



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

PAULO ANDRÉ TEIXEIRA HURBANO

AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

FORTALEZA

2011

PAULO ANDRÉ TEIXEIRA HURBANO

AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Maia.

FORTALEZA

2011

PAULO ANDRÉ TEIXEIRA HURBANO

AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Esta monografia foi submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica da Faculdade de Direito, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e encontra-se à disposição dos interessados na Biblioteca da referida Universidade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que feita de acordo com as normas de ética científica.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Daniel Maia (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof^a. Dr. Francisco Régis Frota Araújo
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestrando Sr. Felipe Lima Gomes
Universidade Federal do Ceará - UFC

A DEUS.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que, através de sua paciência, amor, alegria, educaram-me não só para a vida terrena, mas também para a eternidade, por meio do ensino da Verdade .

Aos meus irmãos, que são os meus verdadeiros e melhores amigos e que, no por vir, serão a única ponte entre o meu passado e o futuro.

À minha tia Marias das Graças, que sempre foi como uma mãe para mim.

Ao meu chefe Francisco Antônio Rodrigues Pereira, que, com sua paciência e compreensão, eu fui capaz de aliar os meus estudos e o trabalho.

E aos demais que de alguma forma contribuíram na elaboração desta monografia.

“Aqueles que semeiam com lágrimas, com
cânticos de júbilos ceifarão”.

(Salmos 126.5)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as mudanças introduzidas pela Lei 12.403, sancionada em 4 de maio de 2011, concernentes à inclusão de um rol de novas medidas cautelares diversas da prisão provisória e a capacidade dessas medidas para garantir a eficácia do processo à luz do princípio da proporcionalidade. A prisão cautelar ganha a importante característica de subsidiariedade em face das outras, que só é possível com a aplicação do princípio da proporcionalidade, que impede que direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade não sejam violados tanto pelo excesso como pela proteção deficiente do Estado.

Palavras chave: Novas medidas Cautelares diversas da prisão – princípio da proporcionalidade – subsidiariedade da prisão provisória – superlotação das prisões brasileiras.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the changes introduced by Law 12,403, enacted on May 4, 2011, concerning the inclusion of new list of the different precautionary measures of provisional detention and the capacity of these measures to ensure the effectiveness of the process under the principle of proportionality. The arrest precautionary wins important feature of subsidiarity in the face of the others measures, which is only possible with the principle of proportionality, which prevents the fundamental rights of the individual and society are not violated by both the excess and the weak protection of the state.

Keywords: Different new precautionary measures of the prison - the principle of proportionality - exceptionality of provisional detention – overcrowding of Brazilian public chains.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011 | 14 |
| 2.1 Perspectiva histórica | 14 |
| 2.2 Conceito | 16 |
| 2.3 Classificação das medidas cautelares no Processo Penal | 17 |
| 2.4 A duração do processo e a situação de cautelaridade | 20 |
| 2.5 Requisitos da situação de cautelaridade | 22 |
| 2.6 Poder geral de cautela no processo penal | 26 |
| 2.7 O rol das novas medidas cautelares diversas da prisão | 28 |
| 2.8 Prisão Cautelar como "ultima ratio" | 30 |
| 2.9 O princípio do contraditório e a aplicação das novas medidas cautelares | 31 |
| 2.10 O princípio da proporcionalidade e a aplicação das novas medidas cautelares | 34 |
| 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | 35 |
| 3.1 Introdução | 35 |
| 3.2 A origem histórica do princípio da proporcionalidade | 36 |
| 3.3 A concepção do princípio da proporcionalidade por Cesare Beccaria | 38 |
| 3.4 O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade | 39 |
| 3.5 O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal | 41 |
| 3.6 O princípio da proporcionalidade no Direito Comparado | 43 |
| 3.7 Os subprincípios da proporcionalidade | 44 |
| 3.7.1 O subprincípio da idoneidade | 45 |
| 3.7.2 O subprincípio da necessidade..... | 47 |
| 3.7.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito | 49 |
| 4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES | 52 |
| 4.1 A previsão do princípio da proporcionalidade na aplicação das novas medidas cautelares e a efetivação de direitos fundamentais do acusado | 53 |
| 4.2 A previsão do princípio da proporcionalidade na aplicação das novas medidas cautelares e o princípio da presunção de inocência | 57 |

| | |
|---|-----------|
| 4.3 O previsão do princípio da proporcionalidade na aplicação das novas medidas cautelares e a excepcionalidade da prisão provisória | 60 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 66 |
| 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 68 |

1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, introduziu no ordenamento jurídico processual penal brasileiro um rol de novas medidas cautelares. Embora não possamos falar em um processo cautelar penal autônomo, sempre existiram medidas cautelares no Processo Penal Brasileiro.

No entanto, somente a prisão provisória estava prevista no Código de Processo Penal brasileiro como medida cautelar pessoal, isto é, tipo de medida cautelar que visa a garantir a eficiência da atividade persecutória estatal, a aplicação da lei penal, ou a garantia da ordem pública e econômica. As demais medidas cautelares eram de ordem patrimonial ou relacionadas à prova, como a antecipação de prova testemunhal, a interceptação telefônica, o arresto, o sequestro etc.

Com a promulgação da Lei 12.403/11, uma série de medidas cautelares de natureza pessoal foi introduzida no Código de Processo Penal, visando substituir a prisão em casos em que esta medida, chamada por vários juristas de “extrema ratio”, se revelava demasiadamente desproporcional à situação concreta que se visava tutelar.

O art. 319 do CPP traz à lume o rol dessas medidas cautelares, *in verbis*:

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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 o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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 para a 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.

§ 1o (Revogado).

§ 2o (Revogado).

§ 3o (Revogado).

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

As medidas cautelares têm natureza instrumental em relação ao processo. Elas garantem a eficácia da justiça criminal, tutelando o desenvolvimento regular do processo, assim como a efetividade do poder de punir do Estado. São essas, em linhas gerais, as justificativas teleológicas dessas medidas.

Dois são os requisitos basilares que devem estar presentes para que a situação de cautelaridade seja configurada: “Fumus comissi delicti” e o “Periculum Libertatis”. Aquele requisito diz respeito ao fato de que, para que seja decretada qualquer medida cautelar em sede de persecução penal, deve haver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Já este requisito diz respeito ao fato de que também deve haver o risco concreto para bens jurídicos alheios, caso o agente esteja em liberdade absoluta.

O fato é que, antes da inserção das novas medidas cautelares, a prisão era demasiadamente utilizada, havendo a chamada banalização da prisão provisória. Em muitos casos, a prisão cautelar é usada como medida de antecipação da pena, sem nenhuma análise do caso concreto, sendo feito somente um juízo da gravidade do crime em abstrato, ao arrepio de direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo aquele insculpido em seu art. 5^a, LVII: o princípio da presunção de inocência.

A regra deve ser a manutenção do estado de liberdade do agente que está submetido à persecução criminal pelo Estado. Somente em casos específicos, acima citados, é que se justifica a restrição da liberdade do agente. Contanto, não há necessidade, mesmo que haja os requisitos da cautelaridade, de se impor sempre a restrição máxima à liberdade do investigado/acusado. Há casos em que foge aos limites da razoabilidade e proporcionalidade a decretação da prisão cautelar.

Portanto, as novas medidas cautelares foram introduzidas no nosso ordenamento jurídico como medidas intermediárias entre a liberdade absoluta do agente em persecução criminal e a prisão, cabendo ao Juiz analisar, segundo os primados da proporcionalidade e razoabilidade, qual medida melhor se aplica ao caso concreto, sendo a prisão a “extrema ratio” da “ultima ratio”.

Dessa forma, com a edição da nova lei, a prisão provisória ganhou a característica de excepcionalidade em face de todas as outras novas medidas cautelares. O princípio da proporcionalidade é o cerne principal da questão, uma vez que, por meio desse princípio, é possível que outras medidas sejam aplicadas em situações em que não se justifica restrição máxima da liberdade.

Assim, o presente estudo tratará no primeiro capítulo das novas medidas cautelares, analisando cada uma, suas classificações, conceitos e natureza jurídica. Também será dado um apanhado histórico, assim como também será usado o recurso do direito comparado, incluindo exemplos das legislações estrangeiras.

No segundo capítulo, será abordado o princípio da proporcionalidade. Serão analisados o seu esboço histórico, a sua concepção à luz de autores do Direito Penal, suas características, a sua previsão na Constituição Federal, os seus subprincípios, a fim que seja compreendido bem o referido princípio.

No terceiro capítulo, far-se-á um estudo das novas medidas cautelares à luz do princípio da proporcionalidade. Assim, como o referido princípio ganhou expressa previsão com a reforma trazida pela Lei em comento, será o cerne do presente trabalho a relação dessas medidas com princípio da proporcionalidade, isto é, como o referido princípio possibilitou a aplicação das novas medidas cautelares e relegou a prisão ao *status* excepcionalidade, transformando-se, assim, em agentes de descarcerização do sistema prisional brasileiro.

2 AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

2.1 Perspectiva histórica.

Estudar a evolução histórica das medidas cautelares confunde-se, muitas vezes, em estudar a história das penas, sobretudo o da prisão.

O direito de punir surgiu com a necessidade do homem de viver em sociedade. O crescimento do homem se dava maior do que os meios naturais. Dessa forma, a cada dia, as dificuldades de satisfação das necessidades iam aumentando, obrigando o homem, até então selvagem, a agrupar-se.

Com surgimento de várias sociedades, tornou-se imprescindível a vivência em grupo, pois agora os indivíduos precisavam de proteção não somente das forças naturais, mas também do perigo advindo de outras sociedades.

Pode-se dizer que “as leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.”¹

No estado de selvageria, o homem dispunha de uma liberdade incondicionada. No entanto, essa liberdade conflitava com a incerteza de sua conservação, meio aos perigos e temores que os inimigos proporcionavam. Portanto, era mais conveniente o sacrifício de uma parte dessa liberdade, para que o restante pudesse ser usufruído com segurança.

Portanto, para que o homem pudesse viver em sociedade, que proporcionava segurança, foi preciso o depósito de uma porção das liberdades de todos os indivíduos membros, sacrificadas em prol do bem geral, sendo constituída a soberania na nação.

No entanto, retrata Cesare Beccaria, “não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura,

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 18.

incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros”.²

Era necessário, então, meios eficazes que pudessem sufocar esse espírito despótico. E as penas foram estabelecidas contra os indivíduos que desobedeciam às leis.

Ao longo do tempo, observam-se várias espécies de penas como a tortura, pena de morte, trabalho forçado, prisão e as chamadas penas alternativas.

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, as penas estão previstas num rol estabelecido pelo art. 5º, XLVI, CRFB/88, que dispõe, *in verbis*:

XLVI - A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de bens.

O art. 5º, XLVII, CRFB/88, preceitua as espécies de penas proibidas no ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Dessa forma, constata-se que a prisão é a pena mais ostensiva, quando não estamos em caso de guerra declarada, do Direito Brasileiro. O fundamento primeiro da prisão é, em linhas gerais, manter em custódia o agente em persecução penal, para que não somente a sua liberdade fique restrita, mas também para que a liberdade da coletividade seja garantida, uma vez que um criminoso deve ser separado da sociedade, a fim de que possa ser reeducado e punido, com escopo de não vir a infringir novas regras.

É uma forma, assim, de tirar do seio da sociedade uma pessoa com uma potencial nocividade à coletividade, evitando que bens importantes sejam violados por possíveis atitudes futuras. De certa forma, é um fundamento que se concentra no autor do crime, e não no ato do crime em si, em sua prevenção.

A prisão, até a promulgação da lei em estudo, era a única medida cautelar de natureza pessoal prevista em nosso código. Devido ao alto índice de prisões cautelares,

² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 19.

começou-se a ser discutida a possibilidade de inserir em nosso ordenamento medidas alternativas à prisão.

Assim, no ano de 2000, foi formada uma comissão de juristas para modificar o sistema processual penal. A Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000 constituiu a Comissão integrada pelos juristas Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance, Luis Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti, Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho e, posteriormente, Rui Stoco, que elaborou a proposta que originou, mais tarde, o Projeto de Lei da Câmara PLC nº 111, de 2008.

A proposta acabou sendo transformada no Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, de iniciativa do Poder Executivo, que remeteu à Câmara dos Deputados, juntamente com a mensagem nº 214/01, a exposição dos motivos 00022- MJ, de 25 de janeiro de 2001, do Ministério da Justiça. Após tramitar na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC, foi aprovada, em 2008, a emenda substitutiva global de Plenário apresentada pelo Grupo de Trabalho de Direito Penal e Processual Penal, instituído no âmbito daquela Casa Legislativa, sob a coordenação do deputado João Campos. Na justificação da referida emenda, o grupo de trabalho promoveu a atualização do projeto original, tendo em vista a evolução da jurisprudência desde 2002.

No Senado, o projeto foi distribuído ao senador Demóstenes Torres para emitir o relatório pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, tendo esta aprovado, em abril de 2009, parecer favorável com alguma emendas, posteriormente afastadas pela Câmara dos Deputados, na votação final do dia 7 de abril de 2011.³

O resultado final foi a edição da lei, introduzindo diversas medidas cautelares, que passarão a ser estudadas adiante.

