que ocorra compatibilidade vertical é imprescindível a sindicabilidade desses meios com os fins processuais que se pretende alcançar. Daí porque na aplicação das medidas cautelares é preciso, no caso concreto, realizar o balanceamento entre a efetividade do processo e o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nesse contexto, desponta como pertinente a convocação do Princípio da Proporcionalidade a fim de que através de critérios de comparação, ponderação e valoração realize o sopesamento de valores para seleção da medida mais eficiente e menos onerosa ao direito fundamental com aptidão para realizar o resultado, qual seja, a efetividade do Processo e conseqüente promoção da segurança coletiva.

A partir do surgimento desse contexto de antagonismo entre o direito de liberdade de quem presumido inocente e a necessidade de tutelar a efetividade do processo, impõem-se a presença do princípio Constitucional da Proporcionalidade para estabelecer o equilíbrio e a exata medida da intervenção estatal no direito de liberdade.

Nesse contexto, o Princípio da Proporcionalidade atua como Princípio moderador impondo limites e realizando o sopesamento e valoração entre os princípios em aparente colisão no escopo de definir primeiramente a idoneidade da medida (adequação). Encontrada

a medida adequada dentre aquelas previamente estabelecida pelo legislador, impõe-se verificar a necessidade (exigibilidade). Nesse segundo estágio, realiza-se o juízo de comparação entre as várias medidas igualmente idôneas se existentes. Subsistindo a dúvida, ingressa-se no terceiro estágio, qual seja, a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Realiza-se, nesse momento, verdadeiro juízo de valor no afã de descortinar a medida menos intensa e mais eficiente com vista a tutela da efetividade do processo.

Desde que o Juízo ponderativo e valorativo, inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, conclua que a medida mais eficiente e menos onerosa nas circunstâncias para realizar o fim processualmente almejado seja a prisão preventiva, ingressa-se agora no exame dos seus pressupostos e fundamentos.

Para que seja válida e constitucionalmente compatível com a regra de tratamento da presunção de inocência, a prisão cautelar deve ter por escopo a tutela dos meios – coleta de prova – ou mesmo dos fins (aplicação da Lei) do Processo Penal. Daí porque costuma-se afirmar que a medida cautelar é meio(instrumental) ou é final, quando tutela os fins processualmente legítimos. A meu juízo não se compatibiliza com a prisão de índole cautelar a segregação que tenha por escopo evitar a reiteração criminosa, quando decretada em razão da gravidade do crime ou mesmo da afirmada periculosidade do agente, vez que sob essas pautas apresenta-se como resposta ao fato ou ao agente, mas não cumpre tecnicamente missão de índole cautelar, violando assim a presunção de inocência.

Nesse sentido, só será admitida a prisão no curso do processo desde que revestida de função essencialmente instrumental e cautelar. Para tanto, imprescindível o concurso dos seus pressupostos consistentes na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria(*fumus boni iuris*) e o *periculum libertatis* (garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução e para o fim de assegurar a aplicação da lei penal).

A prisão cautelar somente se afigura constitucionalmente legítima na ótica da proporcionalidade quando decretada com a marca da excepcionalidade. Havendo outra medida idônea para afastar ou remover a situação de perigo, não há conformação constitucional com a proporcionalidade e, em consequência, a prisão cautelar viola a presunção de inocência.

Nesse sentido, alerta Maurício Zanoide de Moraes que:

(...) Nesse sentido, qualquer medida coativa deve ser determinada apenas em situações excepcionais e para as quais a proporcionalidade deve vir justificada em cada um de seus elementos integrantes(adequação, necessidade e ponderação – proporcionalidade em sentido estrito). Deve guardar tendência transitória e ter verificada periodicamente a conveniência de sua manutenção. Ainda dentro de uma

abordagem ampla, somente poderá ser determinada se houver previsão legal e for devidamente justificada em decisão judicial (2010, p. 504).

A compatibilidade ente a medida cautelar e presunção de inocência, sob o viés da proporcionalidade, pode ser aferida inclusive no plano da prognose. Verificando o magistrado que em caso de condenação o acusado não estará sujeito ao cumprimento da pena em regime fechado, não há razão de ser, como regra, na aplicação da medida cautelar privativa da liberdade, vez que desproporcional e excessiva e, em consequência, violadora da presunção de inocência enquanto norma de tratamento.

Nesse sentido, estima-se que a prisão provisória somente se conforma com o princípio da proporcionalidade e a regra de tratamento da Presunção de Inocência quando e enquanto revestida de função estritamente cautelar e se vislumbra que em caso de condenação será aplicada pena privativa de liberdade no mínimo em regime semiaberto ou fechado, sob pena de carecer de homogeneidade entre a tutela cautelar e a providência final e, em consequência, tida de inconstitucional em razão do excesso de restrição imposta ao direito fundamental de liberdade.

4.3 Presunção de Inocência e recurso sem efeito suspensivo – execução provisória - inconstitucionalidade

Questão muito suscitada em sede doutrinária gira em torno da compatibilidade dos recursos especiais e extraordinários que são despidos de efeitos suspensivos com a regra de tratamento da presunção de inocência. Com efeito, a circunstância dos recursos de índole extraordinárias não ser detentores de efeito suspensivo parece-me que não autoriza por si só a execução provisória da pena. A questão não é nova. Suscita enorme discussão e gira entorno da demarcação dos limites temporais da presunção de inocência.

Importante fixar desde logo que a Constituição brasileira delimitou o espaço temporal de vigência da presunção de inocência condicionando ao trânsito em julgado da sentença condenatória.²⁴ Seguindo esse norte, não é lícito interpretar o texto aquém do seu desejado alcance, sob pena de subverter a confessada intenção do constituinte originário.

Não obstante tenha o texto constitucional suscitado discussão se efetivamente adotara a presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, conforme já examinado, todavia,

²⁴ “Art. 5º LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”(grifo nosso).

em relação ao seu limite temporal foi claro e preciso: o limite é o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse ponto, aliás, a Constituição brasileira avançou mais que os diplomas internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro, vez que fixou como limite temporal da presunção de inocência o trânsito em julgado da sentença condenatória. Demarcado esses contornos não há como limitar o alcance do princípio até a sentença penal condenatória ou mesmo até o julgamento em segundo grau de jurisdição. Afasta-se, por essa razão, a possibilidade de execução provisória no âmbito do processo penal brasileiro, desde que atentatória a condição jurídica de inocente enquanto não sobrevier o trânsito em julgado.

Embora reste evidente essa posição do constituinte brasileiro, foi preciso o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixar esse compromisso, em 05.02.2009, através do HC 84.078/MG, cuja relatoria do Ministro Eros Grau, oportunidade em que definido que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, a presunção de inocência. A prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada a título de cautela. Afasta-se, por atentatória ao dever de tratamento e, em consequência, inconstitucionalidade a possibilidade de execução provisória.

Todavia, anos depois, por ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP, em 17 de fevereiro de 2016, na relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Pleno do Supremo Tribunal Federal alterou esse entendimento por maioria de votos, passando a admitir a execução provisória da sentença após confirmação em segundo grau de Jurisdição, vez que a decisão de segundo grau encerra o exame dos fatos e apreciação de prova que define a culpa, de sorte a possibilitar a execução provisória da pena. Nessa ótica, o Acórdão condenatório pode ser executado provisoriamente.

Esse entendimento não parecia acertado, sobretudo por desconsiderar o estado jurídico de inocente, inerente ao dever de tratamento até o trânsito em julgado. A admissão da execução provisória da condenação inevitavelmente afronta a presunção de inocência nos termos em que demarcada pelo constituinte originário.

Ainda que pretendesse reacender a discussão acerca da nomenclatura e extensão do princípio, “Presunção de inocência” ou “Presunção de não culpabilidade”, nos termos retratados na **CADH** (Art. 8.2 - “enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa”) ou ainda, no **PIDCP** (Art. 14.2 - “até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”) estimando-se que na sentença ou acórdão condenatório já estaria demonstrada a culpa, mesmo que impugnado através do recurso adequado, não me parece tenha esse entendimento o

condão de subtrair o sentido e alcance da norma extraída do inciso LVII, do art. 5º da Constituição da República.

Registre-se, por pertinente, que algumas constituições nem mesmo faz referência a essa delimitação temporal, são os casos da Constituição Francesa (1958) e Espanhola de 1978 (Art.24.2) que proclamam a presunção de inocência sem delimitação temporal de sua vigência. A Constituição brasileira de 1988 tem por inspiração, nesse ponto, todavia, as Constituições Portuguesa de 1974 (“Art. 32.2 – Todo arguido **se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação**, devendo ser julgado no curto prazo compatível com as garantias de defesa”) e Italiana de 1948 (“Art. 27.2 - l'imputato non é considerato colpevole **sino alla condanna definitiva**”), vez que maximizou a vigência da presunção de inocência como forma de respeitar, proteger e promover a dignidade humana enquanto fundamento do Estado Democrático brasileiro.

Partindo-se desse premissa, observa-se que não há espaço para sustentação da execução provisória da sentença ou acórdão condenatório sem violação do dever de tratamento inserido na presunção de inocência. Essa a razão pela qual sustenta-se o desacerto levado a efeito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da HC nº 126.292/SP em 17 de fevereiro 2016.

Em boa hora, aliás, voltando a reexaminar a matéria, desta feita através das ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de 07/11/2019, cujo Relator o Ministro Marco Aurélio, em sede de controle concentrado, declarou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para início da execução da pena, vedando a execução provisória.

Registre-se, outrossim, que a antiga redação do art. 283 do Código de Processo Penal, não obstante tenha sofrido modificação ainda que não substancial, através da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, após o julgamento das ADC's 43/DF, 44/DF e 54/DF, observa-se, todavia, que a redação atualizada não alterou o sentido e significado do texto anterior, ao contrário, evidenciou inclusive o limite temporal do trânsito em julgado como condição para o início do cumprimento da pena.

De tudo quanto afirmado, estima-se que em razão do dever de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado, é inconstitucional a execução provisória da pena. A privação da liberdade antecipada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tanto na hipótese de acusado preso como quando responde ao processo em liberdade, não pode ser

automática, somente sendo legítima em face da Constituição da República quando verificados os requisitos cautelares (SANGUINÉ, 2014).

Nesse sentido, a interposição de recurso despido de efeito suspensivo, por si só, não impõe a execução antecipada da pena e conseqüente recolhimento automático, desde que enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória o encarceramento só se justifica constitucionalmente quando revestido de função eminentemente cautelar.

5 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

5.1 Origem e escopo das medidas cautelares alternativas a prisão

Desde que entrou em vigor, em 1º de janeiro de 1942, o Código de Processo Penal brasileiro sofreu inúmeras alterações no que tange às medidas cautelares, especialmente, tocante a liberdade provisória com ou sem fiança. Todavia, não conseguiu superar o sistema dualista ou bipolar calcado na prisão cautelar e na liberdade provisória.

A partir da aprovação do Projeto de Lei 4.208/2001, que deu origem a Lei 12.403/2011, esse cenário começa experimentar profundas e significativas modificações, tendo em vista a criação de um modelo plúrimo com um amplo rol de medidas cautelares alternativas à prisão(art.319 e 320 do CPP) (SANGUINÉ, 2014).

Mencionado projeto de lei teve origem nos trabalhos da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal instituída pelo Ministério da Justiça, no ano 2000, cuja Presidência dos trabalhos da Professora Ada Pellegrini Grinover, tendo sido apresentado vários anteprojetos de lei propondo reformas pontuais do Código de Processo Penal, dentre os quais restou incluso o Anteprojeto tocante a “Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade”. Naquela comissão, o Anteprojeto das medidas cautelares teve por relatores os Professores Antônio Scarance Fernandes e Luís Flávio Gomes.

Realizadas inúmeras reuniões com o propósito de discutir e aprimorar os trabalhos, no dia 10 de outubro do ano 2000, em São Paulo, ao ensejo dos trabalhos da 11ª Reunião da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, foi aprovado o texto final do Anteprojeto sobre as medidas cautelares. Em seguida, o texto juntamente com outros anteprojetos foram encaminhados ao então Ministro da Justiça José Gregori e, posteriormente, pela Presidência da República à Câmara dos Deputados, originando o Projeto de Lei nº 4.208/2001.

Experimentada, aproximadamente, uma década de tramitação, com intenso trabalho nas duas casas do Parlamento Nacional, com apresentação de emendas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, onde recebeu o número 111/2008, tendo como relator na comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, o então Senador Demóstenes Torres, ainda que sem alterarem significativamente o projeto original, finalmente foi aprovada a Lei 12.403, de 04 de junho de 2011, modificando diversos artigos do Código de Processo Penal que tratam acerca da prisão cautelar e da liberdade provisória, inaugurando um novo sistema de

medidas cautelares pessoais no Processo Penal brasileiro, com ênfase para as medidas cautelares diversas da prisão.

Sem esforço percebe-se que a Lei 12.403/2011, mais que simples modificação legislativa, instituindo um leque de medidas cautelares alternativas, fundou verdadeiramente um sistema cautelar onde a prisão apresenta-se como o último recurso dentre aqueles adequadamente possíveis para neutralizar situação de perigo contemporâneo para efetividade do processo.

Nessa nova configuração sistêmica, busca-se afastar a prisão provisória como instrumento central no enfrentamento circunstancial do perigo para efetividade do processo, oferecendo, por outro lado, um leque de medidas alternativas igualmente capazes de arrostar o perigo, porém com menor intensidade aflitiva ao direito fundamental de liberdade, desde que entre a prisão e a completa liberdade há uma plêiade de medidas alternativas.

É fácil identificar, com apoio na doutrina de Gustavo Henrique Badaró, Aury Lopes Júnior, Marcellus Polastri, Marco Antônio Marques da Silva, Antônio Scarance Fernandes, Odone Sanguiné, Andrey Borges de Mendonça, Pierpaolo Bottini, Guilherme Nucci, Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado e Walter Nunes da Silva Júnior, dentre outros, que as principais fontes de inspiração da política criminal da nova sistemática das medidas cautelares no sistema processual brasileiro foram os ordenamentos jurídicos português e o italiano, sem deslembrar, evidentemente, que a política criminal internacional foi fomentada, inicialmente, nas Regras Mínimas das Nações Unidas – regras de Tóquio – para elaboração de medidas não privativas de liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução nº 45/110 de 14 de dezembro de 1990 (SANGUINÉ, 2014).

No âmbito regional, outrossim, o sistema agora inaugurado certamente recebeu influência das medidas alternativas à prisão, previstas no art. 209 do Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América, conforme restam ali dispostas: (1) detenção domiciliar, no seu próprio domicílio ou em custódia de outra pessoa, sem vigilância alguma ou com aquela de que o tribunal disponha; (2) obrigação de se submeter ao cuidado ou vigilância de uma pessoa ou instituição determinada, que prestará informações perante o tribunal ou autoridade que o fiscalize; (3) obrigação de apresentar-se periodicamente perante o tribunal ou autoridade que o fiscalize; (4) proibição de sair sem autorização do país, da localidade na qual reside ou do âmbito territorial que o tribunal fixe; (5) proibição de tomar parte em determinadas reuniões ou de visitar certos lugares; (6) proibição de comunicar-se com determinadas pessoas, desde que não fique prejudicado o direito de defesa; (7) prestação de uma caução econômica adequada, pelo próprio imputado ou por outra pessoa, mediante

depósito em dinheiro, valores, constituição de penhor ou hipoteca, sequestro ou entrega de bens, ou a fiança de uma ou mais pessoas idôneas (BADARÓ, 2011).

Conforme anteriormente mencionado, a reestruturação do sistema de medidas cautelares instituída pela Lei 12.403/2011, teve como escopo sem dúvida a superação do antigo sistema bipolar e consequente criação de um conjunto de medidas cautelares pessoais alternativas que se situam entre prisão preventiva e a liberdade provisória. Nesse sentido, contempla-se: comparecimento periódico em juízo (art. 319, *caput*, I), proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, *caput*, II), proibição de manter contato com pessoa determinada (art. 319, *caput*, III), proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, *caput*, V), recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, *caput*, V), suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (art. 319, *caput*, VI), internação provisória do acusado imputável ou semi-imputável (art. 319, *caput*, VII), fiança (art. 319, *caput*, VIII), monitoração eletrônica (art. 319, *caput*, IX) e proibição de ausentar-se do País (art. 320) (BADARÓ, 2011).