2.2. Conceito

As medidas cautelares são instrumentos que garantem a eficácia final do processo. Todo processo, conjunto de atos e fatos com o fito de alcançar um resultado final (no caso específico do processo judicial, busca-se a realização da jurisdição), tem

³ GOMES, Flávio Gomes. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 16.

sua finalidade. No processo penal, a finalidade é o exercício do *jus puniendi* do Estado e, em última instância, garantir a tutela dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

Todo processo demanda tempo para que sua finalidade seja alcançada, ressaltando que o Constituinte Derivado, através da EC nº 45/04, introduziu o inciso LXXVIII no art. 5º da CRFB/88, a fim de tentar regular a duração tanto do processo judicial como do administrativo, *in verbis*: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Às vezes, dessa forma, o tempo acaba sendo um obstáculo para que o processo seja realmente eficaz. As medidas cautelares, portanto, são instrumentos, como já dito, para resguardar eficácia do processo.

Oportuno seria citar um exemplo para efeitos ilustrativos da instrumentalidade das medidas cautelares ao processo. Suponhamos que João da Silva está sendo acusado do crime de latrocínio. O processo está em seu trâmite normal no juízo da comarca onde foi cometido o referido crime. Embora ele esteja sendo acusado, é sabido que o processo não o intimidou, e têm-se notícias que João ameaçou várias testemunhas do processo.

A situação exposta dá ensejo a uma decretação de uma medida cautelar, a fim de que seja garantida eficácia do processo, uma vez que, se nada for feito para impedi-lo, as testemunhas podem ser influenciadas pelo medo da ameaça, e a verdade, que deve ser trazida ao processo, poderá ser viciada, prejudicando o exercício judicante.

2.3. Classificação das medidas cautelares no Processo Penal

Antes de discorrer a respeito da classificação das medidas cautelares, é importante observar que se pode classificar um determinado objeto em estudo de diversas formas, que dependerá do critério que se usa para chegar a uma classificação.

Assim, a classificação que será exposta leva em consideração o objeto que a medida cautelar tenta resguardar, se é o patrimônio, a pessoa ou as provas que serão produzidas no processo.

Dessa forma, a classificação proposta por Antonio Scarance Fernandes divide as medidas cautelares da seguinte maneira⁴:

a) Medidas cautelares patrimoniais (Ex.: arresto, sequestro e especialização e registro de hipoteca);

b) Medidas cautelares pessoais (Ex.: prisões em flagrante, preventiva e temporária [as únicas existentes antes da Lei em estudo] e medidas diversas da prisão [incluída nestas a fiança, que, entretanto, é medida real]);

c) Medidas cautelares relacionadas à prova (Ex.: a antecipação de prova testemunhal e antecipação telefônica)⁵.

O objetivo principal das medidas cautelares patrimoniais, salvo aquelas previstas na Lei de Drogas, que visam a proteger o interesse público, é garantir à vítima e aos seus sucessores a indenização pelos prejuízos que foram sofridos pela infração penal.

Essas medidas sempre foram pouco utilizadas. Explica-se esse fato devido à pouca importância que sempre se teve em relação à vítima do crime.

O Processo Penal Brasileiro sempre teve um escopo quase exclusivo de exercer o *jus puniendi* do Estado, sendo a vítima mera colaboradora do processo. No entanto, percebe-se uma mudança de foco com a edição da Lei 9.009/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, que prevê, por exemplo, a composição civil dos danos. (GOMES, Luiz Flávio, *Prisão e Medidas Cautelares*, 2011, pag.172).

Rogério Greco aduz, ao tratar sobre o tema:

A vítima, esquecida que foi durante décadas, começa a retomar posição de proeminência, sendo seus interesses priorizados pelo Estado. Essa influência da vítima no direito e no processo penal fez com que alguns autores cunhassem a expressão privatização do direito penal, entendendo-o como uma outra via de reação do Estado. Ulfrid Neuman esclarece que 'recentemente, a introdução da relação autor-vítima-reparação no sistema de sanções penais nos conduz a um modelo de três vias, onde a reparação surge como uma terceira função da pena conjuntamente com a retribuição e a prevenção.⁶

⁴ FERNANDES, Antonio Scarances. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 298-299.

⁵ JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p -245

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, volume I. Rio de Janeiro: Impetus, pág 27.

Ao lado das medidas cautelares patrimoniais, existem as medidas cautelares pessoais. No presente estudo, o foco estará nessas medidas, uma vez que essa categoria foi extremamente ampliada com a Lei 12.403/2011. Essas medidas visam a garantir a eficiência do processo.

É importante ressaltar que, até a edição da referida Lei, as únicas medidas existentes que tinham essa função eram as prisões cautelares.

Por fim, existem as medidas cautelares relacionadas à prova. A instrução probatória é importantíssima para o processo, quanto mais para o processo penal, onde predomina a busca pela verdade real.

É através da colheita de provas que o juiz pode convencer-se e julgar com propriedade. O processo, no entanto, só será justo, se as provas forem produzidas em contraditório, isto é, dentro do processo, fiscalizadas pelas partes, que deverão ter papel ativo na produção das provas, assim como paridade de armas.

Assim, mesmo que as provas sejam produzidas na fase de inquérito com toda diligência e imparcialidade, elas devem ser sempre apoiadas por provas colhidas dentro do processo criminal, sob pena de nulidade do processo, uma vez que a fase de inquérito é, sobretudo, inquisitorial, em que o contraditório não está necessariamente presente.

No entanto, nem sempre as provas produzidas no processo podem ser colhidas sob a égide do princípio do contraditório ao tempo de sua produção. O contraditório pode ser diferido, diante de circunstâncias que exigem que haja a colheita, por exemplo, de um testemunho, sob pena de, ao tempo da instrução criminal, já não exista mais.

Portanto, as medidas cautelares relacionadas às provas existem para resguardá-las de situações em que elas possam, a qualquer momento, esvair-se.

O art. 225 do Código de Processo Penal, em seu art. 225, expõe a antecipação da colheita de prova como uma medida de cautela diante do receio de que não exista mais quando for feita a instrução criminal, *in verbis*:

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

2.4. A duração do processo e a situação de cautelaridade

É comum a insatisfação dos operadores do Direito com a morosidade de um processo judicial. Essa morosidade, quando afeta o processo penal, toma proporções maiores do que no processo civil, posto que imprime na sociedade uma sensação de impunidade.

No entanto, mesmo com uma estrutura judiciária equipada e eficiente, o processo vai inexoravelmente se prostrar no tempo.

Atento a essa realidade, o Constituinte Derivado quis amenizar essa realidade de morosidade do Poder Judiciário Brasileiro, editando a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, incluindo o inciso LXXVIII no art. 5ª da CRFB, que dispõe: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A razoável duração do processo não tem a ver com celeridade a qualquer custo. A razoável duração nos leva à ideia de que o processo não pode ser demorado demais, para que a sua função seja esvaziada ao final, nem pode ser rápido demais, a expensas de direitos e garantias processuais como o contraditório e a ampla defesa, que só podem ser exercidas em sua plenitude quando se dá tempo hábil às partes de produzir provas, fazer alegações, arrolar testemunhas etc.

Dessa forma, do início da persecução penal, que se dá, na maioria dos casos, com o início do inquérito policial, até o trânsito em julgado da sentença, haverá um lapso de tempo considerável.

Durante esse tempo, a regra é que o agente, objeto da persecução penal, seja mantido em liberdade, atento ao princípio da presunção de inocência.

George Sarmento, ao comentar sobre a dimensão do princípio da presunção de inocência, enfatiza a necessidade de “cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento”. Cria-se, assim, “um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal”, porém, “sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os

criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei, assegurando o combate legítimo e efetivo da criminalidade”.⁷

O indivíduo, ao estar sendo objeto de investigação penal, tem seu espectro de garantias e direitos limitados. O Estado, usando de seu poder de *ius puniendi*, mesmo que dentro dos limites impostos pelos princípios constitucionais, restringe a liberdade do agente que está sob persecução penal.

Dessa forma, um Estado Democrático de Direito, necessária e exclusivamente, terá o ônus da prova relativa à existência do fato e à autoria de um crime que está sendo investigado; caso contrário, adotar-se-ia um modelo processual penal inquisitorial, no qual os indivíduos não teriam garantia nenhuma diante do Poder Estatal, tendo em vista que, na maioria dos casos, provar a não existência de um fato leva a aberrações jurídicas, que fogem às regras mais mezinhas da lógica jurídica.

Eugênio Pacelli de Oliveira entende que o referido princípio impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento e outra de fundo probatório.

No que concerne à regra de tratamento em si, o autor afirma:

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de “liberdade provisória.

E, discorrendo sobre o assunto, o autor conclui:

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não de presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.⁸

Assim, a liberdade do indivíduo prevalece durante todo *iter persecutório*; no entanto, existem situações que justificam a custódia provisória do preso.

⁷ SARMENTO, George. **A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro**. In: Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Rosmar Antoni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. P. 242-243.

⁸ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13ª Ed. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 49-50

Portanto, a decretação das medidas cautelares justifica-se na duração natural do processo judicial. Para garantir um resultado eficaz da tutela penal, situações excepcionais, previstas previamente em lei, dão azo à necessidade de que o juiz tome uma atitude processual de cautela.

2.5. Requisitos da situação de cautelaridade

Ada Pellegrini Grinover, dissertando sobre a teoria geral do processo cautelar, afirma:

A atividade cautelar destina-se à conservação de certos meios exteriores sem os quais o processo não teria como ser realizado correta e eficientemente (bens suscetíveis de constrição judicial, fontes de prova). É o que se vê, p. ex., no arresto de bens do devedor, imposto para evitar que no futuro já não se encontre em seu patrimônio o que penhorar (CPC, art. 813); ou na produção antecipada de provas, cuja finalidade é evitar que a instrução processual venha depois a ficar privada do depoimento de uma testemunha em risco de vida, ou dos vestígios de um dano (a serem certificados em perícia) *etc.* Os provimentos cautelares fundam-se na hipótese de um futuro provimento definitivo favorável ao autor (**fumus boni iuris**): verificando-se cumulativamente esse pressuposto e o do **periculum in mora**, o provimento cautelar opera em regime de urgência, como instrumento provisório sem o qual o definitivo poderia ficar frustrado em seus efeitos” (grifos nossos).⁹

Assim, seguindo a lições clássicas de Calamandrei, todas as medidas cautelares devem estar fundadas nesses requisitos acima citados: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No entanto, esses requisitos têm aplicação adequada no âmbito do processo civil. No Processo Penal, esses requisitos dão espaço a outros requisitos, que são derivados daqueles. Tais requisitos são, a saber, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicti*, ou fumaça do cometimento de um fato punível, como preferem alguns doutrinadores, se exterioriza na prova da existência do crime (do fato punível) e indícios suficientes de autoria.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 339

O art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro, em sua última parte, dispõe que a prisão preventiva poderá ser decretada “(...) quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

A princípio, pode-se pensar que esse requisito fora estabelecido pelo legislador somente para a prisão preventiva, não sendo exigido para as demais medidas cautelares.

Contudo, para que seja decretada qualquer outra medida cautelar, ao juiz cabe certificar-se das provas carreadas nos autos, a fim de que possa aferir, no caso concreto, através de uma análise perfunctória, se há indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime.

Luiz Flávio Gomes, nesse sentido, assere que “*ao juiz compete demonstrar esse requisito essencial às medidas cautelares. Impõe que ele evidencie na sua decisão a existência do fumus comissi delicti*”.¹⁰

Nestor Távora, explanando os dois quesitos caracterizadores do *fumus comissi delicti*, entende que, no que se refere à ocorrência do delito, é imprescindível que haja um conjunto probatório incontestado, “seja por exame pericial, testemunhas, documentos, interceptação telefônica autorizada judicialmente ou quaisquer outros elementos idôneos, impedindo-se a segregação cautelar quando houver dúvida quanto à existência do crime”.

No âmbito da autoria, o juízo de probabilidade é menor que se faz, exigindo-se indícios que relacione o indivíduo à prática da infração, Dessa forma, arremata o autor, “Não se exige concepção de certeza, necessária para uma condenação. A lei se conforma com o lastro superficial mínimo vinculando o agente ao delito”.¹¹

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci defende que, assim como a prisão temporária, as medidas cautelares não dependem de prova inequívoca da materialidade e de indício suficiente de autoria para que seja decretada.

Assim ele conclui:

¹⁰ GOMES, Flávio Gomes. *Prisão e Medidas Cautelares*. 2ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 34.

¹¹ TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 4ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Jus Podivm, p. 530.

Aliás, se ambos os fatores fossem considerados fundamentais para a temporária, essa modalidade de prisão cautelar se igualaria à preventiva e perderia a razão de ser. Portanto, basta seguir o preceito básico de *quem pode o mais pode o menos*. Sendo possível decretar a prisão temporária sem a prova segura da materialidade ou de indício suficiente de autoria, por óbvio, pode-se deferir medida cautelar de menor peso, como as previstas pelo art. 319 CPP.¹²

A situação de cautelaridade é como se fosse um “alerta vermelho” no processo. Essa situação acontece no caso concreto durante o trâmite do processo. O juiz deve estar atento para, no processo, a requerimento ou de ofício, que sejam adotadas medidas condizentes com essa situação.

Ele irá aferir os requisitos para certificar-se se a cautelaridade está ou não presente, com o fito de promover diligências no sentido de resguardar a situação.

Portanto, outro requisito que caracteriza a situação de cautelaridade é o *periculum libertatis*. Esse requisito relaciona-se com o *periculum in mora* do processo civil, embora exerça uma função diferente, adequada ao processo penal.

Luis Flávio Gomes (2011, p. 34), em relação ao referido requisito, entende:

O fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado ou simplesmente suposta em razão do status da sua liberdade. O risco está diretamente vinculado com a situação de liberdade do agente. É o *periculum libertatis* que justifica a aplicação das medidas cautelares pessoais. O agente, estando em liberdade absoluta, pode representar risco concreto para bens jurídicos alheios. É isso que fundamenta a adoção de medidas cautelares.

Portanto, diferentemente do processo civil, entende o autor que não é a situação de demora em si do processo que dá ensejo à decretação de qualquer medida cautelar, mas o perigo do estado per si de liberdade do agente que supostamente cometeu o crime.

No entanto, *data vênia*, entendo que o perigo, está, sim, na duração do processo. O ideal é que qualquer indivíduo só tenha sua liberdade restringida, se condenado for definitivamente. Mas, por ser o processo um conjunto de atos que demandam tempo, diante de situações, como a possibilidade de fuga do acusado, não se

¹² NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Prisão e Liberdade*. São Paulo: Editara Revistas dos Tribunais, p. 27

espera o final do processo para que se restrinja a sua liberdade; ao contrário, restringe-se sua liberdade, a fim de garantir a finalidade do processo.

O *periculum libertatis* é restringido pelas hipóteses, no caso da prisão preventiva, do art. 312, CPP, que dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada **como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal**, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

Parágrafo único. 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).

A lei 12.403/2011 previu mais uma hipótese de prisão preventiva no Código de Processo Penal Brasileiro. O art. 313, parágrafo único, traz à lume a seguinte disposição:

Parágrafo único. 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.

Como se vê, embora a nova lei tenha dado à prisão cautelar um caráter subsidiário, ela ampliou as possibilidades de sua decretação, a saber, na dúvida sobre a verdadeira identidade da pessoa ou quando esta não quiser cooperar para com as autoridades no sentido de sanar a dúvida. E o limite de tempo é identificação da pessoa.

Observa-se, outrossim, que o juiz, na análise dos requisitos da cautelaridade que possam fundamentar uma possível decretação de prisão preventiva, não pode fugir às situações que estão expressamente prevista na lei.

Esses requisitos mais restritos são aplicados somente à prisão preventiva, tendo em vista que é uma medida *ultima ratio*, isto é, como a liberdade do perseguido criminalmente só pode ser privada na sua expressão máxima, é de ordem lógica que sejam mais excepcionais as situações que lhe dão azo.

Na análise dos dois requisitos em comento (*periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*) para decretar qualquer medida cautelar pessoal que não seja prisão, o juiz terá maior liberdade para aferir se cabe decretação dessas medidas cautelares alternativas à prisão, tendo em vista que a lei estabeleceu somente duas situações que devem guiar o juiz: necessidade e adequação.

Assim dispõe o art. 282 do CPP, *in verbis*:

As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (grifos nossos).

Guilherme de Souza Nucci, comentando sobre os casos previstos na lei no quesito necessidade, aduz:

O art. 282, I, abraçando esse requisito, empresta dois fatores diretamente ligados à prisão preventiva (art. 312, CPP), embora com módicas alterações, que são: garantia de aplicação da lei penal e conveniência de investigação ou instrução criminal. Além desses, cria um novo fator, consistente na evitabilidade da prática de infrações penais nos casos expressamente previstos em lei.

Note-se que não se refere o mencionado inciso aos outros dois fatores de decretação da prisão preventiva, que são a garantia de ordem pública e a garantia da ordem econômica. Quer-se crer, por uma questão de lógica, que somente a prisão preventiva pode ser cabível nessas hipóteses.

Aliás, há sentido nessa interpretação, pois se o indiciado ou réu coloca em risco a segurança pública, não há cabimento para substituição da prisão por medida cautelar alternativa, que são muito menos abrangentes e eficazes.¹³

Dessa forma, o art. 282, incisos I e II, com a nova redação, menciona expressamente as exigências da necessidade e da adequação da medida (ou seja, os subprincípios da necessidade e da adequação). No plano formal da legalidade (expressa) é assim que o legislador delineou o tema da proporcionalidade, assim afirma Luís Flávio Gomes (2011, p. 34).

2.6. Poder Geral de Cautela no Processo Penal

Existem duas categorias de medidas cautelares no processo civil: as nominadas e as inominadas. As nominadas são aquelas previstas expressamente em lei, isto é, são típicas, cabendo ao juiz fazer o juízo de subsunção, aplicando-as aos casos previstos.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Prisão e Liberdade**. São Paulo: Editara Revistas dos Tribunais, p.

No entanto, por mais casuística que seja a lei, ela não pode prever todas as situações possíveis que possam surgir nas relações travadas entre o Homem. Dessa forma, o juiz pode, de acordo com o caso concreto, tomar outras atitudes processuais, sob o primado da proporcionalidade, a fim de acautelar uma determinada situação.

Assim, o juiz pode decretar medidas cautelares, no processo civil, distintas daquelas já previstas na lei. Esse é o chamado poder geral de cautela.

O art. 798, CPC, consagra essa prerrogativa do juiz, *in verbis*, “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar **as medidas provisórias que julgar adequadas**, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (grifos nossos).

O poder geral de cautela encontra fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Nesse sentido, sentido o Supremo Tribunal Federal, ao conceder liminar na Ação Declaratória nº 4, definiu que a jurisdição contém o chamado poder de acautelar, motivo pelo qual se conferem ao magistrado instrumentos para garantir a efetividade de seu mister de julgar.

A conclusão a que chegou o STF aposta para premissa fundamental de que o poder de julgar é indissociável do poder de acautelar, despontando, por essa razão, a existência de jurisdição cautelar, apta a garantir o resultado útil do processo principal, como corolário do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, comenta assim Mantovani Colares Cavalcante¹⁴.

No entanto, o poder geral de cautela, para doutrina e jurisprudência majoritárias, não se aplica ao Processo Penal Brasileiro. No direito penal, do qual o processo penal é instrumento, como os bens jurídicos que estão em jogo são os mais importantes, acredita-se que o juiz, para que seja decretada medida cautelar na persecução penal, deve estar limitado pelo princípio da legalidade, isto é, o juiz não deve ir além do que está previsto na lei, decretando medidas cautelares inominadas.

Nesse sentido Antônio Magalhães Filho: “não se pode cogitar em matéria criminal de um ‘poder geral de cautela’, através do qual o juiz possa impor ao acusado

¹⁴ CAVALCANTE, Mantovani Colares. “Os novos rumos da Jurisdição Cautelar”. Revista Dialética Processual 1:127-145. São Paulo: Dialética, abril de 2003, p. 128.

restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é imprescindível 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 ‘a legalidade da inteira repressão’, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta”.¹⁵

O STJ já havia decidido, por exemplo, diversas vezes que decretação de medidas não previstas em lei, como o mandado de entrega de passaporte, como condição para que não fosse decretada prisão preventiva, configurava constrangimento ilegal. Assim, colaciona-se:

Estrangeiro (denunciado) – Prisão preventiva (revogação) – Entrega do passaporte (determinação) – Coação ilegal (caso). 1. Constitui coação ilegal – dúvida não há – a concessão de liberdade a estrangeiro condicionada à entrega à autoridade judicial do documento de identificação internacional (passaporte). Precedente. 2. Ordem concedida”. (STJ, HC 119515/CE, rel. Min. Nilson Naves. Dje 14.12.2009)

Em sentido contrário, Marcellus Polastri Lima entende que há, sim, um poder geral de cautela do juiz penal.¹⁶

Com a edição da lei 12.403/2011, que introduziu no nosso ordenamento jurídico um rol de medidas cautelares diversas da prisão, a discussão sobre o tema do poder geral de cautela arrefeceu, tendo em vista que a criatividade do juiz para inventar medidas que não estejam no extenso rol da referida lei tornou-se praticamente inútil.

Assim, Luís Flávio Gomes afirma: “Se todas essas medidas, aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 282, §1.º), não forem suficientes, parece-nos que será mesmo o caso de se recorrer à medida extrema da prisão. (GOMES, 2011, p. 179)

2.7. O rol das novas medidas cautelares diversas da prisão

A lei 12.403/2011 modificou o artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro, introduzindo diversas medidas cautelares diversas da prisão.

¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 157.

¹⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 128-130

Oportuno é trazer à baila o artigo 319, *caput, in verbis*:

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 o 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 para a 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.

É importante salientar que as medidas em comento são autônomas, isto é, podem ser aplicadas, por exemplo, a um acusado de um crime no qual não cabe prisão preventiva ou temporária.

Elas são cabíveis a qualquer espécie de infração penal, exceto naquelas para as quais não há cominação de pena privativa de liberdade, ou seja, nas contravenções penais (art. 283, §1º).

Essas novas medidas cautelares devem certamente cumprir as mesmas finalidades que até hoje vem sendo cumpridas exclusivamente pela prisão cautelar. A propósito, o art. 282, I, expressamente elenca tais finalidades: garantia para a aplicação da lei penal; garantia para a investigação ou a instrução criminal; garantia da ordem pública (evitar a prática de crime de infrações penais). Embora a garantia da ordem econômica não esteja mencionada no art. 282, I, a medida cautelar do art. 319, VI, inegavelmente presta-se a tal finalidade.

A medida cautelar diversa da prisão pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou do processo, inclusive, por ocasião da sentença condenatória. O

descumprimento da medida, entretanto, não impede o conhecimento da apelação interposta (art. 387, parágrafo único do CPP).

2.8. Prisão cautelar como “última ratio”

Antes da edição da Lei das novas medidas cautelares (12.403/2011), a prisão cautelar era a única medida cautelar de caráter pessoal. Aury Lopes Júnior, comentando sobre o sistema anterior, colocou que “do ponto de vista morfológico, o atual sistema cautelar é bastante limitado, reduzindo a complexidade da tutela a dois extremos patológicos: a banalização da prisão preventiva de um lado; e o sentimento da impunidade pela liberdade sem restrições de outro”.¹⁷

A nova Lei 12.403/2011, assim, introduziu um rol de medidas cautelares e estabeleceu, no art. 282, §6º, que “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Observa-se, dessa forma, que o legislador quis colocar a prisão cautelar como uma medida cautelar subsidiária a todas as outras, uma vez que se trata de restringir um dos bens mais importantes do ser humano: a liberdade.

Segundo as estatísticas penitenciárias brasileiras, 44% dos presos brasileiros¹⁸ ainda não foram julgados, isto é, são presos provisórios. Essa malsinada estatística revela a situação caótica do sistema penal brasileiro.

No processo penal, deveria prevalecer a situação de inocência do preso, no entanto o que se vê é o uso da prisão cautelar com uma forma de executar provisoriamente a pena ao acusado.

Levantamentos e inspeções concretizados pelo Conselho Nacional de Justiça vêm revelando disparates graves, total insensibilidade e desrespeito à dignidade da pessoa humana. No Maranhão, uma pessoa ficou presa durante oito anos quando a pena era de quatro. Em Pernambuco e no Piauí foram encontrados presos que já tinham

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). São Paulo: Boletim do IBCCRIM.

¹⁸ <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2FEEC93DDE6345B4B1E45071A0091908PTBRNN.htm>

sido absolvidos. Esses presos são pessoas discriminadas e “marcadas para sofrer” (GOMES, 2011. p. 75)

A nova lei intencionou colocar um rol de medidas intermediárias entre a prisão cautelar e a liberdade do acusado. Na maioria dos casos, a eficácia do processo pode ser resguardada com medidas alternativas, diferentes da prisão.

A prisão, mesmo que cautelar, traz enormes malefícios para vida do indivíduo que foi submetido à referida medida. É uma medida que deve ser aplicada quando outras já não forem suficientes e adequadas para que a finalidade do processo seja alcançada. Por isso, a restrição da liberdade chama-se medida de “ultima ratio”.

Guilherme de Souza Nucci, aplaudindo as mudanças da nova lei, comenta: “Outro ponto positivo da nova lei é apresentar a prisão preventiva como *ultima ratio* (última opção), primando pelo respeito aos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima. Eis mais um contato entre princípios penais e processuais penais: a prisão preventiva, tanto quanto a lei incriminadora, passa a ter a conotação de subsidiariedade”.¹⁹

2.9. O princípio do contraditório e aplicação das novas medidas cautelares

O princípio do contraditório faz parte da própria essência do processo. O processo é conjunto de atos tendentes a um resultado final. No caso do processo judicial, o contraditório faz parte para que o resultado final, a norma dita no caso concreto, seja obtida de forma justa, com paridades de armas, em que todas as partes do processo tenham tido participação no convencimento do Juiz.

A Constituição Federal consagra esse princípio no seu art. 5º, LV, *in verbis*, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

José de Albuquerque Rocha, explicando o princípio do contraditório, aduz que “deriva também do princípio do devido processo legal. É uma exigência da

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 32.

estrutura dialética do processo. Diz respeito às relações entre as partes. Seu pressuposto é a idéia de que a verdade só pode ser evidenciada pelas teses contrapostas das partes”.²⁰

Nestor Távora, ao comentar sobre o princípio do contraditório, afirma que o “traduzindo no binômio ciência e participação, e de respaldo constitucional (art. 5º, inc. LV da CF), impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual”²¹

No mesmo sentido, Elio Fazzalari, preleciona que “a própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um “interessado” e um “contra-interessado”, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis, e, sobre o outro, efeitos prejudiciais”.²²

No caso das medidas liminares, concedidas *inaudita altera pars*, o contraditório é mitigado, uma vez que, decisões judiciais têm seus efeitos gerados imediatamente, mas ele não é totalmente vergastado, tendo em vista que ele é diferido para uma ocasião posterior no processo.