A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 que entrou em vigência em 4 de julho de 2011 (sessenta dias após a sua publicação), é resultado da lenta tramitação que foi empregada ao Projeto de Lei 4.208, de 2001, visando a dar alteração no trato da prisão cautelar (prisão preventiva e prisão temporária) e da liberdade provisória.

A legislação processual penal brasileira não contempla um genuíno processo penal cautelar, como procedimento judicial anterior ao processo principal, cuidando da fase de investigação como matéria administrativa, de forma a validar a legitimação da autoridade policial para apresentar pleitos – representar - dessa natureza ao juiz, não obstante imprescindível que se ouça o titular da ação penal acerca da representação da autoridade policial.

Os requisitos para aplicação das medidas cautelares alternativas, tais quais aqueles pertinentes a prisão preventiva, residem no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis* (art. 312 do CPP). Associam-se, outrossim, com os requisitos na necessidade e adequação (artigo 282, I e II, do CPP), que estão intimamente ligados ao princípio da proporcionalidade.

No exame para aplicação e individualização das medidas cautelares alternativas, há ainda que ser analisado o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, através de criteriosa avaliação comparativa, valorativa e material, onde se faz uma verificação da relação custo-benefício da medida, isso é da ponderação ou balanceamento entre o sacrifício ao direito fundamental de liberdade sob restrição e os resultados a serem obtidos. Pondera-se

com as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim, sem deslembrar que meio e fim são constitucionalmente legítimos.

Por essa razão é razoável que, como regra, nas infrações de menor potencial ofensivo, que são regidas pela Lei 9.099, de 1995, não se imponha prisão preventiva ou outra medida cautelar. Aqui o caminho é o procedimento de conciliação com proposta de transação penal e ainda a possibilidade de suspensão condicional do processo(artigo 89 da Lei 9.099/95).

De toda maneira, será possível a aplicação das cautelares diversas, ressalvada a hipótese de proibição expressa constante do artigo 283, § 1º, do Código de Processo Penal, vez que não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulada ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

As medidas cautelares podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulada(artigo 282, § 1º, CPP). Nesse particular, reside a característica da cumulatividade. Essa nota, aliás, ao que parece, confere com a excepcionalidade da prisão, de vez que ainda que uma única medida alternativa não seja bastante para acautelar a efetividade do processo, mesmo assim, é preferível o reforço e cumulação, antes de lançar mão da medida extrema consistente na privação da liberdade.

As medidas cautelares alternativas ostentam ainda a característica da preferibilidade, no sentido de que merecem a primazia em relação da prisão preventiva, desde que por força do princípio da proporcionalidade deve ser eleito o meio menos oneroso para o atingimento do fim visado. Assim é que havendo necessidade da imposição de uma medida cautelar, deve ser eleita aquela que, nas mesmas circunstâncias, ofereça a menor restrição possível ao direito fundamental de liberdade para alcançar o fim de assegurar a efetividade do processo.

As medidas cautelares alternativa possuem, outrossim, a característica da variabilidade (art. 282§ 5º do Código de Processo Penal), vez que variam conforme o estado de fato. Mudanças nas circunstâncias fáticas, tal qual o desaparecimento dos seus pressupostos e fundamentos, autorizam a revisão de sua adoção. Aliás, desde que as medidas cautelares podem ser aplicadas cumulativamente, conforme variação das circunstâncias, é possível sua revisão no sentido de atenuar, reforçar, substituir e revogar quando não mais se afigure necessária (BADARÓ, 2011).

Para fins de decretação da medida cautelar alternativa à prisão, consoante permissão estampada no § 2º do art. 282 do Código de Processo Penal, cuja redação atualizada pela Lei nº 13.964/2019, impõe-se o seguinte: a)serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes; b) o juiz pode decretá-la, no curso da investigação criminal, por representação da autoridade

policial ou mediante requerimento do Ministério Público, em obediência ao sistema acusatório, que prima pelo respeito à imparcialidade do juiz.

Não se deferiu ao assistente o manejo de medidas cautelares na fase investigatória, vez que sua admissibilidade pressupõe o recebimento da denúncia, conforme desenho estampado no art. 268 do Código de Processo Penal. De igual forma, não se admite o querelante requerer medidas cautelares no curso da investigação criminal, é que, mesmo sendo parte na ação penal privada, a queixa-crime somente é exercida em juízo, de sorte que não cabe falar, na fase preliminar, em legitimidade do querelante para requerimento de medida cautelares diversas.

Para Guilherme de Souza Nucci, a vítima pode requerer, também, medidas cautelares, diversas da prisão, na fase de investigação, embora o artigo 282, § 2º, do CPP silencie a respeito. Isso porque pode, na fase investigatória, pleitear prisão preventiva. Para tanto, utiliza-se da interpretação lógico-sistemática e do argumento de quem pode o mais(requerer prisão preventiva) pode o menos(pleitear medidas cautelares) (NUCCI, 2013).

Ora, a vítima, na fase de investigação, não tem legitimidade para agir, isso porque não há ação penal ajuizada, sendo certo que a vítima somente pode se habilitar no processo na condição de assistente para coadjuvar o titular da ação penal após o recebimento da denúncia.

Em razão da eleição constitucional do sistema acusatório, expressamente positivado agora no art. 3-A, do Código de Processo Penal, através da Lei nº 13.964/2019, o magistrado não pode assumir o protagonismo de decretar medidas cautelares, seja fase preliminar ou mesmo no curso do processo sem provocação de quem legitimamente autorizado. Essa vedação, aliás, tem como escopo afastar a atuação de ofício e assegurar a imparcialidade objetiva e subjetiva do magistrado.²⁵

Registre-se, por oportuno, que o Código de Processo Penal atribuiu à polícia judiciária a capacidade de representação junto ao juiz para fins de imposição de determinadas medidas cautelares, no curso da fase de investigatória, conforme permissibilidade dos artigos 282, § 2º, e artigo 311 do Código de Processo Penal.

Como forma de prestigiar o contraditório e ampla defesa, orienta o artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 13.964/2019, que o juiz, ao receber o pedido de decretação da medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária para se manifestar em cinco dias, ressalvada os casos urgência ou perigo de ineficácia da medida.

²⁵ Art. 3-A.” O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Havendo, portanto, risco para efetividade da medida cautelar alvitrada, adota-se o contraditório diferido ou postergado.

De toda sorte, evidencia-se da leitura do § 6º, do art. 282, do Código de Processo Penal, a excepcionalidade da prisão preventiva, primando-se pelo respeito à intervenção mínima, passando a prisão preventiva a ter a conotação de subsidiariedade (artigo 282, § 4º e 6º, do CPP). Com isso acentua-se que a prisão preventiva somente deve ser decretada se nenhuma outra medida cautelar for adequada ou quando o investigado ou acusado descumprir as obrigações impostas através de medida cautelar diversa (artigo 282, § 4º e 6º, do Código de Processo Penal).

Em resumo, reconduzida a prisão preventiva à sua condição de excepcionalidade, as medidas constantes dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.403/2011, têm como escopo a tutela da efetividade do processo sem impor restrição mais intensa ao direito fundamental de liberdade. Assim sendo, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, havendo necessidade de adoção de medida cautelar, deve-se eleger aquela mais adequada para assegurar e conservar o resultado útil do provimento final e que imponha menor sacrifício possível ao direito de liberdade no afã de alcançar suas metas de índole processual.

5.2 Das medidas cautelares diversas da prisão tipificadas na lei 12.403/2011

No escopo de oferecer ao magistrado um conjunto de medidas alternativas à prisão de índole cautelar, os arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal, no Título IX, Capítulo V, apresentam um elenco de possibilidades que podem ser manejadas seguindo uma discreta ordem de intensidade em relação ao grau de cautelaridade que se exige em concreto, cuja redação vem vazada no seguinte teor:

Art.319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar risco de novas infrações;
- III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização pra prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado 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;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro)horas.

Descortinado o rol de medidas alternativas à privação cautelar da liberdade, impende realizar detido exame de cada uma dessas espécies no afã de aclarar suas hipóteses de admissibilidades e peculiaridades à luz da orientação traçada no art. 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal com redação atualizada pela Lei nº 12.403/2011.

5.2.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades

Ainda que não se pretenda enxergar certa graduação entre as medidas cautelares dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal, certo é que esta medida se afigura como a menos intensa no rol das medidas cautelares predispostas a assegurar a efetividade das investigações ou do processo. Seu escopo é vincular o réu ao juízo, especialmente quando há algum risco de que possa vir a fugir ou ausentar-se por longo período de tempo, sem conhecimento do seu paradeiro, com prejuízo para a aplicação da Lei Penal (MENDONÇA, 2011).

Acentuado o seu viés cautelar, percebe-se, todavia, no exame dessa medida, rigorosamente falando, que não há novidade em sua conformação no sistema jurídico.

Conforme escólio de Odone Sanguiné (2014), verifica-se que esta medida cautelar encontra correspondência em similar prevista como condição de diversos benefícios, tais como o regime aberto(ar. 115, inc.II, da LEP), o livramento condicional(art.132,§ 1º, da LEP), a suspensão condicional da pena(sursis – art. 78, § 2º, alínea “c” do Código Penal), a suspensão condicional do processo(art. 89,§ 1º, da lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais) – Especialmente, na Lei dos Juizados Especiais contempla-se previsão análoga ao tratar do instituto da suspensão condicional do processo, certamente sua origem conecta-se com aquele dever de comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas

atividades. Aliás, esse dever de comparecimento periódico em juízo é medida também consagrada nos sistemas português (art. 198) e italiano (art. 282), com a diferença de que, em ambos, é possibilitada a apresentação à polícia judiciária.

Por outro lado, o legislador reformista deixou de mencionar a periodicidade desse dever de comparecimento. Assim sendo, caberá ao magistrado, em obséquio ao princípio da proporcionalidade, calcado na adequação e necessidade, fixar a periodicidade do dever de comparecimento, que poderá ser diário, em situação mais extrema e que as circunstâncias assim o exija, semanal, quinzenal, mensal, etc., tudo de conformidade com o caso concreto (LOPES JÚNIOR, 2011).

De qualquer sorte, verifica-se, na doutrina, que o comparecimento deve ser pessoalmente, nunca através de procurador, familiares ou mesmo advogado, desde que a medida é de índole cautelar e pessoal, tendo por desiderato manter o acusado ou investigado vinculado ao juízo e, conseqüentemente, a efetividade do processo, desde que seu comparecimento periódico facilitará os atos de comunicação do procedimento. Por essa razão, pode ser decretada tanto como cautela instrumental, no afã de assegurar a escorreita coleta de provas, também como cautela final, tendo por espoco assegurar a aplicação da Lei Penal (BADARÓ, 2011). Nesse sentido, é de bom alvitre que o magistrado ao definir essa periodicidade tome em consideração a jornada de trabalho, estudo, afazeres e peculiaridades da vida cotidiana do beneficiário, exatamente para assegurar que a cautela será rigorosamente cumprida na forma entabulada.

Na hipótese do investigado ou acusado residir em outra comarca é possível o cumprimento através de carta precatória. Nesse caso, deve ficar ao prudente exame do magistrado a análise da necessidade e adequação da expedição de carta precatória ou mesmo fixar a medida para ser cumprida no lugar onde tramita o processo. Para tanto, deve levar em consideração as circunstâncias pessoais do acusado, inclusive sua condição sócio-econômica, a fim de evitar a frustração do cumprimento da medida cautelar. Por outro lado, desde que o imputado tenha favorável situação econômico-financeira, pode e deve o magistrado evitar a expedição de carta, exigindo-se que periodicamente se desloque até a sede do fórum ou seção judiciária no afã de cumprir com seus encargos.

Importante pontuar, ainda, que essa obrigação de comparecimento periódico em juízo não se confunde com o compromisso de comparecer a todos os atos e termos do procedimento, cuja previsão estampada no art. 310, § 1º, do Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 13.964/2019, para as hipóteses em que o autuado agiu acobertado por uma excludente de ilicitude. É que este compromisso inerente a liberdade provisória funciona

como uma medida de contra cautela, substitutiva da prisão em flagrante, quando da definição da liberdade provisória sem fiança e com vínculo. Por sinal, essa medida não pode ser cumulada com qualquer outra prevista no art. 319 do Código de Processo Penal. Faltaria, na espécie, os requisitos insertos no art. 282, I e II, do Código de Processo Penal - Diversa, portanto, do comparecimento periódico em juízo, naquela o autuado, ao obter sua liberdade provisória, assume o encargo de comparecer aos atos do procedimento para os quais devidamente intimado(§ 1º do art. 310 do Código de Processo Penal).

Interessante observar que o descumprimento da obrigação de comparecimento aos atos do procedimento, não autoriza a revogação da liberdade provisória e consequente decretação da prisão preventiva, exatamente porque o art. 314, do Código de Processo Penal veda, peremptoriamente, a decretação de prisão cautelar quando o agente encontra-se albergado por uma excludente de ilicitude, vez que restaria faltantes exatamente os pressupostos e fundamentos da tutela cautelar em geral(art. 311 e 312 do CPP).

De outra parte, a obrigação de comparecimento periódico em juízo, prevista no Inciso I, do art. 319 do Código de Processo Penal, desde que presentes os pressupostos e fundamentos (inciso I, do art.282 do CPP) é medida autônoma que pode inclusive ser cumulada com outras tantas, prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, cujo descumprimento poderá ensejar o reforço, a substituição e, inclusive, a decretação da prisão preventiva, na forma do § 4º, do art.282 c/c art.312 do Código de Processo Penal, com redação atualizada pela Lei nº 13.964/2019.

5.2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar riscos de novas infrações

Tal qual a medida cautelar prevista no inciso I, do art. 319 do Código de Processo Penal, consistente no comparecimento periódico em juízo, esta medida também encontra correspondência em similares condições já previstas em outros institutos: (a) suspensão condicional do processo(art. 89 § 1º, Inc.II, da Lei nº 9.099/95);(b)livramento condicional(art.132,§ 2º, alínea “c” da LEP); (C)suspensão condicional da pena (sursis – art.78 § 2º, alínea “a” do Código Penal); (d) art.22, inc.III, alínea “c” da Lei nº 11.340/2006(Lei sobre violência doméstica e familiar) e também como pena alternativa (art. 74, inc.IV, do Código Penal) (SANGUINÉ, 2014).

A proibição de acesso se traduz no impedimento de que o indivíduo que sofre a constrição adentre em determinado lugar ainda que uma única vez que seja. Corresponde à vedação mais drástica constante do inciso, vez que uma única ação de adentrar no lugar proibido enseja a transgressão da medida. Por sua vez, a proibição de frequência corresponde ao óbice da repetição sistemática e habitual da presença em determinados lugares. Veja que o dispositivo fala em proibição de acesso e proibição de frequência. Na proibição de acesso, a vedação é de adentrar em determinado lugar uma única vez. Na proibição de frequência, veda-se a repetição de acessos, ou seja, a contumaz visita a determinado lugar (MENDONÇA, 2011).

Interessante observar que cabe ao magistrado a prudente análise e graduação da medida necessária e adequada de acordo com as circunstâncias relacionadas ao fato, intensidade do risco de cometimento de novas infrações, determinar a proibição de frequência ou, caso a necessidade cautelar seja ainda mais intensa, determinar a proibição de acesso a determinado lugar (BADARÓ, 2011). Pode ser fixada a proibição em relação a locais públicos, tal qual (praças, parques, praias, etc.) Como em relação a locais privados abertos ao público(bares, casa de jogos, prostíbulos, restaurantes, boates, estádios de futebol, etc.) Ou, ainda, em relação a local privado(residência de determinada pessoa, vítima, testemunha, co-réu) sendo, todavia, imprescindível um nexo de causalidade entre o lugar que se proíbe o acesso ou frequência e a prática do delito. É possível inclusive a ampliação do lugar, obsequiando-se as exigências de proporcionalidade, adequação e necessidade, de tal sorte que a vedação pode contemplar, por exemplo, um bairro, uma região da cidade, ou mesmo o entorno de uma escola, desde que especificado e delimitado o lugar como praças, bares, ginásios esportivos, relacionados com a prática do delito (BADARÓ, 2011; MENDONÇA, 2011).