Por isso que, para que o juiz possa conceder medidas liminares, é preciso que se certifique da reversibilidade de sua decisão, sob pena de, mais a frente, quando for dado o contraditório, caso seja provada a ilegalidade da medida concedida no início, a decisão não poder ser mais revertida, por impossibilidade material.

A lei 12.403/2011 modificou o art. 282, introduzindo o §3º, *in verbis*, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”.

A lei quis estabelecer uma espécie de contraditório, salvo as exceções previstas, quais sejam, os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, no momento da concessão das medidas cautelares.

²⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 32.

²¹ TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Jus Podivm, p. 56.

²² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P. 122.

O contraditório referido aplica-se até mesmo ao inquérito policial, que é um procedimento administrativo de caráter preliminar e informativo, de caráter inquisitivo, isto é, caracterizado pela inexistência, em linhas gerais, do contraditório e da ampla defesa.

Luís Flávio Gomes, comentando o referido parágrafo, aduz:

O ouvir da parte contrária (leia-se: o imputado) significa abrir, para o juiz, a possibilidade de maior acerto na medida a ser decretada. O contraditório ora determinado pela lei parece burocrático, mas na verdade é ele que vai iluminar a decisão do juiz, na sua tarefa de fazer justiça.²³

Caso o juiz conceda uma medida cautelar sem que seja dada oportunidade para o imputado, é de bom alvitre que marque prontamente uma audiência para ouvi-lo.

Dentre tantas outras garantias albergadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, há uma que se aplica ao caso: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (art. 7º, 5, da Convenção).

Guilherme de Souza Nucci entende que o contraditório, previsto pelo diploma normativo em comento, estabelecido antes da decretação das medidas cautelares, acaba esvaziando-se diante da exceção dos casos em que há urgência e perigo de ineficácia da medida, tendo em vista que afirma:

A tendência, no âmbito das medidas cautelares, será a prevalência dos casos de urgência ou de perigo de demora (*periculum in mora*), justificando a decretação sem prévia oitiva do indiciado ou réu. Afinal, muitas das medidas substituem a prisão, razão pela qual carregam consigo o mesmo caráter de indispensabilidade.

Torna-se difícil imaginar uma situação sem urgência ou perigo em que se requeira a medida de cautela, possuindo-se tempo suficiente para ouvir o interessado antes da decretação. Noutros termos, se há viabilidade para se instaurar o contraditório em torno da medida cautelar, muitas vezes, ela não seria tão indispensável assim, a ponto de justificar o seu deferimento. Mas, cada caso é um caso. No exemplo supracitado, o vizinho que deseja impedir o outro de frequentar certo lugar, sem ter consigo prova pré-constituída,

²³ GOMES, Flávio Gomes. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 72.

fomenta o exercício do contraditório, evitando-se a restrição à liberdade individual sem lastro seguro.²⁴

É importante a previsão do parágrafo em estudo, pois o contraditório evita que muitas medidas cautelares sejam aplicadas sem o conhecimento necessário da situação, que, em muitos casos, só é possível com o importantíssimo contraditório, que permite a tão útil dialética processual.

2. 10. O Princípio da Proporcionalidade e as medidas cautelares

O cerne do presente estudo é a aplicação desse princípio no momento da análise do juiz de qual medida cautelar deverá ser aplicada ao caso concreto que lhe foi posto; dependendo da situação, em casos de urgência máxima, o princípio da proporcionalidade guiá-lo-á a aferir se não é caso de prisão preventiva imediata.

O novel diploma legislativo que introduziu o rol de medidas cautelares consagrou o princípio da proporcionalidade, ao prever, no art. 282 do Código de Processo Penal, que a necessidade e a adequação são os parâmetros que devem ser utilizados pelo julgador no momento da escolha das medidas cautelares.

Dessa forma, no próximo capítulo, será estudado com mais profundidade o princípio da proporcionalidade, para que seja, enfim, analisado como deverá ser a sua aplicação no momento da decretação das medidas cautelares.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, **Prisão e liberdade**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 32

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1. Introdução

No presente capítulo, o princípio da proporcionalidade será estudado isoladamente, a fim de que seja estabelecida uma relação entre esse princípio e as novas medidas cautelares.

O princípio da proporcionalidade tem uma função importantíssima como limitador das restrições exercidas por parte do Estado aos direitos fundamentais. Dessa forma, é um princípio existente em qualquer Estado de Direito que se propõe a proteger os direitos fundamentais do indivíduo.

Sem o princípio da proporcionalidade, os direitos fundamentais seriam meras afirmações programáticas, tendo em vista que as restrições existentes a esses direitos seriam destituídos de qualquer controle, esvaziando-os de seus conteúdos.

Mariângela Gomes, nesse sentido, aduz:

Assim, a exemplo do que se dá na Alemanha, é possível indicar o importante papel que cabe aos tribunais constitucionais na medida em que hão de analisar a amplitude das limitações aos direitos fundamentais, de modo que cada restrição de uma liberdade garantida por um direito fundamental deve resultar adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) à proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor.²⁵

O princípio da proporcionalidade deve ser observado tanto na atividade legislativa quanto judicante. O legislador, principalmente, deve observá-lo no momento da edição de leis, a fim de que as proposições normativas possam respeitar postulados fundamentais consagrados no nosso ordenamento jurídico.

Já o Juiz, na aplicação da lei, deve sempre estar atento que leis que possam limitar direitos individuais visando ao interesse geral sempre devem ser observadas segundo o princípio da proporcionalidade.

É nesse sentido, pois, que se pode concluir que, onde se observar a existência de um interesse geral, que possa ser satisfeito somente por meio de um

²⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 36.

intervento na esfera privada do indivíduo, está presente o campo de atuação do princípio da proporcionalidade.

Importante também é comentar sobre o fundamento do princípio da proporcionalidade, que é o excesso de poder. O seu fim é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agente públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.²⁶

Esse entendimento pode ser aplicado a qualquer esfera do Direito Público, isto é, nas relações Estado/indivíduo.

3.2. A origem histórica do princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade é inerente ao ser humano. Em tudo que faz, o Homem busca adequar os meios aos resultados. Até o conceito de justiça necessariamente envolve a proporcionalidade.

E a proporcionalidade no estabelecimento das penas também não é recente. Sempre se buscou estabelecer uma relação entre a ação repugnada e a sanção da lei que previa aquela ação como contrária ao ordenamento jurídico.

Dessa forma, é conhecida a máxima *poena debet commensurari delicto*, resumindo de forma significativa a *ratio* da própria Lei de Talião.

Nos ordenamentos mais arcaicos, como o Código de Hamurabi, a Bíblia e Lei das XII Tábuas, a proporcionalidade é aplicada na ideia de que pena deve ser um retribuição de igual intensidade ao crime praticado. Portanto, se foi cometido homicídio, deve ser aplicada pena de morte, assim como, se foi cometido crime de agressão física, ao criminoso devem ser aplicadas também lesões físicas.

Luigi Ferrajoli, comentando sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade nesses ordenamentos mais antigos, afirma “Como consequência da

²⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual do Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p 59.

lei de talião, e considerando a enorme variedade de crimes possíveis, era também grande a gama de penas a serem aplicadas, o que legitimava a sua multiplicidade, variedade e atipicidade”.²⁷

A partir da segunda metade século XVIII, influenciado pela corrente de pensamento do Iluminismo, o Direito Penal adotou o princípio da proporcionalidade, mas tendo outra concepção desse princípio. Assim, a proporção entre a quantidade de pena e a gravidade do dano social ocasionado pelo delito, ao lado do princípio da legalidade, da certeza do direito, da irretroatividade da lei penal, da proibição de interpretação analógica, da personalização da responsabilidade penal, por exemplo, acabou marcando o moderno Direito Penal.²⁸

Assim, três ideologias marcaram o século XVIII: utilitarismo, humanidade e proporção. Mariângela Gomes, comentando, sobre as consequências dessas ideologias no direito penal, preleciona:

Estas três ideologias mostraram, nas condições históricas do século XVIII, poder se combinar e se compor, em função da secularização do direito penal, a partir da elaboração de uma ciência da legislação penal adaptada a um Estado centralizado e à racionalização e codificação dos ordenamentos penais e de procedimentos judiciais. A ideologia da proporção confluiu com o utilitarismo pelo menos quanto à exclusão das matérias de foro íntimo, de consciência e de religião, do âmbito das matérias dignas de sanção por parte do soberano e, conseqüentemente, do direito penal estatal. Apresenta-se como fundamental a aplicação de um critério da proporcionalidade segundo o qual pecar contra Deus merece punição (somente) divina, pecar contra Igreja merece (apenas) punição religiosa, e pecar contra ordem do Estado ou contra o soberano merece (aqui sim) punição por parte do soberano.²⁹

Assim, podemos dizer que o Direito Penal brasileiro é intensamente marcado pelas bases que foram lançadas após o iluminismo. Mas é importante salientar que o Direito Penal brasileiro continua em desenvolvimento para melhor conseguir os seus objetivos (proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade), embora muitas vezes sofra retrocessos devido a, sobretudo, edições de leis por legisladores

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer Sica et. Al. 2. Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 384-385.

²⁸ GIUSEPPE, Lombardo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1997. p. 981

²⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 45.

oportunistas que, deixam de lado primados mais comezinhos do Direito Penal, para atender interesses políticos escusos.

3.3. A concepção do princípio da proporcionalidade por Cesare Beccaria

Cesare Beccaria nasceu em 15 de março de 1738, em Milão. Foi um grande filósofo italiano, autor de um dos maiores clássicos do Direito penal: *Dos delitos e das penas*.

Com sua obra, Beccaria pôs o Direito Penal como centro dos debates iluministas. As questões que o referido autor colocou em discussão dizem respeito à natureza de punir, aos limites que deve haver ao *jus puniendi* do Estado, aos quais tipos e qualidades de penas poderiam e deveriam ser utilizadas pela repressão estatal, aos quais crimes tradicionais devem ser despenalizados e assim por diante.

Ele influenciou deveras o formalismo no direito penal, introduzindo a ideia da legalidade da pena e sua preexistência, isto é, criou a noção de tipo penal, podendo as penas ser aplicadas somente quando previstas previamente em leis.

Para o princípio da proporcionalidade, de maneira especial nesse trabalho, foram dados os primeiros passos no sentido de identificar a medida em que determinada conduta merece ser classificada como delituosa, assim como algumas hipóteses em que as penas tornam-se inidôneas para prevenir futuras infrações e, por fim, alguns critérios para se aferir qual pena merece cada delito, de maneira que não pode ser ignorado quando se trata de definir os principais antecedentes históricos desta garantia constitucional

Beccaria entendia que era preciso aplicar as penas proporcionalmente aos delitos. Era preciso, no entanto, conciliar a eficácia e durabilidade da impressão que a pena imprime no espírito público com a menor crueldade dessa pena no corpo do culpado.

O autor narra que, nos países e nos séculos em que se impuseram as penas mais cruéis, são aqueles em que se praticaram os crimes mais horripilantes. Assim, segundo ele, “o mesmo espírito de ferocidade que ditava as leis de sangue ao legislador, colocava o punhal nas mãos do assassino e do parricida. Sobre o seu trono, o

soberano dominava com uma verga de ferro; e os escravos imolavam os tiranos para arranjam novos”.

Beccaria, comentando sobre os resultados infaustos da aplicação de penas desproporcionais, discorre:

A crueldade das penalidades provoca ainda dois resultados funestos, contrários à finalidade do seu estabelecimento, que é prevenir o delito.

Em primeiro lugar, é muito difícil estabelecer uma proporção entre os delitos e as penas; porque, ainda que uma crueldade industriosa tenha aumentado as espécies de tormentos, nenhum tormento pode ir além do último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e a organização do corpo do homem. Ultrapassando esses limites, se aparecerem crimes mais hediondos, onde se encontrarão penas bastante cruéis?

Em segundo lugar, os tormentos mais terríveis podem provocar às vezes a impunidade. A energia da natureza humana é circunscrita no mal como no bem. Espetáculos muito bárbaros só podem ser o resultado dos furores passageiros de um tirano, e não ser sustentados por um sistema constante de leis. Se as leis são cruéis, ou serão modificadas logo ou não poderão mais vigir e deixarão o crime sem punição.

Mais a frente, Cesare Beccaria encerra o pensamento, defendendo a ideia de que a proporcionalidade deve ser aplicada, tendo como parâmetro o estado atual do país:

O rigor a pena deve estar em relação com o estado atual do país. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito rude de um povo que abandona o estado selvagem. Para dominar o leão em fúria é preciso o raio, cujo ruído apenas faz irritá-lo. Contudo, à medida que as almas se tornam mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas precisam ser menos rigorosas.³⁰

3.4 O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade

Muitos doutrinadores e ampla jurisprudência utilizam o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade como se fossem, em linhas gerais, semelhantes, ou até mesmo fungíveis entre si.

O fato é que ambos têm a função de exercer um equilíbrio entre o Poder e os direitos dos cidadãos.

³⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 18.