Vislumbra-se possível a aplicabilidade dessa medida fora das hipóteses contempladas na Lei Maria da Penha, desde que existente relação de coabitação entre acusado e vítima no escopo de evitar a reiteração de crime. Assim é possível ao magistrado fixar, mesmo fora das hipóteses previstas na Lei Maria da Penha, o afastamento do Lar, do domicílio ou do lugar de convivência com a vítima, com permissão no art. 319,II, do Código de Processo Penal.²⁶

²⁶ Andrey Borges Mendonça (2011) afirma que " segundo nos parece, esta incluído na referida medida, implicitamente, a possibilidade de afastamento do lar,já prevista na Lei 9.099/1995(art.69, § único)e também na Lei Maria da Penha(art.22, inc.II, da Lei nº 11.340/2006). A proibição de acesso ou frequência pode ser em relação à residência do próprio acusado, quando a vítima lá residir, em relação de coabitação. Mesmo, portanto, que não se trate de situações abrangidas pela Lei Maria da Penha é possível que o magistrado imponha o afastamento do lar, do domicílio ou do lugar de convivência com a vítima, com fundamento no art. 319, inc.II" (p. 434).

Ao examinar seus escopos, qual seja, evitar o risco de novas infrações, observa-se que a medida se afasta sobremaneira da feição instrumental que se exige para as medidas de índole cautelar.

Nesse sentido, expõe, em sua origem, indisfarçável defeito genético em razão de sua duvidosa cautelaridade e, conseqüentemente, constitucionalidade, desde que não se vislumbra qualquer finalidade cautelar, instrumental, conservativa ou assecuratória, sendo certo que mais se aproxima de uma medida de segurança ou antecipatória da punição, tal qual aquelas que se viabilizam através da prisão preventiva para garantia da ordem pública no afã de evitar a reiteração criminosa, assumindo assim nítidos contornos de prevenção especial (LOPES JÚNIOR, 2011).²⁷

Por outro lado, há quem sustente que essa medida assume o caráter de cautelaridade por via oblíqua ou mediata, revelando feição de cautela instrumental ou probatória, quando aplicada para preservar e assegurar a coleta de prova oral, tal qual testemunhas ou vítimas, evitando ameaças, agressões, tentativa de subornos ou outras situações comprometedoras da busca da verdade (BADARÓ, 2011).

5.2.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante

Certamente essa medida teve origem e recebeu inspiração na medida protetiva análoga contemplada no art. 22, inc. III, alínea “a” e “b” da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que obriga o agressor nos casos de violência doméstica e familiar a se manter afastado da vítima, de seus familiares e testemunhas, estabelecendo o juiz ou tribunal um limite mínimo de distância entre estes e o agressor (SANGUINÉ, 2014).

Diversamente da medida anteriormente analisada, essa medida cautelar de proibição de contato com pessoa determinada não oferece dúvida quanto à sua natureza cautelar. É que seu escopo evidencia-se na proteção da coleta de prova oral, desde que fixada para assegurar a esmerada coleta de provas, daí porque reveste-se de cautela instrumental e probatória, protegendo-se, assim, pessoas determinadas tais quais vítimas, testemunhas e até mesmo có-

²⁷ Rogério Schiatti Machado Cruz (2011, p. 145) afirma: “ por não ter uma clara finalidade de proteger o processo ou a jurisdição penal, e muito menos de assegurar a presença do réu no processo, essa providência se assemelha a uma medida de defesa do próprio acusado e da sociedade, assumindo, com menor onerosidade, mas com similar preocupação, função homóloga à desempenhada pela prisão preventiva para garantia da ordem pública e econômica”.

réus que poderiam ser ameaçadas, agredidas, subornadas ou sujeitas a toda sorte de influências negativas e comprometedoras da busca da verdade.

Para tanto, deverá o magistrado com prudência e seguindo os parâmetros de proporcionalidade, ao estabelecer a proibição de contato, fixar certa limitação especial, demarcando a distância mínima de aproximação entre aquele que se pretende impor a proibição e a pessoa cuja proteção cautelar se exige.

Importante deixar claro que o legislador não estabeleceu a forma do contato proibido. Sabe-se que hoje há inúmeras formas de comunicação, sobretudo com o auxílio das ferramentas tecnológicas. Assim é que a proibição deve alcançar qualquer forma de comunicação, albergando desde o contato pessoal tanto quanto o contato virtual, à distância e visual, que se otimiza através ligações telefônicas, MSN, Skype, Voip, e-mail, redes sociais, etc (BADARÓ, 2011; MENDONÇA, 2011).

De outra parte, é preciso pontuar que o contato que se pretende proibir em nível de cautela é o contato ou procura voluntária. Não se descumpra a medida desde que o contato ou encontro seja involuntário, casual ou fortuito. Daí a razão para fixação de uma delimitação especial, determinando-se, como expediente de cautela, certo reforço na proteção ao estabelecer uma distância mínima, pois, nesse caso, mesmo ocorrendo o encontro não voluntário, aquele contra quem milita a proibição sabe que terá de guardar a distância mínima fixada, sob pena de descumprimento da medida cautelar (MENDONÇA, 2011).²⁸

5.2.4 Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

Cuida-se de mais uma medida cautelar alternativa similar à restrição prevista como condição da suspensão condicional da pena (suris – art.78, § 2º, alínea “b” do Código Penal), livramento condicional (art. 132, §§ 1º e 2º, da LEP), regime aberto (art.115, inc. III, da LEP), para concessão da suspensão condicional do processo (art.89, § 1º, inc. III, da Lei nº 9.099/1995) (SANGUINÉ, 2014).

Observa-se que a razão de ser da presente medida cautelar e possibilidade de sua aplicação encontram-se conectadas a necessidade de permanência para o fim específico de salvaguardar a investigação ou instrução. É por assim dizer medida cautelar instrumental e

²⁸ “O estabelecimento de uma distância mínima, em metros, permitirá dar maior segurança à vítima, pois, mesmo que o encontro seja casual, o agente estará limitado a não se aproximar além de determinada distância” (MENDONÇA, 2011, p. 435).

probatória, porquanto vinculada a necessidade ou conveniência para investigação ou instrução²⁹.

Não há dúvida que a proibição de ausentar-se da comarca tem por escopo viabilizar além da presença física do acusado no distrito da culpa, facilitar os atos de comunicação procedimental, tais quais a citação, intimação, notificações, no afã de evitar prejuízo a coleta de informações, na fase de investigação, ou mesmo ao ensejo da instrução, quando a presença for necessária e até imprescindível à coleta de prova.

Bem verdade que concebida com alcance mais restrito, mas conectado com o fim de assegurar e conservar a atividade probatória, a medida cautelar será de pouca eficácia, desde que o acusado ou investigado poderá licitamente recusar participação em qualquer ato do procedimento para o qual devidamente intimado, mormente quando em evidência as garantias individuais contra a autoincriminação e o direito ao silêncio. Assim sendo, pouco ou quase nenhum sentido há na proibição de ausentar-se da comarca com a finalidade exclusiva de assegurar os atos de comunicação para viabilizar a atividade probatória. Melhor seria que o texto original do projeto nº 4.208/2001 de fato tivesse sido aprovado, porquanto, ao conferir dúplice finalidade a medida ali contemplada, trazia a possibilidade de ser decretada também para evitar o risco de fuga³⁰.

Desde que concebida a medida cautelar com o fim exclusivo de tutela da atividade probatória, só será admitida para resguardar a escoreita coleta de informações, na fase preliminar, ou por conveniência da instrução criminal, na fase judicial, servindo, todavia, essas atividades para delimitar sua decretação e dispensabilidade quando não mais útil ao seu desiderato.

Ainda que não se possa ampliar sua admissibilidade de aplicação, duas observações merecem especial atenção.

A primeira que se coloca diz respeito ao termo “ comarca”, constante expressamente do texto em análise, cuja compreensão não se identifica com município. Por vezes a comarca possui mais de um município. Nesse sentido, caberá ao magistrado com prudência e baseado

²⁹ Badaró (2011, p. 244): ” De outro lado, a previsão pode ser criticada por ter uma finalidade demasiadamente restrita. A medida de proibição de ausentar-se da comarca seria muito mais efetiva se também tivesse a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal. Caso não houvesse um efetivo e iminente perigo de fuga, a simples proibição de ausentar-se da comarca poderia ser adequada enquanto cautela final. Porém, sem haver previsão legal, não é possível concordar com quem defende que seria possível, também, aplicar tal medida para evitar o risco de fuga. Trata-se de posição que somente poderia ser aceita de *lege ferenda*”.

³⁰ Mendonça (2011, p. 436), no particular, ainda que contrariando o princípio da legalidade, no aspecto da taxatividade, bem como o pressuposto formal da proporcionalidade, afirma:” (...) a medida cautelar em análise possui âmbito propício e mais adequado de aplicação especialmente nas situações em que houver perigo de fuga, ou seja, quando houver risco para a aplicação da lei penal. O intuito mais próprio desta medida, portanto, será de evitar especialmente a fuga do réu do distrito da culpa.”

nos parâmetros da proporcionalidade fixar a medida cautelar observando-se as peculiaridades da vida cotidiana, atentando, ainda, para jornada de trabalho, estudo e outros afazeres do investigado ou acusado, mormente nas hipóteses em que o indivíduo reside em um lugar e exerce suas atividades laborativas ou de estudos em outra cidade.

Cabe ainda aclarar que não obstante a redação do inciso IV, do art. 319, do Código de Processo Penal, refira, exclusivamente, ao termo “comarca”, é certo e diferente não poderia ser que essa medida cautelar também encontra ambiente próprio para sua aplicação nos limites legais e constitucionais da competência fixada para a Justiça Federal, onde a divisão territorial é denominada seção ou subseção judiciária³¹.

A outra observação que ainda se impõe diz respeito a uma consequência de ordem lógica, ligada à vedação à saída do país, porquanto, conforme explicitado por Andrey Borges Mendonça (2011, p. 436) “(...) quem sai do país, necessariamente deverá sair da comarca”. Assim é que o disposto no art. 320 do Código de Processo Penal conecta-se a esta medida, vez que não chega a proibir expressamente a saída, mas indica os procedimentos cabíveis, quais sejam, a comunicação às autoridades de fiscalização e entrega do passaporte.

5.2.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

Cuida-se de mais uma medida que encontra semelhança na legislação extravagante(prevista como “pena” no art. 13 da Lei nº 9.605/98 – lei dos crimes ambientais) (SANGUINÉ, 2014) e em alguns institutos já conhecidos no sistema brasileiro, dentre os quais as regras do regime aberto que se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do agente, possibilitando o trabalho externo e o recolhimento noturno e nos dias de folga(art.36 § 1º do Código Penal) e até com a pena restritiva de limitação de fim de semana(art. 48 do Código Penal).

Não se confunde, todavia, com a prisão domiciliar de que tratam os art. 317 e 318 do Código de Processo Penal brasileiro, desde que esta é justificada por questões humanitárias, aplicável a situações em que o sujeito passivo da medida é pessoa idosa, doente, responsável por pessoa carecedora de cuidados especiais, afigurando-se como espécie de prisão preventiva atenuada. Por sua vez, o recolhimento domiciliar avizinha-se mais da liberdade provisória,

³¹ Badaró (2011, p. 245): ” Nesses casos, nada impede que a medida seja delimitada não pela área territorial da seção ou subseção[que pode abranger vários municípios], mas da cidade em que reside o acusado, ainda que não seja esta a sede da seção ou subseção”.

modalidade menos gravosa, vocacionada a manter alguém em regime de liberdade parcial, desde que permite o trabalho durante o dia, impondo o recolhimento noturno e nos dias de folga (CRUZ, 2011).

Tendo em mira que não é orientada por uma finalidade especificada e bem definida na lei, destina-se a cumprir funções típicas de cautela instrumental e final. Assim poderá ser decretado o recolhimento domiciliar noturno para assegurar e preservar a investigação e instrução criminal, bem como para garantir a aplicação da lei penal, segundo a regra geral das cautelares(art.282, caput,I, 1ª parte). Não poderá, por outro lado, ser decretada para evitar a reiteração criminosa, pois tal finalidade extraordinária exigiria expressa previsão legal(art.282, caput, II, parte final) (BADARÓ, 2011).

Não obstante cuide a norma inserta no inciso V do art.319 do recolhimento noturno e nos dias de folga, desde que comprovada residência e trabalho fixo, é certo que não há qualquer óbice ao deferimento da medida a aquele que, ainda que desempregado, ostenta a condição ou qualidade de estudante, quando justificadamente adequada às circunstâncias.

Assim o é, porque há de se reconhecer que tal qual o trabalho, o estudo e aperfeiçoamento funcionam como importante indutor da pretendida ressocialização. Não por outra razão a Lei nº 12.433/2011, orientada pela Jurisprudência consolidada através da Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça, alterou o art.126 da Lei de Execução Penal para possibilitar a remição de parte do tempo de execução da pena pelo estudo (MENDONÇA, 2011).

Importante destacar, outrossim, que o inc. V do art. 319, ao cuidar da medida de recolhimento noturno e nos dias de folga, reservou ao intérprete e magistrado o dever de definir o espaço temporal que se qualifica como noite. Assim entendida, regra geral, como o intervalo de tempo que vai das 18h às 06h do dia seguinte (MENDONÇA, 2011). Evidente que ao fixar essa medida cabe ao magistrado observar as peculiaridades da pessoa que irá se obrigar ao seu cumprimento, de sorte a não prejudicar a jornada normal de trabalho ou de estudo, visto que há pessoas, por exemplo, que tem sua rotina de trabalho iniciada ainda pela madrugada, assim é possível ajustar-se o início e o término do recolhimento para possibilitar o seu cumprimento sem prejuízo ao sustento do réu e sua família, desde que esta medida seja necessária e a mais adequada a hipótese.

Da mesma forma, é possível, ao magistrado autorizar, mesmo que fixado o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, a saída para exercício de direitos, tal qual cultos religiosos, tratamento médico e hospitalar, visitas a parentes enfermos e velório, desde

que a medida cautelar orienta-se pela autodisciplina e senso de responsabilidade do agente (MENDONÇA, 2011; SANGUINÉ, 2014).

Por se tratar de medida que implica restrição da liberdade, ainda que parcialmente, parte da doutrina tem admitido que o tempo do recolhimento domiciliar noturno deverá ser considerado para o efeito de aplicação da detração penal(art.42 do Código Penal) (BADARÓ, 2011; LIMA, 2015).

5.2.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais

Ainda que atualmente inspirada no art. 293, nº 4, do Código de Processo Penal italiano e no art.199 do Código de Processo Penal Português, é certo que a legislação especial brasileira já contava com a previsão expressa de medidas similares dotadas ou não de conteúdo cautelar. Assim observa-se: **a)**suspensão cautelar da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção(art. 294 da Lei nº 9.503/97 – CTB); **b)**afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades(art. 56,§ 1º, da Lei nº 11.343/2006)nos crimes relacionados ao tráfico de drogas(art.33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei de drogas), nos crimes de lavagem de dinheiro (art.17-D da Lei nº 9.613/98, com redação conferida pela Lei nº 12.683/2012; **C)**afastamento do Prefeito do exercício do cargo durante a instrução criminal(art. 2º, inc.II, do Decreto-Lei nº 201/67);**d)**afastamento do magistrado denunciado(art.29 da LOMAN – Lei Complementar nº 35/79) (SANGUINÉ, 2011). Bem verdade que com a roupagem e razões que orientaram a legislação reformista, buscou-se emprestar exclusivo conteúdo cautelar a essa medida, desde que a possibilidade de sua decretação resta vinculada ao justo receio de utilização da função pública, atividade econômica ou financeira para a prática de infrações penais.

Nesse sentido, é o escólio de Gustavo Badaró:

Logo sendo o receio da prática de infrações penais requisitos da medida, não é difícil concluir que sua finalidade é evitar a prática de infrações penais, impedindo que algum funcionário público investigado por crime cometido no exercício de sua função ou em razão dela possa continuar a se valer ilegalmente da mesma função para reiteração delitiva (2011, p. 247).

Assim sendo, seguindo o vetor da legalidade – pressuposto formal da proporcionalidade -, descabida é a aplicação dessa medida quando a imputação de crime não

garde conexão com a função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira exercida pelo acusado (CRUZ, 2011).