O termo razoabilidade é muito usado nos ordenamentos italiano e norte-americano. Ele qualifica tudo que está ligado à razão, isto é, ensejando a ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, implicando aquilo que não é absurdo, teratológico, inaceitável etc. E, em muitas vezes, o referido termo é relacionado com os subprincípios da proporcionalidade, a saber, necessidade, idoneidade, proporcionalidade em sentido estrito, o que gera maior confusão na diferenciação dos termos em comento.

Faz-se necessário salientar, no entanto, que aquilo que é proporcional é razoável, mas nem tudo que é razoável é proporcional.

Segundo Lombardo, o juízo de razoabilidade concerne a uma ponderação de todos os interesses envolvidos, para que se decida acerca de qual medida se deve tomar, enquanto o juízo de proporcionalidade refere-se à análise entre meios e fins, isto é, faz-se uma comparação entre fins que se querem alcançar e os meios restritivos para a consecução de tais fins. E, geralmente, esse juízo de proporcionalidade é aplicado na compatibilização entre uma limitação aos direitos individuais e o fim público perseguido.

Assim, o princípio da razoabilidade direciona a ponderação que é feita na escolha de diversos interesses, enquanto o princípio da proporcionalidade direciona a ponderação desses interesses já razoáveis com a medida de restrição. Dessa forma a aplicação da razoabilidade se dá anteriormente à proporcionalidade.³¹

Ricardo Aziz Cretton, discorrendo sobre a diferença dos dois princípios, preleciona:

Examinada, conquanto em síntese, a fisionomia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, chega-se à conclusão de que ambos constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza. No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio à lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, confluem ambos, pois, rumo ao (super) princípio da ponderação de valores e bens jurídicos fundante do próprio

³¹ Guido Neppi Modona e Luciano Violante. **Poteri dello santo e sistema penale** – Corso di lezioni universitarie. Torino: Editrice Tirrenia-stampatori, 1978. P. 159.

Estado Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo).”³²

Mas vale destacar que o importante não é o uso da nomenclatura, mas, sim, a sua substância, o seu conteúdo. Dessa forma, mesmo que se usem os termos de forma fungível, se o termo for entendido em seu conteúdo, não nenhum óbice ao uso de *nomen iuris* de forma fungível desses dois princípios em estudo.

3.5. O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal

O princípio da proporcionalidade encontra-se de forma inequívoca no bojo de nossa Constituição Federal. A Constituição Federal, por ser um diploma normativo supremo, lança as bases para diversas áreas do Direito. E a proporcionalidade, como princípio geral do Direito, aplica-se indubitavelmente a todas elas mesmo que não esteja expressamente previsto na Carta Magna.

O art. 5º, §2º, CRFB, dispõe, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Dessa forma, mesmo que se alegue que não há expressamente o princípio da proporcionalidade no corpo normativo da Constituição relacionado, por exemplo, ao Direito Penal, o dispositivo constitucional acima citado dá ensejo à sua aplicação como princípio geral do direito.

Assim, nesse sentido, Douglas Yamashita preleciona:

A Constituição brasileira de 1988, pode-se dizer, não se contentou apenas com a positivação da fórmula “Estado de Direito”, já bastante desenvolvida e sedimentada no constitucionalismo moderno. Uma vez existente a possível interpretação restritiva do princípio do Estado de Direito foi acrescido o elemento “Democrático”, que traz em si dois importantíssimos valores cujo equilíbrio se busca, quais sejam, a liberdade e a igualdade. Dessa forma, o princípio do Estado Democrático de Direito assegura não apenas seu sentido formal, mas também seu aspecto material,

³² CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação ao Direito Tributário**, p. 75. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

razão pela qual é possível apreender, daí, importante fundamento para o princípio da proporcionalidade.³³

O termo justiça, previsto no preâmbulo da Constituição Federal, é, para Miguel Reale Júnior, uma forma de inserir o princípio da proporcionalidade nos regramentos constitucionais do Estado Brasileiro.³⁴

Assim, “justiça”, como valor, deve ser entendida no seu valor material, e, não, no seu sentido formal. Dessa forma, o referido valor não se limita somente ao acesso à Justiça, à inafastabilidade da jurisdição, que pode ser excluído de apreciar ameaça ou lesão a direito pela lei. Portanto, importa na concretização do justo, do razoável, do proporcional, sendo aplicado tanto à elaboração legislativa até aplicação efetiva das normas.³⁵

Mariângela, dissertando sobre o assunto, afirma que é possível defender que o mandado de proibição, inerente ao princípio da proporcionalidade, corresponde a um princípio do direito justo, que advém diretamente da ideia de justiça. Assim, continuando sobre assunto, conclui que “Isso porque inerente à ideia de moderação encontra-se o sentido de equilíbrio. De forma negativa, desses conceitos resulta uma proibição de excessividade, que sempre atua quando se trata de exigir do legislador que produza um direito justo”.³⁶

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, através do modelo de Estado Democrático de Direito e o valor de justiça, insculpidos na Constituição, encontra-se no ordenamento constitucional brasileiro.

No entanto, a proporcionalidade, outrossim, está inserida em diversos dispositivos específicos inseridos na CRFB, como na proporcionalidade do direito de resposta, que deve ser proporcional ao agravo, assim como preceitua o art. 5º, V, da CRFB.

³³ YAMASHITA, Douglas. **Controle de constitucionalidade de medidas provisórias à luz da proporcionalidade: considerações sobre o Estado Democrático de Direito no Brasil**. IOB- Repertório de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo 5/171. São Paulo, mar. 1999

³⁴ CRAIG, Paul. Unreasonableness and proportionality in UK law. In: Ellis (Org.). **The principle of proportionality in the laws of Europe**. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 1999. P. 93.

³⁵ Miguel Reale Júnior. **Instituições do Direito Penal**, Vol. I. São Paulo: Editora Forense, 2002, p. 31.

³⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 65.

O devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, CRFB, também possui um claro vínculo com o mandado de proporcionalidade. Segundo a jurisprudência americana, o *due process of Law*, em seu conteúdo originário, designava garantia processual, mas sofreu uma ampliação de sentido, convertendo-se em uma limitação ao Poder Legislativo, que não pode editar leis que não subtraíam qualquer indivíduo às normas gerais da sociedade, a menos que compreendam em seu âmbito todos os que encontram ou venham a se encontrar em igual situação, e que a diferenciação ou classificação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa (idéia de proporcionalidade).

Assim, diante do que foi explanado, o princípio da proporcionalidade é, além de um princípio geral de Direito, que disporia de juridicidade independente de previsão expressa, uma regra que encontra embasamento constitucional.

3.6. O princípio da proporcionalidade no Direito Comparado

Foi a partir do século XX que o princípio da proporcionalidade começou a ter formato com o qual é conhecido atualmente. No entanto, consegue-se visualizar o referido princípio em diversos corpos normativos antepassados de países diferentes.

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade encontra sua antecedência em documentos internacionais de declaração de direitos como na *Magna Charta Libertatum*, datada de 1215. Em seu artigo, constava “não se poderá multar um homem livre por pequena transgressão, exceto de acordo com o grau de transgressão”. É cristalina a influência da proporcionalidade nesses dispositivos, sendo a imposição de multa condicionada ao grau da transgressão.

Observa-se, também o princípio em comento na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776. Em seu texto, especificamente no art. IX, determinava-se que “não serão exigidas fianças ou multas excessivas, nem se infringirão castigos cruéis ou inusitados”. A proibição do excesso, uma das facetas decorrentes do princípio da proporcionalidade está notoriamente contida em tal dispositivo, revelando a existência do princípio da proporcionalidade não somente como o princípio geral do direito, que deve orientar a aplicação das demais regras, mas também como uma norma expressa, dispondo de eficácia jurídica plena.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, contém, em seu corpo, no art. 8º, o seguinte dispositivo: “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”. No art. 15, é previsto o seguinte: “as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”. Importante salientar que o referido princípio é aplicado a uma norma que tem grande influência no Direito Penal dos países ocidentais, logo sendo influência para as medidas cautelares aplicadas ao Processo Penal, tendo em vista que se tratam de restrições à liberdade do indivíduo, possuindo não só natureza processual, mas também penal.

Na Declaração de Direitos da República Romana, datada de 1849, observam-se vários dispositivos não só eivados do princípio da proporcionalidade, mas também prevendo sanções aos agentes estatais que desrespeitem as referidas normas. O art. IX preceitua que os praticantes ou mandantes de atos arbitrários são culpados e devem ser punidos. O art. XII dispõe que a lei não deve prescrever penas que não sejam estritamente necessárias e proporcionais ao direito.

A Constituição Portuguesa de 1974 foi além no que concerne à previsão do princípio da proporcionalidade em seu corpo normativo. A Constituição Federal, de 1988, prevê sobre a eficácia jurídica dos preceitos que dizem respeito aos direitos fundamentais, em seu art. 5º, §1º, *in verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Já a Constituição Portuguesa foi além, prevendo também o princípio da proporcionalidade, no n. II, “A lei só pode restringir direitos, liberdades, garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Assim, como foi demonstrado no tópico acima, embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, o que seria mais uma forma de cumprir as exigências do Estado Democrático de Direito, o princípio em comento não deixa de estar presente na Constituição, de forma implícita, extraídas da *ratio* de seus diversos dispositivos.

3.7. Os subprincípios do princípio da proporcionalidade.

A sistematização dos subprincípios do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a idoneidade, a necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, encontra guarida primeira nos Direitos Alemão e Austríaco. As Cortes Constitucionais, juntamente com a doutrina desses países, envidaram esforços no sentido de identificar um processo racional, transparente na aplicação do princípio da proporcionalidade, no momento da valoração do tipo penal. Sistematizaram, assim, quatro fases dessa aplicação: 1) determina-se se o objetivo perseguido é alinhado com o interesse público, constitucionalmente legítimo e não arbitrário; 2) observa-se se a restrição é idônea para alcançar o citado objetivo, isto é, o interesse público; 3) analisa-se se a restrição ao direito fundamental é o menos violador possível para que se consiga eficazmente alcançar o interesse público; 4) deve-se respeitar uma relação de proporcionalidade entre o valor interesse público alcançado e os prejuízos obtidos na restrição a um direito fundamental, revelando claramente uma ótica utilitarista.³⁷

Foi partir da sentença de 11 de junho de 1958 (BverfGE 7, p. 377 (409ss)) que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão reuniu os três subprincípios do princípio da proporcionalidade lato sensu, quais sejam, a idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Dessa forma, Germana de Oliveira Moraes, comentando sobre a origem do referido princípio, afirma que o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na jurisprudência anglo-saxônica, enquanto o da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha, tendo-se estendido posteriormente ao Direito da Áustria, Holanda e outros países europeus.³⁸

3.7.1 O subprincípio da idoneidade

O conceito do princípio da idoneidade tem a ver com a adequação do meio ao objetivo que se persegue. O conceito de idoneidade, assim, diz respeito à avaliação sobre a qualidade instrumental do meio, de modo a identificar sua aptidão para alcançar a finalidade proposta.

³⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 60-61.

³⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, pp. 76-79

Nesse sentido, Elimar Szaniawski preleciona: “O princípio da idoneidade exige, desse modo, uma relação de adequação entre o meio e fim que se verifica quando, por intermédio daquele, torna-se possível atingir o objetivo desejado”.³⁹

Luís Flávio Gomes, discorrendo sobre o referido subprincípio, asserve:

Antes de tudo a medida (cautelar) deve ser meio idôneo para alcançar o fim perseguido. No caso de prisão, por exemplo, ela deve ser o meio idôneo para se alcançar a garantia da ordem pública ou econômica, o bom andamento da instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Se a prisão, no caso concreto, mostrar-se inadequada, impõe-se ao juiz adotar outras medidas cautelares, menos traumáticas. A medida é idônea se com sua ajuda o êxito desejado pode ser facilitado. A medida é idônea quando se pretende alcançar fins incompatíveis ou ilegítimos (como a condenação antecipada do réu, a sua prisão para garantir a sua própria segurança etc.).⁴⁰

No caso da colisão de interesses quando se deseja aplicar uma norma de direito público, sendo necessária a limitação de direitos individuais para tal feito, o subprincípio em comento orienta o aplicador da lei a observar se, com incidência da norma, o objetivo perseguido (interesse público) será realmente alcançado, tendo em vista que não se justifica sacrificar direitos individuais sem serventia nenhuma para a proteção do interesse público.

O subprincípio da idoneidade, quando aplicado ao Direito Penal, mostra-se relacionado à capacidade do Direito Penal de proteger bens jurídicos mais importantes para sociedade. Assim, são reconhecidos três requisitos para a intervenção penal na órbita das liberdades do indivíduo: o bem jurídico seja merecedor, necessitado e capacitado para receber proteção.

O Direito Penal, devidamente orientado pelo referido subprincípio, deve ter seu caráter instrumental de controle social. Assim, toda incriminação deve ser apta a proteger o bem jurídico que se propõe tutelar. São vários os tipos penais criados casuisticamente, sem se fazer um estudo social e criminológico, revelando-se depois inaptos, ineficazes e inidôneas a proteger o bem jurídico assunto da norma.

E o juízo da idoneidade no Direito penal se dá sobretudo de forma empírica. Mariângela Gama comenta sobre esse juízo:

³⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Considerações sobre o princípio da proporcionalidade**. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA 7/150.

⁴⁰ GOMES, Flávio Gomes. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 52

É a partir do modo como a norma é recebida pela sociedade, demonstrada pela conformação dos comportamentos dos indivíduos aos valores nela explicitados, que se afere a sua adequação a tal tarefa. Isso não significa, todavia, que um juízo acerca da idoneidade de uma norma penal tenha que aguardar sua entrada em vigor para que possa ser realizado, já que este exame pode se dar mediante juízo prognóstico.⁴¹

Portanto, na análise da proporcionalidade, a primeira ótica sob a qual se deve analisar uma determinada relação meio/objetivo, é, em linhas gerais, saber se o meio se mostra apto a atingir o objetivo, seja qual for a área do Direito em que se incida o referido princípio.

3.7.2. O subprincípio da necessidade

É clássica a afirmação de Jescheck: “Não é preciso um canhão para matar pombos”. Nessa frase, consegue-se, de forma descontraída, extrair a ideia da necessidade. A ideia central de que, havendo uma disponibilidade de meios para alcançar um determinado fim, se deve escolher um meio efetivo e menos interventivo possível; não há opção de outro meio menos violador que consiga atingir o objetivo a que se propõe.

Luiz Flávio Gomes, dissertando sobre o subprincípio em comentário, ensina que “O princípio da necessidade traz, em seu bojo, o princípio da intervenção mínima.” Assim, a intervenção do Estado deve ser mínima nos direitos fundamentais do indivíduo quando se persegue o interesse público. Assim, conclui: “De todas as existentes, compete ao juiz escolher a que menor gravame gera para o direito fundamental da pessoa afetada. Se outras medidas existem e são suficientes, o juiz não pode optar pela mais drástica” Aplica-se aí o princípio da suficiência da medida menos onerosa.⁴²

Segundo Luiz Luisi, o legislador deve ter em mente a necessidade lógica e legal da proporcionalidade e de que, em se tratando de tipificação de fatos como crime, é necessário sempre observar o fato de deter o direito de intervenção

⁴¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 131.

⁴² GOMES, Flávio Gomes. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª Ed. Rev. Pag. 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

mínima, isto é, surge o direito de criar um tipo penal quando o Direito Penal é, por exemplo, o único meio inarredável e inalteravelmente necessário.⁴³

No campo do Direito Penal, que, por ricochete, aplica-se ao Processo Penal, sobretudo às medidas cautelares, que invadem a esfera das liberdades do indivíduo, do subprincípio necessidade decorre a ideia de que intervenção do Direito Criminal só se justifica quando os outros ramos do nosso ordenamento jurídico mostram-se insuficientes.

Dessa forma, Mariângela Gama assere:

Impõe-se ao legislador infraconstitucional, então, que atente a dois momentos distintos. No primeiro, deve identificar quais são os bens jurídicos que podem ser elevados à categoria de bem jurídico-penal, ou seja, quais bens necessitam de uma tutela por parte do direito penal, para que sejam suficientemente protegidos; em seguida, deverá ser analisada na medida em que determinado bem, já definido como merecedor de proteção penal, pode ser tutelado criminalmente, de maneira que sejam aferidas as modalidades de ataque em relação à quais é indispensável o recurso ao direito penal.

Mais adiante, ela conclui:

O princípio da intervenção mínima aponta para um direito penal que só intervenha nos casos de real necessidade, com missão de proteger os bens jurídicos fundamentais em face dos ataques mais graves, e apenas quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficientes para tal proteção. Com base, ainda, na ideia de que o Estado não se vale apenas do direito penal para proteger os interesses da sociedade, mas, ao contrário, conta com uma enorme gama de outros ramos do direito que também se prestam a tutelar os interesses sociais, extraem-se duas características atreladas a este ramo do direito e que, pode-se dizer, representam duas faces da mesma moeda: são a subsidiariedade e a fragmentariedade da intervenção penal.⁴⁴

Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, a necessidade não é um sinônimo de indispensabilidade, assim como não contém a flexibilidade de expressões como admissível, útil, razoável, ou desejável. Aquele termo implica uma premente necessidade social, o que significa que qualquer interferência há de ser proporcional ao legítimo objetivo almejado, o que deve ser julgado não no plano abstrato, mas

⁴³ LUISI, Luigi. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 26.

⁴⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 85.

considerando se a interferência era necessária tendo em vista os fatos e circunstâncias que prevaleceram em casos anteriores.⁴⁵

3.7.3. O subprincípio da proporcionalidade princípio da proporcionalidade em sentido estrito

O subprincípio da proporcionalidade é o último requisito para a boa aplicação da proporcionalidade. Ele deve ser aplicado de forma complementar ao princípio da necessidade. Requer uma ponderação dos valores ou bens em um determinado conflito. Deve haver uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins almejados.

Luís Flávio Gomes, sobre o subprincípio em comento, afirma:

Ao juiz impõe o dever de eleger em cada situação concreta qual desses bens tem prioridade. O interesse preponderante, em cada situação concreta, deve ser eleito pelo juiz. Aprioristicamente não parece adequado dizer que o interesse público sempre deve preponderar. Nem sempre. Tudo depende do caso concreto.

É a proporcionalidade em sentido estrito que permite, por exemplo, acomodar a programação normativa genérica (o programa da norma) ao caso concreto. Nisso reside o que chamamos de relativização da lei, em favor dos direitos e garantias fundamentais.⁴⁶

No Direito Penal, esse subprincípio ganha grande importância no momento da cominação de pena para determinado fato considerado como crime pela lei. Deve-se observar a adequada proporção entre o fato criminoso e a pena a ele cominada. E essa proporção deve ser tomada levando-se em conta a importância do bem jurídico que a lei visa a proteger e os danos a esse bem jurídico no caso concreto.

Portanto a proporcionalidade em sentido estrito deve ser observada tanto pelo legislador como pelo o aplicador da lei. O legislador, ao cominar as penas em abstrato, deve prever necessariamente a lesão que pode ser causada, caso o fato considerado como crime ocorra ao determinado bem jurídico que está intencionando

⁴⁵ CRAIG, Paul. **Unreasonableness and proportionality in UK law**. In: Ellis (Org.). *The principle of proportionality in the laws of Europe*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 1999. p. 93

⁴⁶ GOMES, Flávio Gomes. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., p. 53.

proteger. Bem sabemos, no entanto, que, em concreto, há uma infinidade de graus de lesões a um bem jurídico tutelado por um tipo penal previsto em lei.

Por isso que o princípio da individualização da pena deve orientar o aplicador da lei no momento da subsunção do fato concreto enquadrado ao tipo legal previsto em lei. O princípio da individualização da pena está consagrado na Constituição Federal, no art. 5^a, XLVI, *in verbis*:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Dessa forma, o princípio da individualização é uma forma de se garantir que a proporcionalidade em sentido estrito da pena seja aplicada ao caso concreto, uma vez que, para cada fato, há uma pena mais adequada.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito aplicada ao legislador no momento da escolha das penas a um tipo penal em edição, Mariângela Gama de Magalhães Gomes comenta:

Isso significa que o limite que vincula o legislador na fase de formação da norma penal não diz respeito, exclusivamente, à escolha da qualificação de uma conduta como ilícito penal, mas, também, à graduação da sua sanção: é o aspecto implícito na indicação do “significado” da lesão. As entonações do juízo que está na base desta indicação constitucional são muito lineares: se é verdade que a liberdade pessoal tem um valor proeminente na Constituição, e que cada restrição sua, principalmente aquelas acompanhadas de sanções penais, pode ocorrer apenas para balancear a lesão de um valor constitucionalmente significativo, resulta, logicamente, que a restrição da liberdade pessoal poderá ser adotada em medida crescente, segundo a importância do bem constitucionalmente agredido.

Mais adiante, a autora comenta sobre a próxima etapa da aplicação do subprincípio em comento no direito penal, que é na individualização da pena:

Por esse motivo, a análise da racionalidade político criminal encontra seu momento de maior dificuldade quando, uma vez ultrapassada a etapa relativa à verificação do conteúdo da norma incriminadora, tem lugar o exame sobre a medida da pena. O momento da cominação legislativa da pena, ou da quantificação da sanção, é, desta maneira, o que mais se encontra subordinado à discricionariedade legislativa, e isto se prende, justamente, à

dificuldade de racionalizar a passagem do plano qualitativo da valoração para o plano normativo da medida da pena ótima para a realização da tutela.⁴⁷

Assim, são esses três os subprincípios que devem ser observados a fim de que a própria proporcionalidade ganhe aplicação correta nos conflitos regulados pelo Direito.

O referido princípio ganhou proeminência na utilização das medidas cautelares, uma vez que o art. 282, *caput*, do Código de Processo Penal, preleciona, *in verbis*:

As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

⁴⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 85

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES.

O princípio da proporcionalidade na aplicação das novas medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403 de 2011 obteve sua consagração na previsão no art. 282, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro.

O referido artigo preleciona, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A necessidade e a adequação, como já estudadas, são subprincípios que decorrem do princípio maior da proporcionalidade.

Os aplicadores da lei serão orientados por esses dois subprincípios na aplicação dessas medidas cautelares e, embora não expressamente previsto na lei, será orientado também pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de que possa aplicar a medida cautelar correta ao caso concreto, usando esses valores na escolha das medidas entres estas previstas na lei, *in verbis*:

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 o 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 para a 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.

No trâmite de uma persecução criminal sobre um agente, caso esteja presente o “*fumus comissi delicti*”, que se faz presente quando há necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais, o juiz pode decretar medidas cautelares a fim de que essas situações sejam resguardadas, e o processo tenha sua finalidade alcançada. Note-se que deve haver o requisito ‘necessidade’ a fim de que possa ser decretada qualquer medida cautelar no processo penal, como já ventilado, um dos subprincípios do processo penal.

A adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado é o requisito mais importante, que realmente faz com que o princípio da proporcionalidade seja aplicado a essas medidas cautelares. É uma garantia de que a prisão cautelar será o último recurso, e o juiz terá ampla discricção para adotar ao caso concreto a medida que mais será útil, conveniente, tendo a possibilidade de ser orientado na aplicação segundo as regras e princípios fundamentais, sobretudo o princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade, usando dentre as medidas cautelares disponíveis na lei aquela que restringirá menos a esfera de liberdades do indivíduo.

4.1 A previsão do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares e a efetivação de direitos fundamentais do acusado.

Como já foi explicitada no presente trabalho, a prisão cautelar é uma medida aplicada no Processo Penal a fim de que se resguardem circunstâncias que poderiam retirar a eficácia do próprio processo.

No entanto, a prisão cautelar é uma medida muito controversa no que concerne a sua justificação no plano dos direitos fundamentais.

Luigi Ferrajoli tece críticas à prisão cautelar ao analisar cada uma de suas finalidades. Dessa forma, segundo o autor, a restrição de liberdade aplicada para evitar repetição de delitos não seria válida por basear-se em uma presunção de

periculosidade baseada somente na suspeita de conduta delitiva, equivalendo de fato a uma presunção de culpabilidade e a uma ilegítima pena sem juízo.⁴⁸

No caso de necessidade de evitar a deterioração das provas em crimes especialmente graves e complexos, o doutrinador em comento admite a condução coercitiva do imputado à presença do juiz e sua detenção “durante o tempo estritamente necessário – por horas ou máximo dias, mas não por anos – para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez realizar as primeiras averiguações sobre suas justificativas”.⁴⁹

Finalmente, no caso de risco de fuga, Ferrajoli entende que se trata de hipótese difícil de acontecer na sociedade atual: informatizada e internacionalmente integrada. Ademais, para ele a fuga representa uma própria pena, uma vez que o permanente estado de insegurança e que geralmente deixam rastros, atingindo as finalidades da prevenção penal.⁵⁰

Raúl Zaffaroni defende que, salvos os casos excepcionais de crimes como homicídios ou estupros, caso houvesse perigo de que, caso o agente em persecução penal voltasse ao seu ambiente, protagonizasse mais conflitos, a finalidade da cautela estaria alcançada com sua manutenção em um determinado lugar sob vigilância ou obrigação de residir em um outro ambiente.⁵¹

Odone Sanguiné, em sentido oposto, envida esforços no sentido de justificar a previsão da prisão cautelar, a despeito de conflitos com outros princípios constitucionais. Segundo ele, a prisão cautelar deverá ser mantida, apoiando no princípio da necessidade de que os poderes públicos adotem medidas indispensáveis, adequadas e suficientes ao caso concreto, para assegurar a eficácia da persecução penal, estritamente dentro dos limites traçados pela lei e pelos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.⁵²

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer Sica *et. Al.* 2. Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 509

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer Sica *et. Al.* 2. Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 513

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer Sica *et. Al.* 2. Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 514-515

⁵¹ VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbárie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, introdução, p. 16.

⁵² SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional e derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 53-54

O autor em estudo vai além do princípio da necessidade para justificar a manutenção da prisão cautelar no Processo Penal. Duas razões cita o doutrinador acerca da legitimação do instituto processual penal em comentário: a primeira, amparada na teoria das instituições, considerando, assim, as instituições como meio de proteção e oportunidade para convivência social e, assim, como condição de liberdade; a segunda, por sua vez, de ordem antropológica, partindo do pressuposto de que, pelo fato de encontrar-se o homem, concomitantemente, dentro e fora da sociedade, tendo a capacidade de rebelar-se contra ela, são indispensáveis controles racionais sobre o comportamento humano.⁵³

O fato é que a prisão cautelar deve ser vista sob as perspectivas dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais podem ser entendidos sob o ponto de vista formal ou material. Dessa forma,

do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima.⁵⁴

Embora o estudo profundo dos direitos fundamentais fuja ao propósito do presente trabalho, faz-se mister citar definições da lavra de Ana Maria D'Ávila, para quem “os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídicos e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção da dignidade humana de uma sociedade legítima o sistema jurídico estatal”⁵⁵, e da lavra de Gilmar Mendes, conforme o qual “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir de perspectiva do valor da dignidade humana”.⁵⁶

⁵³ SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional e derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 55-57

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 34.