Não é demais avisar que mesmo em crimes praticados com abuso da função pública, atividade econômica ou financeira, ainda assim, há necessidade de se fazer certo juízo de prognose no afã de projetar eventual pena aplicada. Assim sendo, desde que se vislumbre que em caso de condenação o imputado não terá como pena acessória ou efeito da condenação a suspensão ou perda do cargo, não há razão para lhe impor medida mais drástica sem culpa formada no curso do procedimento, sob pena de afronta aos princípios da presunção de inocência e proporcionalidade no que toca com a proibição de excesso.

Nesse sentido, é lícito recorrer a lição de Gustavo Badaró (2011, p. 50-51):

Na medida cautelar o acusado não deve pagar um preço que ele provavelmente não será chamado a pagar nem mesmo depois da condenação. O acessório(cautelar)deve seguir o principal(condenação), não podendo impor uma interdição mais gravosa que a provável pena. Assim sendo, realmente, não é possível admitir uma medida cautelar de suspensão da função pública num processo que tenha por objeto um crime que, em caso de condenação, não terá como efeito secundário, a possibilidade de suspensão ou perda do cargo. Por exemplo, o crime de ‘emprego irregular de verbas públicas’ é apenado com detenção de 1 a 3 meses, ou multa(art.315). Não tem sentido, neste caso, aplicar ao funcionário público, no curso do processo, a medida de suspensão da função pública, se nem ao final ele corre o risco de perder o cargo.³²

De igual modo, por força da legalidade, que se impõe como pressuposto formal da proporcionalidade, não se vislumbra possível a decretação da medida por motivo outro que não o risco de reiteração criminosa, mesmo que essa justificativa se revele de duvidosa constitucionalidade, desde que mais se aproxima de uma medida antecipatória da punição, cujo conteúdo desvestido de função cautelar³³.

³² Em sentido contrário, Andrey Borges Mendonça (2011, p. 445) afirma que: ” é possível a suspensão da atividade mesmo quando referida medida não for prevista como pena a ser aplicada ao final do processo. É medida cautelar, portanto, que não se confunde com eventual pena a ser imposta ao final do processo. O raciocínio deve ser o mesmo que decorre da comparação entre prisão processual e Prisão-pena. Desde que a medida tenha caráter instrumental, para evitar um dos riscos aos bens jurídicos indicados no art.282, inc.I, não há que confundi-la com a pena a ser aplicada ao final do processo”.

³³ Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2011, p. 129) afirma que “ É medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência, sendo inclusive de discutível constitucionalidade. Não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena”. Na mesma direção, Gustavo Badaró (2011, p. 248) vaticina:” Como já ressaltado, impossível aceitar que a finalidade de ‘evitar a prática de infrações penais’ se compatibilize com os escopos de medidas processuais penais que sejam verdadeiramente cautelares e, como tais, simplesmente assecuratórias ou conservativas”. Em sentido oposto, Andrey Borges Mendonça (2011, p. 441), vaticina ” Dessa forma, nada obstante o art. 319, inc. VI, mencione apenas a utilização da suspensão de função pública ou da atividade econômica para evitar prática de novas infrações, sem dúvida o agente poderá ser suspenso para garantia da investigação ou instrução criminal. Isto está autorizado pela norma principiológica do art.282, inc. I, que já traz, dentre os princípios reitores e os dispositivos fundamentais das medidas cautelares, as finalidades de todas as medidas cautelares pessoais. Ademais, o art.282, inc. II, também autoriza que seja utilizada a medida mais adequada à situação concreta”.

Superado os contornos de sua finalidade cautelar, pertinente observação se impõe quanto a aplicabilidade dessa medida instrumental de forma indistinta e sem qualquer restrição de índole subjetiva, ou seja, se há algum agente público que escape ao seu alcance. Ao que parece, a suspensão da atividade pública vocaciona-se a enlaçar, como regra, qualquer agente público, escapando apenas aqueles que ostentam imunidade absoluta à prisão preventiva, tal qual, o Presidente da República e os Diplomatas. Porém, em relação àqueles que gozam de imunidade relativa, tais quais, os Deputados e Senadores da República, desde sujeitos ao regime de prisão preventiva, também são alcançados pela medida cautelar em exame.

É que sendo a suspensão da atividade pública medida alternativa à prisão cautelar, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, desde que possível a medida mais grave, qual seja, a prisão cautelar, também será a medida menos invasiva a sua esfera de liberdade, por força da aplicação da proibição de excesso, inerente ao princípio da proporcionalidade. Não se vislumbra, portanto, restrição a sua aplicabilidade a qualquer agente público que possa ser alvo de prisão preventiva. De outra banda, não é viável sua aplicação àqueles agentes que gozam de imunidade absoluta. Se não podem ser presos também não podem ser suspensos cautelarmente em procedimento de cognição sumária³⁴.

Aliás, o risco que se coloca é que não há, no regime das cautelares alternativas, tanto quanto em relação à prisão preventiva, qualquer limitação temporal, vez que o legislador reformista disso não se preocupou. Tal omissão legislativa não é experimentada na legislação paradigma italiana, porquanto, expressamente, prevê, no art. 289 do Código de Processo Penal, sua inaplicabilidade aos ofícios eletivos decorrentes de direta investidura popular.

De fato, a ausência demarcação temporal é preocupante, sobretudo em si tratando de mandato eletivo, cuja suspensão pode implicar em verdadeira cassação do mandato, através de decisão provisória e cognição superficial sem observância do devido processo contemplado

³⁴ Nesse sentido, Mendonça (2011, p. 442) afirma " Em princípio, a suspensão do exercício de função pública é aplicável a todo e qualquer agente público. Porém, há uma exceção. Parece-nos inviável a suspensão de atividades daqueles que possuem imunidade absoluta à prisão preventiva". Em sentido contrário, analisando a situação posta inclusive no direito português e italiano, atentando para ausência de limitação temporal no direito interno, afirma Gustavo Badaró (2011, p. 249), com certa razão e pertinente preocupação, que: " Some-se a isto que, no caso dos Códigos italiano e português, há limites temporais fixados em lei para duração da suspensão da função pública. Já no caso brasileiro, em que a lei não estabelece o prazo máximo de duração da medida, caso se interprete o conceito de função pública, de forma ampla, a abranger as funções decorrentes de mandato eletivo, a suspensão da função poderá se prestar, facilmente, como mecanismo para uma cassação, de fato, do mandato eletivo.[...] Na prática, suspender, sem limitação temporal, o exercício da função do Deputado ou Senador, principalmente no período final do mandato, significará, de fato, determinar a perda do cargo, com base em cognição sumária de órgão do Poder Judiciário, e sem observar o regramento constitucional". Pelo mesmo norte, raciocinando com a primazia do princípio democrático, Odone Sanguiné (2014, p. 729) conclui: " A medida alternativa de suspensão não é aplicável em caráter cautelar às funções públicas decorrentes de mandatos eletivos".

na Constituição Federal. Todavia, enquanto não suprida a omissão legislativa, há que se pensar na aplicação dos princípios constitucionais da eficiência e julgamento em prazo razoável a orientar atividade jurisdicional em qualquer dos seus graus, no afã de evitar dilações indevidas, sem prejuízo da utilização dos instrumentos que viabilizam a tutela jurisdicional adequada, enquanto corolário do devido processo legal.

Ademais, mesmo na ausência de limites temporais, ao fixar a medida interditiva, cabe ao juiz definir seus limites, gizando-os às situações circunstanciais, de sorte que cessados ou atenuados os riscos deve ser revoga a suspensão da atividade pública ou aplicada uma outra medida, desde que necessária, dentre as adequadas e menos intensa.

Sob o viés do menor sacrifício possível, projeta-se a possibilidade de se determinar a suspensão apenas de parte das atividades ou atribuições específicas do agente público, tal qual mudança de setor e atribuições, desde que necessária e suficiente além de adequada a evitar a prática de crimes (SANGUINÉ, 2014).

Paralelamente a aplicação da suspensão de atividade pública, cogita-se a possibilidade de redução ou suspensão remuneratória daquele a quem foi aplicada a medida interditiva. Doutrina e Jurisprudência³⁵ já se debruçaram no exame e viabilidade da redução vencimental. O Superior Tribunal de Justiça entende viável a redução. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, amparado no princípio da presunção de inocência, firmou posição acerca da inviabilidade da redução remuneratória daquele a quem aplicada a medida cautelar.

Particularmente, estimo inviável a redução remuneratória em consequência da imposição da medida cautelar, vez que esta é matéria estranha e alheia ao juízo criminal, e, sobretudo, por inescandível afronta ao princípio da presunção de inocência, ainda que possível, eventualmente, a imposição dessa redução em sede de procedimento administrativo onde se observe o contraditório específico.

Tocante ao exame da outra medida interditiva, qual seja, a atividade de natureza econômica ou financeira, expressamente contemplada no inc. VI do art. 319, é certo afirmar que tal qual a suspensão da função pública, não andou bem o legislador reformista, desde insuficiente e impreciso e sua disciplina legal.

Observa-se, de princípio, dúvidas quanto à amplitude do conceito de tais atividades. Na ausência de rol expresso, projeta-se que essas atividades estão ligadas aos crimes contra o

³⁵ No sentido que a remuneração deve ser mantida: Badaró (2011); Sanguiné (2014). No julgamento do RE 482.006/MG, Pleno, j.07.11.2007, em votação unânime, cuja relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, o STF entendeu que a sustação da remuneração viola a presunção de inocência. Em sentido contrário, Mendonça (2011). No julgamento do REsp 413.389 /RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, sexta Turma, DJ 12.12.2002, o STJ decidiu pela possibilidade de redução dos valores quando o acusado estiver preso.

sistema financeiro nacional (Lei nº 7.429/86), contra o mercado de capitais (27-C, 27-D e 27-E da Lei nº 6.385/76), contra a ordem econômica (arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/90), contra as relações de consumo (art. 7º da Lei nº 8.137/90 e art. 61ss da Lei nº 8.078/90) e outros do gênero (BADARÓ, 2011).

Percebe-se, portanto, que há um sem número de atividades econômico-financeira às quais podem ser aplicada a medida interditiva ao respectivo investigado ou acusado, desde que vinculada aos escopos de índole cautelar, taxativamente previstos no inc. VI, do art. 319, do Código de Processo Penal, tal qual a evitação da reiteração criminosa, ainda que, como dito anteriormente, de duvidosa constitucionalidade por assumir, sem disfarces, viés que se aproxima da prevenção especial e consequente antecipação da punição.

Exatamente em razão da imprecisão do legislador em definir seus contornos não é dado restringir a interpretação no que pertine ao alcance a esse ou aquele tipo de atividade econômico-financeira, ainda que se vislumbre naturalmente os riscos já apontados, sobretudo no que toca a ausência de limitação temporal e consequências que podem alcançar inclusive pessoas alheias e estranhas aos investigados e acusados, tais quais os empregados, credores e colaboradores da empresa cujos controladores submetidos a medida interditiva.

Por essa razão, é preciso ponderação no exato instante de aferição da necessidade e adequação da medida interditiva, vez que não é dado deslembrar que a Constituição da República insere entre os seus fundamentos, no art. 1º, IV, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como, ao tratar da ordem econômica e financeira, calcada na valorização do trabalho e livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei(art. 170, § Único da CF).

Defende-se aqui, tal qual sustentado em relação a suspensão da função pública, que o juiz, ao estabelecer a medida cautelar, fixe um prazo de sua duração, de sorte que atenuados ou cessados os riscos ou mesmo superado este prazo a cautela seja dispensada.

5.2.7 Internação provisória do acusado 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

Tal qual o que ocorre com várias outras medidas cautelares alternativas, a internação provisória, disposta no art. 319, inc. VII, do Código de Processo Penal, desde que sua

aplicação conectada ao risco de reiteração criminosa, revela-se de duvidosa constitucionalidade, a medida que não se destina, exclusivamente, a assegurar ou conservar os meios (cautela instrumental ou probatória) ou os fins (cautela final) e consequente efetividade do processo.

Na realidade, percebe-se que essa medida coercitiva mais se aproxima de uma medida de segurança preventiva, vez que assume função de resposta a uma situação metaprocessual de periculosidade em razão do risco de reiteração criminosa, cuja compatibilidade com o princípio da presunção de inocência afigura-se de difícil solução (BADARÓ, 2011; LOPES JÚNIOR, 2011).

Ainda que se observe que essa medida veio suprir enorme lacuna que impunha inadequadamente a aplicação da prisão temporária ou preventiva a pessoas mesmo que se soubessem portadoras de alguma anomalia psíquica ou comprometimento de sua higidez mental³⁶. Não havia alternativa. Essa situação terminava por colocar em convivência no cárcere inimputável e semi-imputáveis com presos comuns expondo-os a toda sorte de acontecimentos e negligências inclusive com os cuidados e tratamentos necessários.

Dentre seus requisitos de admissibilidade, observa-se, primeiramente, que o crime deve ser praticado com violência ou grave ameaça. Vislumbra-se que, diferentemente do que se passa com as medidas cautelares em geral, cuja exigência é que o crime seja punido com pena privativa de liberdade, em relação a essa medida coercitiva o legislador reformista foi mais exigente tendo excluído qualquer tipologia de crime que não levado a efeito com violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que não especificado no texto.

Bem possível que tenha projetado um juízo de prognose. É que tal como previsto no art.97 do Código Penal, sendo o agente inimputável, o juiz determinará sua internação, desde que o fato imputado punido com reclusão. Sendo o fato punido com detenção, determinará o tratamento ambulatorial. Evidente que os crimes praticados com violência ou grave ameaça, tal qual roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, etc., desde que punidos com reclusão, regra geral, sujeitam seus agentes, desde que inimputáveis, à medida de segurança detentiva, consistente na internação em hospital de custódia.

Aliás, nesse particular, interessante trazer à colação o escólio de Andrey Borges Mendonça no seguinte sentido:

³⁶ Fernandes (2009) avisa que essa medida tem por escopo evitar:” a prática comum de decretar a prisão preventiva de doentes mentais, colocando-os em estabelecimentos prisionais ao lado de pessoas sãs, com todos os problemas decorrentes dessa situação para o enfermo, para os demais presos e para o estabelecimento prisional”(p. 17).

Não se pode esquecer que essa medida também possui natureza cautelar, de sorte que não pode ser mais gravosa que o resultado final do processo, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. Se assim é, além de se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça, somente se deve impor a medida de segurança de internação provisória quando houver o prognóstico de, ao final do processo, ser aplicável a medida de segurança detentiva, ou seja, de internação. Se a medida mais adequada a ser aplicada ao final do processo for a de tratamento ambulatorial, deve-se evitar a imposição da medida de internação provisória (MENDONÇA, 2011, p. 453).

Em que pese a certa lição acima destacada, bem verdade é que mais importante que a qualidade da pena cominada (detenção/reclusão) é saber qual a medida de segurança mais adequada ao caso concreto, seja a internação ou o tratamento ambulatorial, devendo ser aplicada aquela somente excepcionalmente, em sintonia com os fins terapêuticos e curativos da medida de segurança³⁷.

Verifica-se, outrossim, que a inimputabilidade ou semi-imputabilidade será testificada por peritos, como regra, através de Laudo, realizado no incidente de insanidade mental.

Ocorre que a medida coercitiva aqui examinada, ainda que duvidoso seu caráter cautelar, será sempre premida por circunstâncias desafiadoras da urgência, razão pela qual, não é tarefa fácil compatibilizar essa urgência, típica da atividade cautelar, com a espera não raro longa para se realizar o incidente de insanidade mental. Dai porque estima-se possível otimizar a medida cautelar através de outros meios de provas tais quais exames, consultas, laudos realizados em outros procedimentos como interdição Civil, guia de internação e até mesmo o contato pessoal do juiz com o investigado ou acusado, de modo a testificar a anomalia psíquica ou perturbação na saúde mental através de sinais perceptíveis e característicos.

Interessante observar que a medida de internação provisória poderá ser decretada em relação ao inimputável quanto ao semi-imputável. Tocante aos inimputáveis não há maior dúvida. Mesmo porque sujeitos como regra a medida de segurança que em tudo se aproxima dessa medida cautelar de internação provisória. Todavia, em relação aos semi-imputáveis, visto que não sujeitos a medida de segurança, mas a resposta estatal de outra natureza, pena privativa de liberdade, cujo pressuposto é a culpa e não a periculosidade, é que deve ser aplicada de forma ainda mais cautelosa, e a eleição de sua necessidade e adequação feita com elevado juízo de ponderação, de sorte que esta medida deve ser evitada sempre que possível, aplicando-se uma das medidas postas no art. 319 do Código de Processo Penal.

³⁷ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu aplicável o tratamento ambulatorial mesmo para crimes apenados com reclusão, no HC 124.817/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j.16.03.2010, Dje de 26.04.2010.

O inc. VIII do art. 319 do Código de Processo Penal, não tratou da hipótese de inimputabilidade superveniente. Sabe-se que inimputável é aquele que, no instante do fato, não era capaz de entender o caráter ilícito do fato e se determinar de acordo com esse entendimento(art. 26 do CP). A inimputabilidade superveniente ocorre exatamente após o cometimento do fato. Antes imputável. Posteriormente, passou a ser inimputável. Nesse caso, o art. 152 do Código de Processo Penal, determina a suspensão do processo até eventual restabelecimento da imputabilidade. A doutrina cogita da possibilidade de decretação da internação provisória na hipótese de suspensão do processo, nos termos do art. 152 do CPP.

Particularmente, parece-me possível. Desde que uma das razões de ser da aplicação dessa medida é exatamente excepcionar a decretação da prisão preventiva. Ocorre que na inimputabilidade superveniente o procedimento ficará suspenso até que se recobre a higidez mental(art. 152 § 2º do CPP), de sorte que não estará o acusado sujeito a medida de segurança detentiva. Por essa razão, exige-se muito mais prudência, devendo o juiz fixar seus contornos e, preferencialmente, delimitar o prazo de sua duração, nunca deixando exceder aquele que seria limite da pena privativa de liberdade cominada, em caso de reestabelecimento da imputabilidade.

Tendo em mira que a internação provisória consiste na privação da liberdade do inimputável ou semi-imputável, o tempo de sua duração será computado para o efeito de detração penal (art. 42 do Código Penal) em relação a eventual pena privativa de liberdade ou ao prazo mínimo de aplicação da medida de segurança (BADARÓ, 2011; LIMA, 2015).

5.2.8 (VIII) fiança, nas infrações que a admitam, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial

Dentre todos os institutos conectados com a tutela da liberdade, a fiança foi aquele que, certamente, recebeu maior oxigenação no trato e aplicação através da Lei nº 12.403/2011. É que o legislador reformista enxergou a necessidade de revigorar o instituto que, desde a Lei nº 6.416/77, ao inserir o antigo parágrafo único no art. 310 do Código de Processo Penal, possibilitando a liberdade provisória a qualquer crime, independentemente de sua gravidade, afiançável ou não, desde que ausentes qualquer das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva(art. 311 e 312 do CPP), restou por amesquinhar e esvaziar completamente o instituto da fiança, de sorte que sua aplicabilidade ficou praticamente sem

qualquer sentido,³⁸ limitando-se, basicamente, àqueles casos em que a própria autoridade policial poderia arbitrá-la, ao ensejo do auto de prisão em flagrante.

Com a roupagem moderna sistematizada na Lei nº 12.403/2011, o instituto da fiança além de revitalizado passou a gozar de certa autonomia. Assim é que se observa que a garantia real possui atualmente natureza dúplice: **a)** medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante(art. 310, Caput,III, do CPP); **b)** medida cautelar, originária, autônoma e alternativa à prisão preventiva, nos termos do art. 319, inc. VIII, do Código de Processo Penal, aplicável isolada ou cumulativamente com outras medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319 e 320 do Código de Processo Penal (BADARÓ, 2011; SANGUINÉ, 2014).

Observa-se, no atual figurino legal, que o instituto da fiança liga-se tanto a liberdade provisória, assumindo a feição de contracautela à prisão précautelar consistente no flagrante(art. 310,III, do Código de Processo Penal), quanto como medida cautelar autônoma, alternativa à prisão preventiva(art. 319, VIII, e 320 do CPP), vez que destinada “*para assegurar o comparecimento a atos do processo*”(conveniência da instrução – cautela instrumental ou probatória) vez que assume obrigações impostas nos arts. 327, 328 e 341 do Código de Processo Penal.

De outra banda, ao ser impostas essas obrigações, aliadas à destinação do seu valor(art.336 do CPP) e as consequências para o caso de inobservância dos encargos assumidos, tais quais o quebramento (art. 341 do CPP) e o perdimento(art.344 do CPP), projeta-se no instituto da fiança a função de cautela final (assegurar a aplicação da lei penal), vez que o valor dado em fiança será destinado ao pagamento das custas processuais, indenização decorrente do delito, prestação pecuniária e eventual pena de multa em caso de condenação.

Enxerga-se, todavia, na parte final da regra inserta no inc. VIII, do art. 319 do Código de Processo Penal, quando trata da “*resistência injustificada à ordem judicial*” que

³⁸ No particular, Gustavo Henrique Badaró (2015, p. 1030) enxergando certa incongruência de índole constitucional, expõe a presente ponderação:” Há, porém, uma crítica que se pode endereçar à inafiançabilidade de certos crimes. Na sistemática atual, não tem sentido um delito ser inafiançável. No regime originário do CPP, em que a fiança era a principal hipótese em que os acusados colhidos em flagrante delito tinham para responder ao processo em liberdade, considerar um crime inafiançável era, na prática, determinar o destino do acusado, que teria que permanecer preso durante todo o processo. Todavia, desde a mudança da Lei nº 6.416/1977, com a introdução do antigo parágrafo único do art. 310, admitindo a liberdade provisória, para qualquer delito, independentemente de sua gravidade, nos casos em que não estivesse presente qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, deixou de haver qualquer sentido em considerar um crime inafiançável. Ou seja, se o investigado ou acusado tivesse sido preso em flagrante delito, não poderia obter a concessão de fiança, mas poderia responder o processo em liberdade provisória, sem fiança, nos termos do então introduzido parágrafo único do art. 310 do CPP. Em suma, ser um crime inafiançável deixou de ser sinônimo de responder o processo preso”. No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (2014).

desapartou-se o legislador da atividade tipicamente cautelar até então emprestada ao instituto da fiança.

É que no contexto, não fosse a imprecisão e vagueza da redação, a priori, não se observa qualquer feição de índole cautelar que se deseje atribuir ao instituto da fiança. Assume, na verdade, nítidos contornos de punição antecipada, razão pela qual há certa rejeição doutrinária a essa parte final do dispositivo³⁹.

Contextualizado o instituto da fiança e apresentado seus contornos de natureza essencialmente cautelar, impõem-se esclarecer que a fiança é uma garantia real de índole patrimonial que visa assegurar a vinculação do autuado ou acusado a efetividade da investigação ou processo, a medida que lhe restitui ou assegura a liberdade ambulatoria com os encargos de comparecimento aos atos do procedimento, sob consequências igualmente assumidas(arts.327,328, 341 e 344 do CPP).

Diz-se que a fiança é uma garantia patrimonial ou caução real (LOPES JÚNIOR, 2011), à medida que pode ser prestada pelo autuado, acusado ou terceiro, mediante depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal e hipoteca inscrita em primeiro lugar(art. 330 do CPP), podendo ser recolhida a qualquer tempo, antes do trânsito em julgado(art. 334 do CPP), até mesmo na pendência de recurso especial e extraordinário.

Consoante consta do art. 322 do Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 12.403/2011, que aboliu a antiga distinção entre pena de detenção e reclusão como critério para definição da competência para o arbitramento, a fiança Pode ser arbitrada, desde a fase preliminar, pela autoridade policial, ao ensejo da prisão em flagrante, como medida de contracautela, nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4(quatro) anos. Nos demais casos, será requerida ao juiz, que decidirá em 48 horas.

Registre-se, por oportuno, que na aferição da pena máxima do delito, no sentido de definir a autoridade legitimada para o arbitramento, deve-se levar em consideração eventual

³⁹ A propósito, adverte Aury Lopes Júnior (2011, p. 158),”Nos dois primeiros casos, é manifesta a tutela do processo, seja pelo viés de tutela da prova, seja para assegurar a aplicação da lei penal. Já a parte final do artigo foge a essa sistemática, tendo uma finalidade punitiva, ao exigir fiança de quem tenha resistido, de forma injustificada, à ordem judicial”. Sob outro olhar, Eugênio Pacelli de Oliveira critica o dispositivo em razão de sua imprecisão e vagueza concluindo ”Com efeito, pode-se entender a previsão legal apenas como reforço de fundamentação quanto à necessidade do comparecimento obrigatório a todos os atos do processo e sempre que a tanto intimado, nos precisos termos do art.327 e art.328, CPP. Assim, a resistência injustificada seria às obrigações decorrentes do termo de fiança, a serem entendidas como ordens do juízo”. No mesmo sentido, Andrey Borges Mendonça (2011, p. 438) “A que ordem judicial está o legislador fazendo referência? Induidoso que não é qualquer resistência à ordem judicial, mas apenas aquelas que não seja justificada à luz do ordenamento jurídico...A única forma de interpretar o dispositivo é no sentido que o afiançado deve observar os deveres processuais indicados nos arts.327 e 328. Assim, a fiança é imposta para que o réu cumpra os deveres indicados nos arts.327 e 328(e também do art.341)”.

ocorrência de concurso de crimes, aplicando-se a regra do cúmulo material, em relação ao concurso material de crimes, e as respectivas exasperações tocantes ao concurso formal e a continuidade delitiva. De igual forma, devem ser observadas as qualificadoras, causas de aumento e de diminuição.

Destaque-se, outrossim, na nova roupagem do art. 310, caput, III, do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime – que havendo recusado ou retardado da autoridade policial na concessão de fiança bem como nos demais casos que escapem a sua atribuição, a fiança deverá ser deliberada, sendo o caso, havendo necessidade e adequação, pelo juiz competente para audiência de custódia ou de apresentação. Aliás, o juízo competente será o juízo das garantias, nos termos do art.3º-B, I e II, do Código de Processo Penal⁴⁰.

No escopo de melhor compreender o instituto, imperioso notar que ainda que o delito imputado seja afiançável esta não se aplicará automaticamente. Sendo medida cautelar somente será arbitrada quando necessária para assegurar os valores estampados no art. 282, inc. I, e adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do imputado, na forma contemplada no art. 282, inc. II do Código de Processo Penal.

Importante observar, nesse contexto, que a fiança, enquanto medida cautelar, poderá ser fixada isolada ou cumulativamente, desde que haja compatibilidade lógica (MENDONÇA, 2011) entre ela e outra medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal. De igual modo, sua subsistência só se faz sentir quando e enquanto houver necessidade e adequação desta medida cautelar, desde que circunstancial em relação a situação de risco para coleta de provas(cautela instrumental) e eventual aplicação da Lei Penal(cautela final).

As condições proibitivas da fiança encontram-se definidas nos arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal. Utilizou-se o legislador de redação negativa. Verificada a hipótese, exclui-se a possibilidade do arbitramento da medida. As situações elencadas no art. 323 são de índole objetiva, toma em consideração a gravidade da conduta, encontrando-se albergadas no mandamento do art. 5º XLII, XLIII e XLIV da constituição da República como crimes inafiançáveis.

As hipóteses contempladas no art. 324 do Código de Processo Penal, algumas subjetivas e outras objetivas, são situações que denotam certa incompatibilidade com a fiança.

⁴⁰ Através de decisão liminar proferida nas ADIs nº 6.298, 6.299 e 6.300, em 22 de janeiro de 2020, o Ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia, sine die, dos arts.3º-A,3º-B,3º-C,3º-D,3ºE e 3º-F do Código de Processo Penal com redação conferida pela Lei nº 13.964/2019 – pacote anticrime - que tratam da instituição do Juiz das garantias. Consoante redação inserta no Caput do art. 3º -B, O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, cuja competência fixada nos incisos I a XVIII.

Uma vez verificadas, independentemente da quantidade ou qualidade da pena aplicável, não se arbitra a fiança. A rigor, nas situações tratadas no art. 324, em princípio, o crime seria afiançável, mas, em razão das circunstâncias indicadas, o legislador transforma em inafiançável (MENDONÇA, 2011).

Importante fixar que mesmo que inadmitida a fiança, não se proíbe, necessariamente, a concessão da liberdade provisória, vez que fiança e liberdade provisória são institutos distintos (LOPES JÚNIOR, 2011), podendo esta ser concedida cumuladamente com as medidas alternativas constantes do art.319 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, sendo o crime inafiançável, não se decreta, por si só, a prisão preventiva do agente. Deverá o magistrado verificar, no caso concreto, à luz de seus pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade, a necessidade da prisão cautelar, somente sendo admitida quando as medidas cautelares alternativas não forem suficientes e adequadas para assegurar a efetividade da investigação ou do processo.

Certamente onde o instituto da fiança restou mais ressignificado foi no que toca a atualização dos seus valores. Na nova sistematização do instituto, percebe-se que o legislador usou como parâmetro para definição dos valores sobretudo a gravidade do crime e situação econômica imputado(art.325 do CPP), prevendo, inclusive, as situações de dispensa(art.350 do CPP), redução(§ 1º, inc. II, do art. 325 do CPP) e majoração(§ 1º, inc. III, do art. 325 do CPP).

A estratégia utilizada na revitalização dos valores tomou em consideração, possivelmente, que aquele que recolhe elevados valores a título de fiança, assumindo as obrigações processuais e suas consequências, inclusive quanto ao quebraamento e perdimento, dificilmente causará embaraços à efetividade do processo. Sujeito a perda total ou parcial daquilo que fora recolhido, não encontrará estímulos para fuga ou obstrução do procedimento, razão pela qual assume a fiança, agora em valores significativos, certa pressão psicológica de modo a inibir o descumprimento das obrigações avençadas.

Afora os limites fixados no art. 325 do Código de processo Penal, evidencia-se que o legislador estabeleceu no art. 326 alguns parâmetros que devem ser considerados pela autoridade no instante de determinar o valor da fiança: a) a natureza da infração; b) as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado; c) as circunstâncias indicativas de sua periculosidade e d) a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

De outra parte, há quem sustente que na fixação desse valor seja tomado em consideração o dano causado em razão do delito (MENDONÇA, 2011; SANGUINÉ, 2014). Particularmente, estimo que o critério adotado pelo legislador afigura-se acertado. Primeiro

porque toma em consideração tanto a gravidade do crime como a situação econômica do imputado. Depois porque ainda que se vislumbre que uma das destinações da fiança em caso de condenação seja a reparação do dano, há que se perceber que em significativo número de crimes que a admitem não há dano a ser reparado, daí porque esse critério não necessariamente se afigura relevante para fixação do valor da fiança.

De todo modo, no arbitramento da fiança deverá ser observado o pressuposto da proporcionalidade, vez que por estratégia de política criminal, o legislador deixou margem bastante ampla para definição dos valores, possibilitando prudente adequação quantitativa e qualitativa, obsequiando-se, outrossim, as circunstâncias do fato e condições pessoais do seu agente.

5.2.9 Monitoração eletrônica

Embora não contemplado na redação original do Projeto de Lei nº 4.208/2001, ao ensejo da tramitação legislativa, o monitoramento eletrônico foi incluído através de emenda de iniciativa do então senador Demóstenes Torres. Talvez, por isso, o inciso IX, do art. 319, do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei nº 12.403/2011, não revele qualquer disciplina ou explicação quanto aos seus requisitos de admissibilidade, forma de execução, objetivos ou mesmo período de duração da medida cautelar alternativa (BADARÓ, 2011).

Não há dúvida que o emprego da tecnologia deve auxiliá-la de maneira qualquer atividade humana, seja para sua modernização, celeridade, precisão, e, sobretudo, no afã de minimizar elevados custos das atividades públicas e privadas. Não atoa que se vislumbra hoje a imprescindível relação da medicina, engenharia, odontologia, ensino, pesquisa, extensão e do próprio direito com as ferramentas tecnológicas. A cada dia a expansão tecnológica vai nos descortinando um mundo cada vez mais globalizado, virtualizado e dela dependente. Não se cogita, por exemplo, como seria se não houvesse a tecnologia empregada na atividade forense brasileira, desde que é sabido que no Poder Judiciário nacional tramitam aproximadamente 100 milhões de processos. Em tempos de pandemia, inviável o trabalho remoto e a realização de audiência por videoconferência sem a inestimável contribuição da tecnologia.