⁵⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos fundamentais como limite ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 35

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 227

Com a edição da Lei 12.403/2011, podemos concluir que os dois pensamentos acima citados foram mesclados e adotados pela o novo sistema de medidas cautelares, sobretudo pela previsão do princípio da proporcionalidade, que é uma ferramenta importantíssima para que direitos fundamentais fossem respeitados.

De fato, o legislador percebeu que, em muitos casos, a prisão cautelar demonstra-se deveras exagerada diante das circunstâncias concretas, relegando a um segundo plano outros direitos fundamentais.

A prisão cautelar, se usada em qualquer circunstância em que se observam os requisitos da cautelaridade (*fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*), sofre o perigo de ser totalmente banalizada e desproporcional aos objetivos a que se propõe.

Em virtude de seus malefícios, a prisão cautelar deve ter uma aplicação a mais restrita possível. A lei não pode presumir “iuris de iure” situações de encarceramento obrigatório. A lei não pode proibir o duplo grau de jurisdição. A lei não pode proibir genericamente a concessão de liberdade provisória. A jurisprudência não pode criar situações de prisão obrigatória (nem tampouco flexibilizar os critérios que determinam a prisão *ante tempus*).

Com a introdução das novas medidas cautelares no processo penal, a exigência expressa do respeito ao princípio da proporcionalidade e a subsidiariedade da prisão cautelar, direitos fundamentais, como o princípio da presunção de inocência, tiveram sua esfera de proteção reforçada, tendo em vista que a restrição da liberdade cautelar só pode ser decretada caso se considere que todas as outras medidas cautelares possíveis não sejam suficientes para a proteção da eficácia do processo penal.

O princípio da proporcionalidade traça fronteiras de duas ordens que não podem ser ultrapassadas pelo Estado, seja impedindo-o de agir com excesso, seja impedindo-o de portar-se aquém do que é exigido para proteção de tais direitos. Dentro de tais limites, há um espaço considerável de liberdade do legislador; além deles, porém, a atividade estatal, excessiva ou insuficiente, será inadequada à proteção dos direitos fundamentais e, com isso, estará transgredindo-os. Podemos dizer que essas fronteiras são os efeitos positivos e negativos do princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, uma legislação que prevê somente a prisão como medida cautelar para todas as situações de cautelaridade, a fronteira do excesso será fatalmente ultrapassada, sendo os direitos fundamentais transgredidos.

É nesse contexto, a fim de que os direitos fundamentais não sejam violados não só pelo excesso por parte do Estado, mas também pela sua insuficiência, que as medidas cautelares diversas da prisão permitem o bom exercício de direitos fundamentais.

Assim, a título exemplificativo, caso um crime de menor potencial ofensivo esteja em investigação, decretar um prisão cautelar revelar-se-ia excessiva, devendo o juiz escolher, entre o rol estabelecido na lei, uma medida cautelar que fosse adequada ao caso. Se as circunstâncias, no entanto, justificarem a decretação da prisão, é necessário que seja decretada.

Portanto, observa-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação das novas medidas cautelares resultou em um acréscimo de proteção a outros direitos fundamentais, uma vez que estabeleceu limites, a fim de não pudessem ser violados nem pelo excesso nem pela insuficiência por parte do Estado no trato do conflito violação da liberdade dos indivíduos e direitos fundamentais.

4.2 A previsão do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares e o princípio da presunção de inocência.

No contexto da previsão do princípio da proporcionalidade como limite ao Estado de não violar direitos fundamentais, podemos concluir que o princípio da presunção de inocência ganha uma proteção especial no momento em que o legislador optou por prever o princípio da proporcionalidade na legislação processual penal.

A princípio é importante observar que a nomenclatura do referido princípio seria “princípio da inocência” ou “estado de inocência”, uma vez que presunção parte do pressuposto que algo foi provado, e o supracitado princípio trata-se muito mais de um estado jurídico. Assim, Henrique Edward assevera:

En realidad no se trata de una presunción de inocencia, sino de un verdadero ‘estado juridico’. Ello es así ya que la ‘presunción resulta incompatible com las medidas de coerción personal a las cuales puede ser sometido el imputado, medidas estas que se fundamentan en una presunción de

culpabilidad. Em este sentido se afirma que ‘no se establece una presunción de inocencia; si fuera así, quizá no podría concebirse la coerción personal del imputado, que se basa en una presunción contraria.’⁵⁷

Embora o princípio da inocência tenha origem remota no Direito Romano, como se observa nas exortações no *Corpus Iuris Civilis* no sentido de que “é preferível deixar absolver um culpado do que condenar um inocente” (Décio), esse princípio começou a ganhar os contornos atuais no século XII, e foi consagrado, pela primeira vez, em um texto legal em 1789, na França, na Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, a saber, “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (art. 9º)

Importante ressaltar que são quatro as consequências decorrentes do princípio da inocência: 1ª) exige-se um processo judicial, cercado de garantias, antes de chegar-se à sentença condenatória; 2ª) a avaliação das provas deve reger-se segundo o aforismo *in dubio pro reo*; 3º) estreitamente vinculado a esta última, tem-se que cabe ao órgão de acusação o ônus de provar o delito; 4º) o réu deve ser tratado como inocente antes de ser condenado, razão pela qual até esse marco temporal não lhe pode ser imposta sanção de natureza penal.

Como extensamente tratado no presente trabalho, antes a restrição de liberdade era única medida cautelar de natureza pessoal. Dessa forma, quando presente o requisito “*periculum libertatis*”, caracterizado pelo Art. 312, que dispõe: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, a prisão era fatalmente decretada para assegurar o processo penal dessas situações legais que poderiam retirar sua eficácia.

Dessa forma, em muitos casos, a prisão cautelar acabava sendo uma medida antecipatória da pena, pois era decretada em qualquer situação, sem controle de sua legalidade. Não são raros os casos em que o preso provisório passa anos na cadeia sem sequer ter sido julgado, ao arrepio do princípio da inocência, que trata a restrição de liberdade com exceção, somente após um julgamento contra o qual não caiba recurso.

⁵⁷ EDWARDS, Carlos Henrique. **Garantias Constitucionales em matéria penal**. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 125.

Por outro lado, critica-se também o princípio da inocência. Manzini, que fazia parte da escola técnico-jurídica, que concebia o processo penal como meio de tutela do interesse social da repressão da criminalidade, entendia que o princípio da inocência era “uma extravagancia derivada de los viejos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución Francesa, por los que llevan a los más exagerados e incoerentes excesos las garantías individuales”⁵⁸

Assim, Manzini encarava o princípio da presunção de inocência como algo irracional e paradoxal, uma vez que, para o recebimento de uma ação penal, pressupõem-se fortes indícios da prática do crime pelo acusado, circunstância, dessa forma, que tornaria mais adequada falar em presunção da culpabilidade. Perguntava ele, como iniciar a ação penal e por que não abolir a prisão provisória, se deve ser presumida a inocência do acusado?

O fato é que as escolas penais italianas, das quais Manzini fazia parte, tinha quanto aos objetivos e fundamentos do processo uma concepção autoritarista, uma vez que o processo penal não era para resguardar os direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado, mas sim, evitando o enfraquecimento do Estado, para reprimir a qualquer custo a criminalidade, constatando-se uma propensão para um Estado Forte e autoritário.⁵⁹

O fato é que a previsão e o uso indiscriminado da prisão provisória geram uma incerteza jurídica no seio da sociedade, e viola frontalmente o princípio do estado de inocência. A prisão cautelar acaba sendo um instrumento de resposta estatal ao crescente número de crimes nas grandes cidades, tornando-se banalizada, sem qualquer respeito às garantias individuais.

Com a introdução das novas medidas cautelares, a proporcionalidade foi prevista juntamente, sendo garantido, também, o exercício do princípio do estado de inocência, uma vez que garante que não será em todos os crimes em persecução que será decretada a excepcional medida cautelar: a prisão. Dessa forma, o princípio da presunção de inocência acaba ganhando mais um reforço em sua proteção, tendo em vista que o juiz analisará as circunstâncias do caso concreto para aferir a adequação e a

⁵⁸ MANZINI, Vincenzo: **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1996, vol. 1, p. 255.

⁵⁹ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 47

necessidade das medidas, deixando para último plano a restrição de liberdade, resolvendo a problemática da banalização.

4.3 O princípio da proporcionalidade na aplicação das novas medidas cautelares e a excepcionalidade da prisão provisória.

O sistema processual brasileiro, quando se trata de prisão cautelar, sempre se caracterizou pela binariedade: prisão ou liberdade. E essa binariedade acabou banalizando a prisão.

Em muitos casos, os indivíduos em persecução penal são presos desnecessariamente, tendo em vista que a prisão, como já amplamente analisado, era a única medida cautelar de natureza pessoal.

Podemos dizer que aprisionar um indivíduo desnecessariamente é mais atroz do que o crime sob investigação. Segundo dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o Brasil tem mais de meio milhão de pessoas encarceradas, representando o 4ª lugar no ranking mundial de encarceramento, atrás dos Estados Unidos, China e Rússia.

Segundo dados do mesmo Departamento, atualizados em 28 de dezembro de 2010, desses encarcerados, 44% dos presos no Brasil correspondem a presos provisórios. Isso representa um crescimento de 278% dos presos provisórios de 1990 a 2010. Assim, nota-se que, no passar do tempo, os juízes cada vez mais têm usado do recurso da prisão provisória, talvez como uma resposta para sociedade para o crescente número de crimes nas grandes cidades, representando uma verdadeira antecipação de pena.

Conforme estatística dos efetivos de presos no Ceará feita pelo Governo do Estado do Ceará, através da Secretaria da Justiça e Cidadania, demonstra que, em maio de 2011, nas cadeias públicas cearenses, o total de presos era de 5.814 (cinco mil, oitocentos e catorze) presos, incluindo homem e mulher, e, do total, 2.791 (dois mil, setecentos e noventa e um) eram presos provisórios, isto é, sem condenação, o que representa aproximadamente 48% (quarenta e oito por cento) do total dos presos existentes.⁶⁰

⁶⁰ <http://www.sejus.ce.gov.br/index.php/gestao-penitenciaria/39/70>

Um detalhe importante a observar nessa estatística oficial é que as vagas nas cadeias públicas são para 3.091 (três mil e noventa e um) presos, sendo os demais 2.723 (dois mil, setecentos e vinte três) presos excedentes, representando notoriamente uma superlotação.

Nota-se o número altíssimo das prisões provisórias em relação ao total de prisão, a despeito das vagas existentes nas cadeias públicas cearenses, é uma prova de que o sistema da binariedade acaba banalizando a prisão.

Parte da doutrina criminalista, antes da edição da lei 12.403/2011, que introduziu novas medidas cautelares alternativas à prisão cautelar, defendia a existência de um poder geral de cautela no processo penal brasileiro, justamente pelo fato de que acreditavam na desnecessidade, em muitos casos, da prisão provisória, pregando, assim, a possibilidade de o juiz aplicar medidas cautelares, mesmo sem estar previstas na lei, que fossem mais adequadas ao caso do que a prisão cautelar.

Observa-se, assim, que se buscava já aplicar outras medidas cautelares, uma vez que a prisão cautelar mostrava-se desrespeitosa ao princípio geral do direito da proporcionalidade, sobretudo aos seus subprincípios da necessidade e adequação.

O fato é que existia forte resistência na jurisprudência e na doutrina em relação à existência do poder geral de cautela no Processo Penal Brasileiro. A exemplo disso, o autor Fábio Machado de Almeida Delmanto, criticando o poder geral cautela no Processo Penal, assevera:

A aplicação de toda e qualquer medida restritiva da liberdade – seja prisão ou outra medida cautelar menos severa – exige, em atenção ao princípio da legalidade processual, expressa previsão em lei, não se podendo admitir o uso do chamado ‘poder geral de cautela’ existente no processo civil. Nesse compasso, a retenção do passaporte ou mesmo a proibição de o acusado sair do país, muitas vezes aplicada por juízes e tribunais brasileiros, constitui medida ilegal, uma vez que não é prevista em lei.⁶¹

Assim, como não havia possibilidade de decretação de outras medidas diversas da prisão, segundo ampla doutrina e jurisprudência, como acima observado, ou se aplicava a prisão para resguardar a situação de cautelaridade, a fim de garantir a eficácia do processo, ou não se aplicava nenhuma medida.

⁶¹ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas ou alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 308.

Existem situações que configuram os requisitos de *fumus comissi delicti*, caracterizado pela existência de indícios de autoria, prova da materialidade do crime, e o *periculum in mora*, que pode ser caracterizado, por exemplo, por uma situação em que a total liberdade do indivíduo em perseguição criminal mostra-se inconveniente para instrução processual, mas não justifica a decretação de uma prisão provisória, por ser uma medida excessiva. Por outro lado, se não se aplicar nenhuma medida processual para resguardar a situação de cautelaridade, a eficácia do processo pode ser fatalmente, ao final, prejudicada.

E essas situações peculiares, antes da lei, eram dificilmente resolvidas, uma vez que não havia, como já observado, outras medidas cautelares previstas em lei, optando-se quase sempre pela prisão provisória, mesmo que desproporcional à situação.

Decretação de prisão provisória ou aplicação de nenhuma medida, as duas opções, representariam, diante da situação supracitada, um desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

Explica-se: decorre do princípio da proporcionalidade proibição do excesso, como decorrência de seu subprincípio necessidade. A prisão provisória, muitas vezes, revela-se desproporcional, excessiva ao caso concreto. No entanto, se o Estado também não aplica outras medidas mais brandas, adequadas ao caso concreto, Ele também está desrespeitando o princípio da proporcionalidade, uma vez que dele também decorre o princípio da proteção deficiente.

O princípio da proteção deficiente significa que nem a lei nem o Estado podem ter posturas insuficientes em relação à tutela dos direitos fundamentais, como o direito à segurança pública, direito à propriedade, o direito à vida, o direito à integridade física etc. E, caso o Estado não tome nenhuma atitude para garantir a eficácia do processo penal, cuja finalidade é o exercício do *jus puniendi* do Estado e, conseqüentemente, a repressão e prevenção de crimes, esses direitos fundamentais vão estar fadados terem uma proteção insuficiente.

Explicando o princípio da proibição de proteção deficiente, o Professor Luiz Flávio Gomes leciona:

Ainda como decorrência do princípio da proporcionalidade impõe-se recordar o significado e o valor do princípio da proibição de proteção deficiente, segundo o qual nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria um dever de

proteção para o Estado (para o legislador e para o juiz) que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental⁶²

No RE 418.376, em voto vista, o Ministro Gilmar Mendes também tratou a respeito do princípio da proibição da proteção deficiente em um caso em que se buscava a extinção da punibilidade de agente condenado por atentado violento ao pudor a uma menina de 8(oito) anos:

Quanto a proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal, para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

‘Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui dupla face: a proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meio; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador’. (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) a proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, n. 97, março/2005, p.180)

Com a edição da Lei 12.403, de maio de 2011, modificando o art. 282 do Código de Processo Penal, prevendo expressamente o princípio da proporcionalidade, através da imprescindibilidade da análise pelo juiz da adequação e da necessidade das medidas cautelares a serem aplicadas, com uma previsão extensa de medidas cautelares diversas da prisão no art. 319 do mesmo corpo normativo, o constante desrespeito ao princípio da proporcionalidade, seja através de proteção insuficiente do Estado dos direitos fundamentais da sociedade, seja através de um excesso do Estado no trato dos

⁶² GOMES, Flávio Gomes. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª Ed. Rev. Pag. 53. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 62.

direitos fundamentais do indivíduo em persecução penal, ganha uma grande ferramenta para a sua diminuição.

O art. 282, §6º, CPP, modificado pela Lei 12.403/2011, prevê expressamente a subsidiariedade da prisão preventiva em relação às novas medidas cautelares diversas da prisão. Deve-se, assim, observar e concluir que é justamente a previsão expressa do princípio da proporcionalidade, do qual decorre a proibição de proteção deficiente e proibição de excesso por parte do Estado no trato dos direitos fundamentais, que possibilita a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão a situações de cautelaridade mais brandas que dispensam a decretação de prisão, uma vez que se mostra desproporcional ao caso concreto, pois é orientado por esse princípio que o aplicador da lei irá escolher outras medidas mais adequadas ao caso dentre as previstas na lei, não representando um excesso de violação ao direito de liberdade e presunção de inocência do indivíduo, mas também não representando insuficiência por parte do Estado em relação aos direitos fundamentais à vida, à segurança pública, à propriedade entre outros da sociedade.

Fábio Delmanto já previa que a excepcionalidade da prisão provisória só era possível se houvesse a disponibilidade ao magistrado de medidas que possam com eficácia ser aplicadas no lugar daquela, sendo-lhe alternativas, sem implicações desfavoráveis quantos aos riscos que ela procurou evitar, sendo o fundamento normativo o princípio da proporcionalidade,⁶³ especificamente o subprincípio da necessidade, segundo o qual “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”.⁶⁴

A excepcionalidade da prisão provisória, que só é possível devido ao princípio da proporcionalidade, é a grande inovação, juntamente com a previsão das medidas cautelares diversas da prisão, tendo em vista que uma tentativa de descarcerizar o sistema prisional brasileiro, que só deve ser utilizado em última instância, desafogando as cadeias que, como demonstrado acima, são superlotadas, abrigando mais presos do que efetivamente comportam, obrigando-os a viver em situação

⁶³ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas ou alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 306-307

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 396.

calamitosa, ao arripio do fundamento da República Federativa do Brasil da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB).

Anthony Daniels, estudioso da realidade do sistema prisional britânico e do comportamento de presos, entende que, pela experiência britânica, medidas alternativas à prisão preventiva foram um “desastre”. Para ele, medidas como tornozeleiras eletrônicas, que monitoraria o investigado/acusado, são uma temeridade em lugares onde a administração pública não é eficiente. No final, ele conclui que é a favor desses recursos em algumas circunstâncias, como para crimes não violentos, mas “para uso geral é um tragédia”.⁶⁵

O fato é que o referido cientista acaba entrando em consenso com a ratio da nova lei, que prevê aplicação de medidas alternativas diante da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, sempre analisados à luz da proporcionalidade.

O fato é que, conforme comenta Luiz Flávio Gomes, em Portugal, a experiência tem sido muito válida. O referido país aprovou em setembro de 2007 a Legislação sobre a Vigilância Eletrônica (as chamadas “pulseiras eletrônicas”). O objetivo da medida é, essencialmente, promover a diminuição das elevadas taxas das prisões preventivas, evitando, assim, inserção do criminoso na penitenciária e, conseqüentemente, a antecipação da pena que muitas vezes sequer será aplicada.

Portugal tem uma população carcerária de 11.694 (onze mil, seiscentos e noventa e quatro) pessoas, entre as quais 19,9% (dezenove vírgula nove por cento) é constituídos por presos provisórios. Há dois anos, o país alertou-se com os números crescentes de presos provisórios e vem colhendo bons resultados com a adoção de medidas substitutivas da prisão preventiva.⁶⁶

⁶⁵ DANIEL, Anthony. Em entrevista concedida à Revista Veja. Ed. 2.230 – ano 44 – nº33, 17 de agosto de 2011. São Paulo: Editora Abril, p. 21.

⁶⁶ GOMES, Flávio Gomes. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª Ed. Rev. Pag. 53. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 29.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 12.403, de maio de 2011, trouxe várias mudanças na legislação processual penal brasileira. O presente trabalho propôs a estudar as mudanças que foram feitas concernentes às medidas cautelares no processo penal.

Antes da edição da lei, o sistema de medidas cautelares de ordem pessoal no processo penal era marcado pela binariedade: prisão cautelar ou nada.

Esse sistema de *tudo* ou *nada* era extremamente danoso às garantias e direitos fundamentais. O *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, requisitos para aplicação das medidas cautelares, têm diferentes graus de intensidade, clamando por medidas proporcionais à situação no caso concreto.

Assim, como só existia a prisão como medida cautelar para resguardar situações que poderiam colocar em risco a eficácia do processo, existiam casos em que a prisão se configurava uma medida excessiva, e a aplicação de nenhuma medida também poderia ser revelar desastroso para resguardar as finalidades do processo penal.

Soma-se à situação o fato de ampla doutrina e jurisprudência resistir à ideia da existência de um poder geral de cautela no poder penal, assim como existe no processo civil, tendo em vista que os bens jurídicos em jogo são muito mais importantes neste do que naquele, devendo o império da legalidade reinar, a fim de que os direitos e garantias do indivíduo em persecução penal sejam resguardados.

O juiz, dessa forma, não poderia aplicar nenhuma medida cautelar diversa da prisão, pois não existia previsão legal para isso, devendo contentar-se com a decretação da prisão ou aplicação de nenhuma medida.

Diante disso, o princípio da proibição do excesso (garantismo positivo) e o princípio da proibição de proteção deficiente (garantismo negativo), todos decorrentes do princípio da proporcionalidade, eram desrespeitados, tendo em vista que quando a medida da prisão se revelava excessiva para direitos fundamentais do indivíduo, a ausência de medida se revelava uma proteção deficiente para resguardar os direitos fundamentais da sociedade.

Podem-se citar várias mudanças no sistema de medidas cautelares com a introdução da nova lei em estudo: inclusão de um rol de medidas diversas da prisão,

previsão de uma espécie de contraditório no momento da aplicação de uma medida cautelar, possibilidade de cumulatividade dessas medidas, excepcionalidade ou subsidiariedade da prisão cautelar em face das novas medidas cautelares e, principalmente, a previsão expressa do princípio da proporcionalidade, através da adequação e necessidade da medida.

Somente com a previsão expressa do princípio da proporcionalidade, é possível a aplicação das novas medidas que foram incluídas no art. 291 do Código de Processo Penal Brasileiro. Esse princípio é a medida que orienta o aplicador da lei a adotar medidas que são adequadas e necessárias às situações concretas de cada caso.

Assim, é a aplicação do princípio da proporcionalidade que o juiz vai deixar de aplicar a prisão para qualquer caso, diminuindo os casos de patente desproporcionalidade e excesso.

E, com o princípio da proporcionalidade, o aplicador da lei não deixará outros direitos fundamentais concernentes à vítima, à sociedade, protegidos insuficientemente, pois poderá aplicar medidas cautelares para resguardar a eficácia do processo penal, sem desprezar os direitos do indivíduo em perseguição.

Portanto, a prisão fica com um status de excepcionalidade, sendo aplicada em último caso, transformando-se em uma importante ferramenta de diminuição da superlotação das cadeias públicas brasileiras, cuja população carcerária, em grande parte, é formada por presos provisórios, isto é, sem condenação.

Pelo fato de serem medidas novas, introduzidas em nosso ordenamento jurídico recentemente, gera-se uma expectativa acerca de sua eficácia em alcançar a finalidade para que foram propostas: resguardar a eficácia do processo respeitando o princípio da proporcionalidade, dar à prisão o caráter de subsidiariedade e diminuir o problema da superlotação das cadeias públicas brasileiras. Essa expectativa só será suprida com o desenrolar da adaptação dos juristas a essa nova lei.

6 REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANNINI NETO, Francisco. **A importância do inquérito policial para um Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2176, 16 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12998> Acesso em: 5 out. 2011.

ARAÚJO, Moacir Martini de. Lei nº 12.403/11: **avanço ou retrocesso na busca do sistema ideal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2949, 29 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19652>>. Acesso em: 17 out. 2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAVALCANTE, Mantovani Colares. “**Os novos rumos da Jurisdição Cautelar**”. Revista Dialética Processual 1:127-145. São Paulo: Dialética, 2003.

CRAIG, Paul. **Unreasonableness and proportionality in UK law**. In: Ellis (Org.). The principle of proportionality in the laws of Europe. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação ao Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

DANIEL, Anthony. **Em entrevista concedida à Revista Veja**. Ed. 2.230 – ano 44 – nº33, 17 de agosto de 2011. São Paulo: Editora Abril.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas ou alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13ª Ed. Rev. Ampl. Pp. 49-50. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

EDWARDS, Carlos Henrique. **Garantias Constitucionales en materia penal**. Buenos Aires: Astrea, 1996.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarances. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paulo Zomer Sica et. Al. 2. Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual do Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011

GIUSEPPE, Lombardo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª Ed. Rev. Pag. 52. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, volume I**. Rio de Janeiro: Impetus.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23ª Ed. Ver. Ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos fundamentais como limite ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)**. São Paulo: Boletim do IBCCRIM.

LUIZI, Luigi. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MANZINI, Vincenzo: **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Vol 1. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1996.

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

MAUREGI, Anna Maria. **I reati sospetto dopo la pronuncia dela Corte Costituzionale** n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999.

MODONA, Guido Neppi Modona e VIOLANTE, Luciano. **Poteri dello stato e sistema penale** – Corso di lezioni universitarie. Torino: Editrice Tirrenia-stampatori, 1978.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Prisão e Liberdade*. São Paulo: Editara Revistas dos Tribunais.

REALE JR., Miguel. **Instituições do Direito Penal, Vol. I**. São Paulo: Editora Forense, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional e derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, george. **A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro**. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. **Considerações sobre o princípio da proporcionalidade**. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* 7/150.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Ed. Rev. Ampl. Atl. São Paulo: Editora Jus Podivm.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

VITALE, Gustavo L. **Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbárie**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

YAMASHITA, Douglas. **Controle de constitucionalidade de medidas provisórias à luz da proporcionalidade: considerações sobre o Estado Democrático de Direito no Brasil**. IOB- Repertório de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo 5/171. São Paulo, mar. 1999.

_____. Dados. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC0BE0432ITEMIDB21444C6DAD94E1C9B95FECCD37A3CF9PTBRNN.htm>> Acesso em 29 out. 2011.

_____. Dados. Disponível em <http://www.sejus.ce.gov.br/index.php/gestao-penitenciaria/39/70>> Acesso em 29 out. 2011.

_____. Informação. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/12998>> Acesso em 6 out. 2011.