No caso do monitoramento eletrônico, vislumbram-se inegáveis vantagens, desde a redução da população carcerária, possibilidade do acusado manter suas rotinas, como

trabalho, estudo, convivência social e familiar, até mesmo a minimização dos efeitos perniciosos do encarceramento (SANGUINÉ, 2014).

Não obstante nova no sistema jurídico brasileiro, enquanto medida cautelar, a monitoração eletrônica já se fazia presente na Lei de execuções penais a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 12.258/2010, especialmente, para o monitoramento das saídas temporárias dos apenados no regime semiaberto(art.122,§ único c/c art. 146-B, Inc.II, da LEP) e na prisão domiciliar(art. 146-B, caput, inciso IV, da LEP) (BADARÓ, 2011; SANGUINÉ, 2014).

A monitoração eletrônica consiste na utilização de dispositivo fixado ao corpo da pessoa investigada ou acusada com o objetivo de indicar à distância e localização geográfica do monitorando possibilitando o controle dos seus atos fora da prisão (MENDONÇA, 2011)⁴¹. No geral, há duas formas de controle através da monitoração eletrônica: a) sistema ativo, em que é colocado o dispositivo no corpo do monitorado(bracelete, pulseira, tornozeleira), que emite sinal contínuo a uma central que faz o acompanhamento da localização geográfica por meio do sistema GPS(Global Positioning System); b) sistema passivo em que o indivíduo é contatado periodicamente, geralmente por telefone, no local indicado para sua permanência, onde é feita a verificação da identidade ou autenticidade do investigado ou acusado por algum modo(senha, verificação de voz, impressão digital, íris, etc.) (BADARÓ, 2011).

Afora a atecnia e falta de precisão legislativa, é certo que a medida cautelar consistente no monitoramento é de inegável valor para o fim de acautelar a efetividade da investigação ou do processo, desde que medida menos invasiva que a prisão de índole cautelar, podendo inclusive ser aplicada isolada ou cumulativamente com outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, na forma do § 1º do art.282, com redação atualizada pela Lei nº 13.964/2019.

Em razão da ausência de disciplina legal acerca de seu funcionamento e fiscalização, alguns doutrinadores passaram a sustentar a impossibilidade de sua aplicação sem regulamentação por Lei (BADARÓ, 2011)⁴².

⁴¹ Aliás, conforme afirma Odone Sanguiné (2014, p. 772) “o art. 2º do Decreto nº 6.627 de 24 de novembro de 2011, considera monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização”.

⁴² Em sentido contrário, Andrey Borges Mendonça (2011) afirma que “o monitoramento poderá ser aplicado independentemente de qualquer regulamentação infralegal ou legal posterior. Já há dispositivos suficientes no ordenamento jurídico que permitem ao magistrado aplicar a medida imediatamente e sem necessidade de posterior regulamentação, sobretudo porque se trata de medida que evitará a imposição da prisão

Não obstante essa discussão doutrinária, fato é que carecendo de maior esclarecimento quanto a sua aplicação, sobreveio o Decreto nº 7.627 de 24 de novembro de 2011, regulamentando a monitoração eletrônica de pessoas como medida de índole cautelar alternativa à prisão preventiva, na forma do art. 319, IX, do Código de Processo Penal e como medida substitutiva à prisão com trânsito em julgado, prevista nos arts. 146-B a 146-D da Lei de Execução Penal.

Digno de inquietação doutrina, outrossim, agora no plano da constitucionalidade, cogitou-se acerca de afronta a intimidade dado o caráter invasivo do dispositivo eletrônico, como também de violação ao princípio da dignidade humana face a possibilidade de estigmatização em razão de eventual ostensividade do equipamento eletrônico.

A preocupação não se revela desarrazoada. Eventual ostensividade, além do constrangimento social, efetivamente, conduz a estigmatização. Todavia, não podemos perder de vista que o aperfeiçoamento tecnológico, em plena hera da nanotecnologia, tem produzido significativas mudanças inclusive em relação as dimensões e peso dos equipamentos e componentes eletrônicos. Os computadores de hoje, por exemplo, já não são de dimensões gigantescas como no passado. Os smartphones idem. Desde que o dispositivo seja de dimensões que permitam sua ocultação, tal qual o tamanho de um smartfone, relógio, bracelete ou mesmo de uma pulseira, de sorte a evitar ostensividade, não se vislumbra exposição capaz de conduzir a estigmatização,⁴³ pelo menos não mais que o encarceramento.

Importante fixar, outrossim, que a monitoração eletrônica além de suas finalidades cautelares, tem viés nitidamente humanitário, vez que sua aplicação preserva a dignidade e liberdade do monitorado evitando os males decorrentes do encarceramento, mormente quando se trata de acusados jovens e primários.

Não fosse bastante, no processo de adequação e escolha da medida, afigura-se imprescindível tomar em consideração o consentimento do monitorando, ainda que no Brasil não haja previsão legal⁴⁴, desde que pressupõe que sejam observados voluntariamente os

ao réu. Trata-se, portanto, de dispositivo plenamente aplicável a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011” (p. 463).

⁴³ Aliás, dessa preocupação compartilhou o então Deputado Federal, atualmente, Governador do Estado do Maranhão, Flávio Dino em relação ao Projeto de Lei nº 1.288/2007, que deu origem a Lei nº 12.258/2010, conforme anotado por Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 463) “É necessário assegurar a discrição dos aparelhos a serem utilizados, de forma que os condenados tenham sua imagem preservada e não sejam estigmatizados, e a informação dos monitorados acerca do funcionamento do programa”.

⁴⁴ Em Portugal, a matéria foi regulada inicialmente pela Lei nº 122 de 20.08.99. Posteriormente, revogada pela Lei nº 33 de 02 de setembro de 2010. Esta Lei regulamentou os meios técnicos de fiscalização e controle à distância(art. 201 do Código de Processo Penal Português), havendo expressa previsão de respeito à dignidade humana(art.3.1) bem como necessidade de consentimento do acusado(art. 4.1), inclusive, revogável a qualquer tempo(art.4.6)(BADARÓ, 2011). Andrey Borges Mendonça observa que “no Brasil não se impôs tal exigência,

deveres inerentes à medida aplicada. Caso não se verifique adesão à cautela, não há razão de ser de sua aplicação, vez que restaria comprometida sua efetividade.

De outra banda, é muito menos invasiva que o aprisionamento provisório, desde que o sujeito além de privado de sua rotina familiar e social, ainda se encontra exposto a toda sorte de problemas físicos, psíquicos, emocionais, estigmas, maus tratos, dor e sofrimento decorrentes do cárcere e seus conhecidos malefícios. Por essa razão, desde que usada com ponderação, sob a orientação dos valores sinalizados no art. 282, I e II, do Código de Processo Penal, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na monitoração eletrônica como medida cautelar.

Ainda que não especificada sua finalidade no inciso IX, do art. 319, do Código de Processo Penal, é certo que a monitoração eletrônica poderá assumir a função de cautela instrumental, ligando-se à coleta de provas, quanto a função de cautela final, no escopo de assegurar a aplicação da lei penal, neutralizando eventuais riscos para a investigação ou para efetividade do processo, nos termos contemplados no inciso I, do art. 282, do Código de Processo Penal.

Poderá ser aplicada de forma isolada ou cumulativa com outras medidas cautelares, a teor do § 1º do art. 282 do Código de Processo Penal, inclusive para o fim de fiscalizar a efetividade de uma outra medida alternativa fixada, tal qual a proibição de frequência (art. 319,II, do CPP) ou proibição de ausentar-se da comarca (art. 319, IV, do CPP), recolhimento domiciliar (art. 319, V, do CPP)ou mesmo a proibição de se ausentar do país(art. 320 do Código de Processo Penal), nesses casos, à evidência, assume genuína função instrumental de fiscalização e conservação de uma outra medida cautelar(cautela da cautela).

5.2.10 Proibição de se ausentar do país

No extenso catálogo das medidas cautelares alternativas à prisão, encontra-se elencada a proibição de ausentar-se do país, positivada no art. 320 do Código de Processo Penal brasileiro, com redação conferida pela Lei nº 12.403/2011. De certo modo, sua previsão já residia implícita no inciso IV, do art. 319 do Código de Processo Penal, que contempla a

seja na execução penal ou, agora, na fase processual. Porém, a necessidade de consentimento do agente é implícita e o monitoramento não deve ser imposto se houver recusa expressa por parte do réu” (2011, p. 464).

medida cautelar de proibição de ausentar-se da comarca desde que, na proibição de deixar a comarca, por razões de índole cautelar, resta proibida igualmente a saída do país⁴⁵.

Em razão da imagem e semelhança com a medida cautelar simétrica, cuja previsão contemplada no art. 319, inc. IV, do Código de Processo Penal, vale aqui as anotações pretraçadas no item 5.2.4 - (proibição de ausentar-se da comarca) - naquilo que guarda compatibilidade lógica.

Curioso observar que a proibição de ausentar-se do país é, sem dúvida, dentre as medidas cautelares, aquela que impõe menor grau de restrição (BADARÓ, 2011) à liberdade ambulatoria, vez que o investigado ou acusado, em tese, terá maior margem de circulação podendo inclusive afastar-se do distrito da culpa.

Por sua natureza e desiderato, a medida cautelar pode assumir função de tutela da efetividade da investigação ou do processo (cautela final) quanto de tutela instrumental (cautela probatória), na forma contemplada no inciso I, do art. 282 do Código de Processo Penal, desde que conectada a necessidade de preservação de um dos valores ali elencados.

Mesmo não confessada sua finalidade no art. 320 do Código de Processo Penal, estima-se que a medida cautelar de proibição de ausentar-se do país tem por escopo, sobretudo, a evitação da fuga, assumindo a feição de tutela final, destinada a preservação da investigação ou do processo e, conseqüentemente, a aplicação da lei penal. Poderá assumir o viés de tutela probatória (instrumental) projetando-se para busca da verdade, quanto tem por meta a preservação ou conservação dos atos instrutórios com a presença do investigado ou acusado, tais quais a reprodução simulada dos fatos, reconhecimento pessoal e a acareação, evidentemente, sem perder de vista a imprescindível tutela dos direitos e garantias individuais.

Vocacionada ao reforço, poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com outra medida cautelar dentre aquelas elencadas no art. 319, consoante permissibilidade do § 1º do art. 282 do Código de Processo, especialmente com o comparecimento periódico em juízo(art. 319, I, do CPP) e monitoramento eletrônico(art. 319, IX, do CPP).

No escopo de otimizar a efetividade da medida cautelar em evidência, o legislador cuidou de orientar para adoção de providências consistentes na comunicação pelo juiz às

⁴⁵ Aliás, conforme anotado por Adrey Borges de Mendonça (2011), no Projeto de Lei nº 4.208/2001, havia a previsão, no art. 319, IV, também da proibição de ausência do País. Todavia, durante a tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto foi aprovado apenas fazendo referência a comarca. Ao ensejo de sua tramitação no Senado, foi apresentado o substitutivo no sentido de incluir também a vedação a saída do País. Porém, ao voltar para Câmara, durante a tramitação na comissão do Crime Organizado, o Deputado João Campos protocolou opinamento ao argumento de que “despiciendo a inserção da expressão ‘ou do país’, haja vista que aquele que ausentar-se do país, obviamente ausentar-se-á da comarca”, rejeitando-se a proposta do acréscimo da expressão “ou do País”.

autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, determinando, outrossim, a intimação do indiciado ou investigado para entregar, em 24 horas, o passaporte.

A comunicação às autoridades destina-se ativar a fiscalização quanto a eventuais saídas do território nacional, observando-se, inclusive, a vedação em relação a circulação no MERCOSUL vez que a identificação civil pode ser feita independentemente da exibição do passaporte.

Afora a comunicação às autoridades para empreender fiscalização adequada no afã de assegurar a efetividade da medida, o investigado ou acusado será intimado para entrega em 24 horas do passaporte. Deverá realizar a entrega no prazo, sob pena de revogação, substituição ou reforço da medida por outra mais adequada.

Também deverá ser feita a comunicação à Polícia Federal e às respectivas embaixadas, em relação aos estrangeiros, acerca do impedimento para retira de novo passaporte enquanto vigente a medida cautelar. Afirma-se que a simples tentativa de confecção de outro passaporte é bastante para caracterização do descumprimento da medida cautelar, devendo ser verificada a adequação da substituição, reforço ou revogação e, até mesmo, a decretação da prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidades (BADARÓ, 2011; MENDONÇA, 2016).

6 A PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Estabelecido o conflito normativa entre o direito fundamental de liberdade e a tutela da efetividade do processo sua solução perpassa pela convocação do princípio da proporcionalidade para indicar o melhor caminho a seguir na aparente colisão, sem que isso implique em invalidação de um ou outro valor conflitante. O Princípio da Proporcionalidade indica a solução para situação concretada sopesando os valores concorrentes.

Embora inescindível a primazia do direito fundamental de liberdade no ambiente do Processo Penal de feição democrática e regido pela dignidade da pessoa humana como valor fundamental, em situação que tal, desde que justificado pelas circunstâncias, é possível a imposição de prisão cautelar ou mesmo de medida cautelar diversa de graduação menos intensa, na esfera de liberdade do cidadão, no escopo de assegurar a efetividade das investigações preliminares ou mesmo do processo de conhecimento ou de execução penal.

Assim é feito o cotejamento dos princípios – valores - aparentemente conflitantes no afã de estabelecer aquele que ostenta primazia ou precedência no caso concreto. Esse sopesamento é feito sob o pálio do princípio da proporcionalidade a indicar o melhor caminho dentre as alternativas que se apresentam com o menor sacrifício possível ao direito fundamental de liberdade.

Nesse sentido, estima-se que o princípio da proporcionalidade possibilita a utilização de critérios mais objetivos para justificar a tomada de decisão na colisão de direitos fundamentais, revelando-se como singular instrumento convencimento, ponderação e temperamento na interpretação de textos normativos, sobretudo daqueles que revelam acentuado grau de indeterminação, vagueza e abertura em sua redação.

O Princípio da Proporcionalidade, enquanto regra de interpretação, tem como pressupostos formal a legalidade e como pressuposto material a justificação teleológica(justo motivo). Qualquer restrição que se pretenda impor ao direito individual exige-se sua previsibilidade na Constituição ou na Lei em sentido formal.

A Lei deve descrever com clareza as hipóteses de incidência, a forma e intensidade da restrição no afã de afastar abusos e intervenções desproporcionais, inclusive, evitando-se termos ou expressões abertas, vagas e imprecisas. Essa é razão pela qual não se admite, no processo penal norteado pelo princípio da proporcionalidade, a adoção de medidas cautelares atípicas amparadas em um suposto Poder Geral de Cautela.

No que toca ao pressuposto material consistente na justificação teleológica ou justo motivo, estima-se que resulta ou decorre do vínculo estabelecido entre a restrição ao direito

fundamental e o objetivo a ser alcançado. É Estabelecida uma relação de meio e fim constitucionalmente legítimos.

Superado o exame dos pressupostos, adentra-se na análise dos requisitos extrínsecos consistentes na judicialidade e motivação. Tendo em vista que qualquer restrição a direitos fundamentais será sempre objeto de controle pelo Poder Judiciário, assim é que a imposição de limites ou sacrifícios ao direito individual, no ambiente do Processo Penal, somente se afigura válidos quando decretados através de decisão judicial. Essa decisão, aliás, como garantia de legitimidade dos atos do Poder Judiciário, na forma do art. 93,IX, da Constituição Federal, deve ser motivada de forma a revelar as razões pelas quais a adoção da restrição se afigura relevante para o atingimento daquela finalidade de índole cautelar.

Em um terceiro momento, após exame dos pressupostos formais e materiais, bem como dos requisitos extrínsecos(externos), pertinente, agora, a avaliação dos requisitos intrínsecos para aplicação do princípio da proporcionalidade. São aqueles que compõe a própria essência ou tecido do Princípio da Proporcionalidade, resultam nos Subprincípios da adequação(idoneidade) da via eleita, necessidade (exigibilidade) da medida cautelar e a Proporcionalidade em sentido estrito que revela o juízo valorativo (ponderabilidade), ocasião em que serão cotejadas a proibição de excesso e a vedação da proteção deficiente.

São esses, portanto, os pressupostos formais e materiais, bem como os requisitos extrínsecos e intrínsecos que servem para orientar a aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto regra de aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, consoante será descortinado na análise da prisão cautelar e a atuação do princípio da proporcionalidade como instrumento de limitação da intervenção estatal na esfera de liberdade.

Conforme já analisado, as medidas cautelares devem ser aplicadas tendo como vetor de orientação o princípio da proporcionalidade, vez que a medida que impõem sacrifícios ao direito fundamental, estabelece inescindível antagonismo entre a liberdade do imputado e a efetividade do Processo. Estabelecido o conflito, estima-se imprescindível a convocação do princípio da proporcionalidade com seus elementos caracterizadores para diluir essa patologia no interior do sistema normativo. Por isso se diz que o princípio da proporcionalidade é o princípio dos princípios ou o sustentáculo das prisões cautelares (LOPES JÚNIOR, 2005).

Trata-se de um instrumento que visa estabelecer um equilíbrio na equação que coloca de um lado o direito fundamental de liberdade e no outro oposto a efetividade do processo e consequente eficácia na repressão aos delitos (MARTINEZ, 2004).

Sem dúvida que um dos aspectos mais delicados do processo penal gira em torno da aplicação das medidas cautelares, especialmente aquelas que recaem sobre a liberdade do indivíduo. É esse aspecto que melhor deixa transparecer o perfil mais autoritário e conservador ou mais liberal do Estado e conseqüente sistema de justiça criminal, conforme esteja mais comprometido com a repressão pura e simples ou com o civilizado funcionamento da justiça penal. Pode-se dizer que o sistema de medidas cautelares no processo penal funciona como uma espécie de termômetro por meio do qual se mede o grau de autoritarismo ou a vocação mais liberalizante do sistema processual penal (MACHADO, 2009).

No processo penal brasileiro o sistema de cautelaridade se caracteriza por uma certa ambigüidade. É o que explica Antônio Alberto Machado (2009), desenvolvendo o raciocínio seguinte. De um lado o sistema prevê mecanismos de repressão sem culpa formada, fundamentados em previsões legais excessivamente abertas, como nas prisões processuais, onde se permite a supressão da liberdade sem muito rigor formal e, às vezes, de forma até indiscriminada. Por outro lado, esse mesmo sistema de prisões cautelares prevê também uma rede razoável de garantias constitucionais, vinculada aos valores e princípios do Estado Democrático de Direito e do Direito humanitário internacional que, em tese, seria suficiente para tutelar a liberdade individual.

Para que uma prisão cautelar figure como um ato constitucional legítimo é imprescindível que atenda a três perguntas, referentes aos três subprincípios da proporcionalidade: (a) a **medida é apta a realizar** os seus **fins** legítimos declarados?; (b) ela é a **medida menos gravosa** capaz de realizar os pretendidos resultados?; (c) essa medida **não significa**, em última análise, uma **violência maior** do que a **própria pena** que pode vir a ser aplicada na hipótese de condenação? (VIEIRA, 2008)?

Isso porque o postulado da proporcionalidade guarda perfeita relação com a noção de excepcionalidade da prisão cautelar. O ato processual que restringe o direito à liberdade só poderá ser aplicado se proporcional ao seu fim, posto que, sendo excepcional, tutela a sociedade contra o crime, mas também tutela a liberdade do presumido inocente. Dessa forma é que a prisão processual só será legítima se atender aos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da medida, em ponderação com essas duas finalidades a serem tuteladas – a segurança da sociedade: (a) contra o crime e (b) contra a violência institucional do Estado repressor.

Há que se ter presente que a limitação ou sacrifício do direito fundamental é uma exceção, posto que a regra é a sua preservação do direito fundamental no curso do procedimento. A flexibilização de um direito fundamental é um recurso de reserva, uma

medida excepcional, que somente está autorizada quando imprescindível para o atingimento de um fim constitucionalmente legítimo (SILVA JÚNIOR, 2008).

Diante da menor gravidade do crime, em regra, não é proporcional a flexibilização das garantias constitucionais, porém diante de um crime de alta consequência maléfica para a sociedade, o órgão encarregado da persecução criminal pode, e deve, pedir autorização para utilizar instrumentos mais contundentes à elucidação e aplicação da resposta penal. Porém, qualquer que seja o crime, mesmo que se trate de um crime hediondo ou a ele equiparado a regra permanece sendo aquela que indica a garantia dos direitos fundamentais, que somente devem ser flexibilizados se demonstrada a necessidade da medida.

Obviamente, o só fato de tratar-se de um crime hediondo não justifica que os direitos fundamentais do agente sejam tergiversados. A justificativa para a flexibilização de um direito fundamental não se pode apoiar objetivamente apenas no tipo de crime que dá causa à persecução criminal. Em qualquer hipótese a justificativa tem que ser subjetiva (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 296).

Por essa razão, para que seja determinada a restrição ao direito fundamental faz-se necessário que haja uma decisão fundamentada, emanada de autoridade competente, estabelecendo as razões de decidir com base na proporcionalidade da medida determinada em consideração aos seus elementos compositivos consistentes na idoneidade(adequação), necessidade(exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. A medida judicial que flexibiliza a liberdade reclama justificativa e, além de sua excepcionalidade, tais medidas serão sempre provisórias, de modo que somente deve vigorar a restrição ao gozo do direito fundamental até o instante que se revele necessária para neutralizar a situação de perigo contemporâneo para efetividade do processo.

Nesse sentido, sintetiza Walter Nunes da Silva Júnior:

(...) Com essas considerações, podem ser pinçadas, a priori, as considerações imprescindíveis para que seja tomada a decisão pela quebra de um direito fundamental; (1) a regra é que a responsabilidade penal seja perquirida sem que haja necessidade excepcional de flexibilizar direitos fundamentais; (2) o crime deve ser de certo grau de gravidade, de modo a justificar o uso de uma força maior por parte do Estado; (3) a medida, diante da necessidade do uso dessa força excepcional, deve ser imprescindível, sob pena de comprometimento da eficácia da ação estatal; e (4) a impossibilidade de se obter a eficácia do processo de outra maneira (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 299).

Com efeito, importante observar que esses elementos compositivos ou subprincípios devem ser examinados de forma sucessiva e escalonada numa típica relação de precedência. Nesse contexto, no que toca ao requisito da adequação (idoneidade) enquanto conteúdo da proporcionalidade, importa dizer que a medida cautelar restritiva ou privativa da liberdade deve ser apta aos seus motivos e fins (LOPES JÚNIOR, 2005). Deve ser idônea para a concretização dos fins. Utiliza-se nessa fase a avaliação puramente objetiva e linear na eleição

ou escolha da medida ótima dentre aquelas disponíveis. Examina-se através do critério objetivo, no catálogo disponível, quais medidas são idôneas para promoção de uma finalidade processualmente válida. A pergunta que deve ser feita é se aquela providência é apta à satisfação de uma determinada necessidade processual, previamente indicada como sendo a justificativa de sua existência (VIEIRA, 2008).

Nesse sentido, anota Odone Sanguiné:

“A perspectiva de constitucionalidade significa que cada medida limitativa de direitos fundamentais deve ser considerada desde a perspectiva de sua 'funcionalidade', é dizer, para saber se é idônea ou adequada para a conservação da finalidade perseguida, pois se carece de aptidão para alcançá-la ou, simplesmente, não tende à obtenção dos fins previstos que autorizam a restrição, há de ser reputada inconstitucional. Assim, os poderes públicos se encontram constitucionalmente obrigados a respeitar o princípio da idoneidade na criação e aplicação das normas que permitam a restrição dos direitos fundamentais” (2003, p. 644-645).

Quanto ao sub-princípio da necessidade, estima-se que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja (OLIVEIRA, 2003). Vislumbra-se, nesse sentido, pertinente perquirir sempre se a segregação da liberdade daquele que se presume inocente é, de fato, imprescindível, isto é, se a proteção do processo não pode ser alcançada de outra forma menos invasiva ao seu direito fundamental (VIEIRA, 2008). Trata-se de avaliação comparativa entre meio e fim sendo ambos constitucionalmente legítimos. Se a prisão é medida cautelar levada a efeito sem cognição definitiva, somente se afigura constitucionalmente legítima quando adotada excepcionalmente.

Considerando-se que o processo é um instrumento a serviço da jurisdição para aplicação do direito material, enxerga-se uma nítida relação de referibilidade entre a medida cautelar e o direito material que se pretende assegurar. Por sua natureza e desiderato qualifica-se como instrumento do instrumento. Esse instrumento do instrumento para alcançar seus objetivos deverá possibilitar o menor sacrifício possível ao direito fundamental de liberdade. Nesse contexto, tem que ser aquilatado se a medida cautelar, depois de confirmada a sua aptidão para a finalidade que se busca atingir, é a medida mais suave para tutela daquele fim. Ou, melhor, se não há, no caso concreto, nenhuma outra medida igualmente idônea, porém menos onerosa, mais branda, capaz de impulsionar ao atingimento daquela finalidade processualmente válida.

O que ocorria com o sistema processual penal brasileiro antes da Lei nº 12.403/2011 é que vigorava entre nós um regime bipolar, onde não havia previsão legal de nenhuma medida cautelar alternativa entre a liberdade provisória e as prisões cautelares. Naquele panorama, o

acusado respondia ao processo preso, desde que presentes os pressupostos e fundamentos para prisão cautelar ou ficaria em liberdade provisória, na falta de qualquer medida intermediária. Dessa forma, a exigência do subprincípio da necessidade de que se busquem alternativas menos invasivas à liberdade do acusado, restava prejudicada por não haver previsão legal de alternativas menos invasivas ao direito de liberdade. Todavia, com a modificação introduzida pela lei 12. 403/2011, que estabeleceu uma série de medidas alternativas à prisão cautelar, impõe-se nessa fase a realização do juízo comparativo entre as diversas hipóteses de medidas cautelares alternativas previamente selecionadas com idôneas. Aliás, nesse estágio, o exame da exibibilidade relaciona-se com a otimização das escolhas fáticas (BARROS, 2000).

Acerca do subprincípio da necessidade, anota Odone Sanguiné (2003):

O critério de necessidade pode ser considerado comparativo, porque sua aplicação obriga que os órgãos estatais comparem e considerem, junto à medida restritiva cuja necessidade se comprova, outras medidas que poderiam ser adotadas no caso concreto, que sejam suficientemente idôneas para a satisfação do fim perseguido, com a posterior escolha da que seja menos lesiva para os direitos individuais. Assim, ao determinar a aptidão das alternativas menos lesivas, deverão ser rechaçadas as que possam ser substituídas por outras menos gravosas, diminuindo a lesividade da intromissão no âmbito dos direitos fundamentais.

Assim é que na avaliação comparativa acerca da necessidade(exigibilidade) entre as medidas disponíveis no ordenamento jurídico para seleção da medida ótima será preferida aquela que mais contribua para o fim visado com o mínimo sacrifício possível ao direito fundamental sob restrição.

Esse juízo de avaliação comparativa que se realiza a partir da escolha das medidas idôneas para promoção de uma finalidade processual deve levar em consideração as seguintes variáveis: a) o grau de eficiência da medida em relação ao fim almejado e b) o grau de restrição que se impõe ao direito fundamental (MORAES, 2010).

Bem possível que esse processo de escolha já se satisfaça com a realização desses dois estágios, mormente em situações mais simples e corriqueiras. Todavia, diante de um quadro de maior complexidade, embora seletadas várias medidas igualmente idôneas e necessárias, subsista, outrossim, dúvidas quanto a melhor escolha, no afã de promover aquela finalidade específica. Daí porque imprescindível ingressar no terceiro estágio desse processo de individualização da medida cautelar, consistente no exame do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Superada as fases anteriores, desde que ainda presente dúvida razoável quanto a melhor escolha, convoca-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito para

realização de uma criteriosa avaliação comparativa, valorativa e de conteúdo material (SERRANO, 2001), no afã de dissipar a dúvida e eleger a medida ótima para obter aquela finalidade específica, qual seja, a medida idônea e que ofereça menor sacrifício ao direito fundamental restringido.

Destaque-se, desde logo, que sua atuação é precedida da escolha dos meios adequados e necessários no escopo de promover o fim processualmente válido. Esses elementos compositivos (subprincípios) não operam de forma isolada. Há entre eles uma relação de subsidiariedade, razão pela qual se impõe essa ordem de precedência fazendo com que sua aplicação seja de forma sucessiva e escalonada. Assim é que a adequação encerra um juízo objetivo para eleição da medida idônea dentre aquelas elencadas. A necessidade uma avaliação comparativa entre os meios anteriormente eleitos como adequados, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito realiza um juízo valorativo entre meio e fim para determinação da medida (MORAES, 2010).

Aliás, há setores da doutrina que rejeitam a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, sob a alegativa que os requisitos(subprincípios) da adequação e necessidade são capazes por si de oferecer, com segurança, através de critérios objetivos e comparativos, a medida cautelar ótima para o caso concreto, dispensando desse modo o juízo de ponderação⁴⁶.

Todavia, majoritariamente, a doutrina e Jurisprudência aceitam a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. É que submetida ao filtro da proporcionalidade em sentido amplo é possível que uma certa medida cautelar consiga responder com eficiência aos critérios da adequação(idoneidade) e necessidade e, ainda assim, lhe falte a moderação. Mesmo idônea e necessária a medida eleita pode pecar por excesso, abuso e até esvaziamento de outros direitos fundamentais corolários, avançando além do necessário para o atingimento do seu escopo. Nessa hipótese, inadmitida a proporcionalidade em sentido estrito, subtraída a análise de ponderação, a medida excessiva ou abusiva seria considerada constitucionalmente válida, mesmo oferecendo sobrecarga ao direito fundamental.

⁴⁶ Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 206) anotam “Em conclusão, a proporcionalidade em sentido estrito (ou teste de exigibilidade) deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade, já que, a despeito da opinião dominante tanto no Brasil quanto na Alemanha e em outros países, tem dado azo a usurpação da competência de decisão política própria dos órgãos do Poder Legislativo por órgãos do Poder Jurisdicional. Como dissemos, do ponto de vista material, os direitos fundamentais são heterogêneos e isso impede um sopesamento que só seria possível entre elementos comensuráveis. Do ponto de vista formal, os direitos possuem a mesma força jurídica e isso impede a hierarquização. Isso indica a impossibilidade de se efetuar uma ponderação fundamentada na Constituição. Assim sendo, quando o julgador constatar que uma restrição é adequada e necessária, deve encerrar o exame de constitucionalidade ainda que discorde da opção do legislador”.

Nesse sentido, não obstante respeitáveis opiniões em sentido contrário, estimo que não há como abicar da proporcionalidade em sentido estrito e seu juízo valorativo na equação entre meio e fim. É que a ponderação empresta a essa equação a exata medida, evitando o sobrepeso, excesso de restrição e até o esvaziamento do direito fundamental.

A proporcionalidade em sentido estrito traduz a ideia de justa medida e proibição de excesso à medida que estabelece o necessário equilíbrio na relação entre meio e fim. Nem tanto nem tão pouco. A virtude está no equilíbrio. As desvantagens decorrentes das restrições impostas ao direito individual devem ser compensada com as vantagens alcançadas em proveito de todos.

Nesse sentido, pertinente a lição de Odone Sanguiné (2014):

A importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim pretendido pela intervenção legislativa. As vantagens que se obtém mediante a intervenção no direito fundamental devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral. Uma medida interventiva é proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superam as desvantagens. A proporcionalidade em sentido estrito significa genericamente a proibição de excesso e, conseqüentemente, a proibição de esvaziar o 'conteúdo essencial' do direito fundamental objeto da restrição, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para interesse de pessoas, individuais ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens (p. 651).

Focando a análise exclusivamente em relação a privação da liberdade, a questão que se impõe é descortinar se a prisão provisória, enquanto medida cautelar, não se apresenta como um mal maior do que a própria pena privativa de liberdade. Meios e fins devem ser colocados em uma balança que acusará ou não a proporcionalidade da medida, através um juízo de ponderação entre os interesses em conflito, qual seja, a tutela da liberdade do indivíduo frente a efetividade do processo e, conseqüentemente, o dever de punir do Estado.

A prisão cautelar será compatível com os direitos fundamentais sob a ótica da proporcionalidade em sentido estrito apenas nos casos em que a sua aplicação não representa consequência mais grave do que aquela que deverá resultar de uma eventual sentença condenatória.

Paulo Rangel (2008), nesse sentido, refere-se a uma medida de homogeneidade com o mesmo sentido do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito:

A medida cautelar a ser aplicada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa do que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a

proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que está sendo concedido. Exemplo: admite-se prisão preventiva em um crime de furto simples? A resposta é negativa. Tal crime, primeiro, permite a suspensão condicional do processo. Segundo, se houver condenação, não haverá pena privativa de liberdade face à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Nesse caso, não haveria homogeneidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida. O mal causado durante o curso do processo é bem maior do que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando do seu término (p. 659-660).

Partindo dessa compreensão, estima-se que no sistema cautelar positivado no Código de Processo Penal brasileiro, quando for admissível a composição civil ou a transação penal – nos delitos de menor potencial ofensivo –, quando for possível a suspensão condicional do processo – para os crimes com pena mínima não superior a um ano –, se admitida, em prognose, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, se a pena privativa de liberdade – em abstrato – no caso de condenação puder ser cumprida inicialmente em regime aberto ou mesmo no regime semiaberto, se comportar o acordo de não persecução penal, inovação instituída no art.28-A, pela Lei nº 13.964/2019, não será – em nenhum dessas hipóteses – em regra, admitido o uso de qualquer modalidade de prisão cautelar.

No entanto, é frequente, no Brasil, o encarceramento cautelar por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, em que a eventual condenação termina por substituir a pena privativa de liberdade por uma prestação de serviços à comunidade ou qualquer outra restritiva de direitos (BARRETO, 2007).

Nesse contexto, é certo concluir que a desproporção nas prisões provisórias é um dos problemas mais graves em países como o Brasil, pois sempre haverá o risco da privação da liberdade do acusado no curso do procedimento, e, ao final, nem se chegar a aplicar uma sanção – nas hipóteses de absolvição ou prescrição – ou, ainda, que a pena aplicada venha a ser quantitativa e qualitativamente mais branda que a prisão cautelar.

Nessa difícil equação, quando se defrontam o direito fundamental de liberdade e a necessidade de tutela da efetividade do processo e, mediatamente, a segurança coletiva, estima-se que a desatenção ao princípio da proporcionalidade, no contexto das medidas cautelares, especialmente, na privação de liberdade, quase sempre, importa em ministrar remédio que causa mais dor e sofrimento que à própria enfermidade (VIEIRA, 2008).

CONCLUSÃO

A decisão política em dotar a dignidade humana do status de fundamento do Estado Democrático de Direito projeta significativa consideração em relação a tutela dos direitos humanos, desde que condiciona a atuação, funcionamento e fins do Estado a esse fundamento. É exatamente nesse contexto que se redesenham as relações entre indivíduo e o Estado. A horizontalidade dessa relação, construída a partir do reconhecimento de igual dignidade de todos, recomenda que somente é possível a interferência do Estado na esfera individual do cidadão quando necessária ou imprescindível para assegurar a tutela de todos.

Destaca-se, nesse contexto, a relação existente entre Estado, constituição e Processo Penal. É que a configuração político-ideológica do Estado encontra na Constituição suas linhas estruturantes, de sorte que ao traçar o perfil ideológico e as balizas estruturantes de um certo modelo de Estado a Constituição projeta essa concepção política no âmbito de suas instituições e procedimentos.

Isso faz com que o modelo de Estado reflita na relação processual em forma de valores e princípios constitucionais. Nessa conjuntura, resulta a identidade axiológica entre o modelo de Estado e o modelo de Processo Penal.

A medida que o Estado prestigia os valores democráticos, o Processo Penal será sempre e necessariamente inspirado por iguais valores, dando primazia aos valores e princípios que lhes são corolários, dentre os quais destacam-se a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e a presunção de inocência.

A consideração da dignidade humana como fundamento da República revela certo avanço civilizatório, de sorte que essa compreensão impõe a existência de um Processo Penal de índole humanista, respeitoso com os direitos fundamentais e garantias individuais, cuja possibilidade de restrição somente através de autorização constitucional quando balanceada com o princípio da proporcionalidade, no afã de salvaguardar e assegurar direitos de iguais categorias em proveito da vida comunitária.

Não obstante evidenciada a tutela enfática da liberdade como consequência e projeção da democratização do processo, estima-se, todavia, que a Constituição não deixou de tutelar também outros valores igualmente relevantes para sociedade, ainda que aparentemente possibilite a ocorrência de conflito.

Evidente que a tutela da liberdade não poderia ser feita sem possibilitar a utilização dos meios constitucionais necessários para salvaguardar interesses comunitários. Nesse

sentido, desde que revelada situação de perigo para efetividade do processo é possível a imposição de restrição ao direito fundamental de liberdade ainda que sem culpa definida.

Embora inescindível a primazia do direito fundamental de liberdade, em situação que tal, desde que justificado pelas circunstâncias, é possível a imposição de prisão cautelar ou mesmo de medida cautelar alternativa, de graduação menos intensa, na esfera de liberdade do cidadão, no escopo de assegurar a efetividade das investigações preliminares ou mesmo do processo de conhecimento ou de execução penal.

Nesse contexto, no afã de tutelar valores igualmente relevantes, tal qual a segurança pública, surge a possibilidade do aparente antagonismo normativo. Sendo certo que não há direito fundamental absoluto, é possível a imposição de sacrifícios ou de restrições ao direito fundamental de liberdade através de medidas cautelares sem que isso implique em desconsideração do valor intrínseco inerente a dignidade humana.

Essa equação somente se afigura possível em razão da ponderação ou sopesamento desses valores fundamentais em litígio através do princípio da proporcionalidade. Estabelecida a peleja normativa sua solução perpassa pela convocação do princípio da proporcionalidade para indicar o melhor caminho a seguir na aparente colisão, sem que isso implique em invalidação de um ou outro valor conflitante. O Princípio da Proporcionalidade indica a solução para situação concretada sopesando os valores concorrentes.

Estima-se que o princípio da proporcionalidade possibilita a utilização de critérios mais objetivos para justificar a tomada de decisão na colisão de direitos fundamentais, revelando-se como singular instrumento convencimento, ponderação e temperamento na interpretação de textos normativos, sobretudo daqueles que revelam acentuado grau de indeterminação, vagueza e abertura em sua redação.

Nesse contexto, descortina-se a ideia de tutela cautelar conectada com a influência do tempo na efetividade do Processo. Entre o início e o fim da relação processual vários acontecimentos podem criar óbices para prestabilidade e eficácia do Provimento final. Assim é que visando remover esses obstáculos adotam-se medidas cautelares para tutelar os meios ou fins do processo penal de conhecimento ou de execução.

Do ponto de vista formal, em razão de sua necessária taxatividade, as medidas cautelares não atentam contra o Princípio Constitucional da Presunção de inocência, desde que previstas na Constituição ou na Lei. Do ponto de vista material ou substancial para que ocorra compatibilidade vertical é imprescindível a sindicabilidade desses meios com os fins processuais que se pretende alcançar. Daí porque na aplicação das medidas cautelares é

preciso, no caso concreto, realizar o balanceamento entre a efetividade do processo e o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nesse contexto, desponta como pertinente a convocação do Princípio da Proporcionalidade a fim de que através de critérios de comparação, ponderação e valoração realize o sopesamento de valores para seleção da medida mais eficiente e menos onerosa ao direito fundamental com aptidão para realizar o resultado, qual seja, a efetividade do Processo e conseqüente promoção da segurança coletiva.

O Princípio da Proporcionalidade atua como Princípio moderador impondo limites e realizando o sopesamento e valoração entre os princípios em aparente colisão no escopo de definir primeiramente a idoneidade da medida (adequação). Encontrada a medida adequada dentre aquelas previamente estabelecida pelo legislador, impõe-se verificar a necessidade (exigibilidade). Nesse segundo estágio, realiza-se o juízo de comparação entre as várias medidas igualmente idôneas se existentes. Subsistindo a dúvida, ingressa-se no terceiro estágio, qual seja, a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Realiza-se, nesse momento, verdadeiro juízo de valor no afã de descortinar a medida menos intensa e mais eficiente com vista a tutela da efetividade do processo. No afã de otimizar o resultado de forma equilibrada, proíbe-se o excesso, abuso e esvaziamento do direito fundamental submetido a restrição.

Para que seja válida e constitucionalmente compatível com a regra de tratamento da presunção de inocência, a prisão cautelar deve ter por escopo a tutela dos meios – coleta de prova – ou mesmo dos fins - aplicação da Lei - do Processo Penal. Daí porque costuma-se afirmar que a medida cautelar é meio(instrumental) ou é final, quando tutela os fins processualmente legítimos.

A prisão cautelar somente se afigura constitucionalmente legítima, na ótica da proporcionalidade, quando decretada com a marca da excepcionalidade. Havendo outra medida idônea e necessária para afastar ou remover a situação de perigo contemporâneo, não há conformação constitucional com a proporcionalidade e, em consequência, a prisão cautelar viola a presunção de inocência no que tange ao dever de tratamento do acusado como inocente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. **Revista dos Tribunais**, v. 91, n. 799, p. 423-447, maio 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36203>. Acesso em: 2 jun. 2021.
- AMARAL, Cláudio do Prado. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal**. As reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012.
- AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de Normas em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 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. **Boletim do IBCCRIM**, v. 119, p. 6-7, out. 2002.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: RIBEIRO, B. M.; LIMA, M. P. (orgs.). **Estudos em homenagem a Weber Martins Batista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159-185.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, O. (coord.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- BARRETO, Fabiana Costa de Oliveira. **Flagrante e Prisão Provisória em casos de furto**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **Prisão e Medidas Cautelares**. Belo Horizonte: DelRey, 2011.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Prisão Preventiva Compulsória**. Goiânia: Saraiva,

1957.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasília: Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo** – A construção de um conceito jurídico à luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Forum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência** – Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições de Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal** – comentários à Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Projeto de Lei 111/2008. *In*: MOURA, M. T. R. A. (coord.). **As Reformas no Processo Penal**: as novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais** – Prisão e Liberdade Provisória de Acordo com a Reforma do Código de Processo Penal Lei 12.403, de 04.05.2011. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil** – conflito ente punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e Medidas Cautelares Diversas** – A individualização da Medida Cautelar no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. Coimbra: Coimbra, 1997.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e (em face da) Constituição**. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual** – comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1990.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A subsidiariedade processual penal alternativas à prisão cautelar**. Leituras complementares de Processo Penal. Bahia: Jus Podivm, 2008.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime: lei 13.964/2019** – comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: Uma análise à luz do Garantismo Penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DE LUCA, Giuseppe. Lineamenti della Tutela Cautelare Penale. **La Carcerazione Preventiva**. Padova: Cedam, 1953.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1974.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DUCLERC, Elmir. Princípios Constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 64, p. 274-296, jan.-fev. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES. Antônio Scarance. Funções e Limites da Prisão Processual. **Revista**

Brasileira de Ciências Criminais, v. 64, p. 239-252, jan.-fev. 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance. Prisão temporária e fermo – estudo comparativo. **Fascículos de Ciências Penais**, n. 3, p. 78-89, jul.-set. 1992.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FLACH, Norbert. **Prisão Processual Penal**: discussão à Luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FONTES JÚNIOR, João Bosco Araújo. **Liberdades Fundamentais e Segurança Pública** – Do direito à Imagem ao Direito à Intimidade: A Garantia Constitucional do Efetivo Estado de Inocência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FULLER, Paulo Henrique. **Lei anticrime comentada** – artigo por artigo – alterações ao Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2020.

GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal**/Leituras Complementares de Processo Penal. Bahia: Jus Podivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**. Comentários à Lei nº12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e Princípios Constitucionais - Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, O.

(Coord.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em Flagrante.** São Paulo: Saraiva, 2004.

GREVI, Vittorio. **Libertà Personale dell'imputato e Costituzione.** Milão: Giuffrè, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo.** Novas tendências do direito penal processual de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Princípios e garantias constitucionais.** A renovação do processo penal após a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HENDLER, Edmundo S. (coord.). **Sistemas Procesales Penales Comparados.** Los Sistemas Nacionales Europeos. Temas Procesales Comparados. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputado.** Bolongna: Zanichelli, 1979.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias.** Vol. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des)razão da Prisão Provisória.** Coleção Pensamento Crítico. Coordenação Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LANFREDI, Luís Geraldo Santana. **Prisão Temporária – Análise e perspectivas de uma releitura garantista da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal: prisão e liberdade provisória, arresto e sequestro, prova cautelar e outras medidas cautelares e preventivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória (e as medidas cautelares alternativas da prisão provisória).** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar. doutrina, jurisprudência e prática.** Niterói: Impetus, 2011.

LINO, Bruno Teixeira. **Prisão Temporária.** Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas** – Atualizado Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**, 4. ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LÓPEZ, Mercedes Fernández. **Prueba y Presunción de inocencia**. Madrid: Iustel, 2005.
- LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**. Belo Horizonte: DelRey, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MARMELTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito Processual Penal**. vol. IV. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- MARTINEZ, Sara Aragonese et al. **Derecho procesal penal**. Ramón Areces, 2004.
- MELLADO, Jose Maria Asencio. **La Prision Provisional**. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1987.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**. Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a convenção americana de direitos humanos. Salvador: JusPodivm, 2016.

MINAGÉ, Thiago. **Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória** – Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011. comentários e interpretação. São Paulo: Edipro, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. vol. IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro** – análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (coord.) **As reformas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NALINI, José Renato. A visão do Julgador. *In*: PENTEADO, J. C. (coord.) **Justiça Penal nº6, críticas e sugestões**. 10 anos de Constituição e a Justiça Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33-59.

NICOLITT, André Luiz. **As Subversões da Presunção de Inocência** – Violência, Cidade e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **Processo Penal Cautelar** – Prisão e demais Medidas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. – dignidade e direitos fundamentais – vol. I. Coimbra: Almedina, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime comentado**. Lei nº 13.964 de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitosa. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PALAO, Julio Banacloche. **La libertad personal y sus limitaciones**. Detenciones y restricciones en el derecho español. Madrid, 1996.

PALAZZOLO, Massimo. **Persecução Penal e Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PARDO, Miguel Angel Montañes. **La presunción de inocencia** – análisis doctrinal y jurisprudência. Pamplona: Aranzadi, 1999.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. Comunicação Social e a Tutela Jurídica da Dignidade Humana. *In*: SILVA, M. A. M. (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. Dignidade Humana e Liberdade de Locomoção – o dever de ir e vir – o Ser e o Movimento (“Estrada eu vou, estrada eu sou...”). *In*: SILVA, M. A. M. (Coord.). **A efetividade da Dignidade Humana na Sociedade Globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freiras. **A Tutela da Liberdade no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – comentários aos artigos 311 - 318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. *In*: FERNANDES, O. (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PUENTE, Ana María Ovejero. **Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia**. Valencia: Tirant Lo Blanch Monografias 460, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: DelRey, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Manual de Prisão e Soltura sob a Ótica Constitucional**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *In*: SHECARIA, S. S. (Org.). **Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século**. São Paulo: Método, 2001.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 86, p. 289-335, set.-out. 2010.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales**. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed., rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** – conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Porto Alegre: Forum, 2020.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Prisões Provisórias**: espécies, natureza e alcance. Leituras complementares de processo penal. Salvador: Juspdivm, 2008.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Daniele Souza de Andrade. A temporalidade específica da prisão preventiva – um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 14, n. 62, p. 197-219, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais** – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). **A Efetividade da Dignidade Humana na Sociedade Globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Marco Antônio Marques da. (coord.) **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2. ed., atual., e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Reforma Tópica do Processo Penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SOTELO, Jose Luis Vasquez. **Presuncion de Inocencia Del Imputado e Intima Conviccion**

Del Tribunal. Barcelona: Bosch, 1984.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança Pública e Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária.** São Paulo: Leud, 1994.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R.C. **Curso de direito processual penal.** 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de Inocencia y Prueba en el proceso penal.** La Ley, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 1980.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência.** Prisão Preventiva e Ordem Pública. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VIEIRA, Antônio. **Princípio da proporcionalidade e prisão provisória.** Leituras Complementares de Processo Penal. Salvador: Jus Podivm, 2008.

VILAR, Silvia Barona. **Prision Provisional y Medidas Alternativas.** Barcelona: Bosch, 1987.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da Presunção de inocência em direito processual penal.** Coimbra: Coimbra, 2000.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização.** Rio de