

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Laís Soares Giaretta

O JUÍZO DE PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO DA PRISÃO  
PREVENTIVA OU DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA

Passo Fundo  
2013

Laís Soares Giaretta

O JUÍZO DE PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO DA PRISÃO  
PREVENTIVA OU DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Marlova Stawinski Fuga.

Passo Fundo  
2013

## AGRADECIMENTOS

A Deus por me conceder a oportunidade de realizar este trabalho.

Aos meus pais, Luis Carlos e Ieda, pelo amor incondicional,  
pela tolerância, pelo incentivo e,  
principalmente por sempre acreditarem em mim.

À minha amada irmã, Vitória, simplesmente por existir na minha vida.

À Juíza de Direito, Margot Cristina Agostini, pelo apoio,  
pelas palavras amigas,  
pela compreensão e, por me ensinar o sentido da palavra justiça.

À professora orientadora, Me. Marlova Stawinski Fuga,  
por atender ao meu pedido, pela confiança, pela sabedoria compartilhada e,  
por me auxiliar nessa caminhada tornando-a mais fácil e agradável.

A todos que de alguma forma contribuíram para a realização da  
presente pesquisa.

“Se é verdade que o direito penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos do delinquente”.

*Giuseppe Bettiol*

## RESUMO

As medidas cautelares da Lei n. 12.403/2011 foram introduzidas no Código de Processo Penal na intenção de restringir a decretação da prisão preventiva aos casos em que restasse plenamente demonstrada sua necessidade. Nesse sentido, enfatiza-se, ainda mais, seu caráter excepcional. Assim, em razão dessa inovação legislativa, evidencia-se a indispensabilidade de realizar um juízo de ponderação que vise encontrar uma solução justa e equilibrada ao caso concreto, decidindo, o juiz, entre a imposição de uma medida cautelar diversa e a prisão preventiva. Para a abordagem do assunto utiliza-se o método dedutivo, bem como o método de procedimento é embasado em apreciação bibliográfica e jurisprudencial. A partir de tais métodos, estudam-se alguns fatos históricos que contribuíram para a evolução das medidas cautelares no processo penal brasileiro, expondo-se o novo perfil jurídico da prisão cautelar em contraste com as medidas liberatórias, ressaltando seus requisitos gerais e específicos. Dá-se, então, especial enfoque ao princípio da proporcionalidade, como possibilidade para a realização do juízo de ponderação. Chegando-se a análise dos postulados da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente. Do presente estudo é possível concluir que o juízo de ponderação das cautelares se dá, primordialmente, com base na apreciação das circunstâncias peculiares ao caso concreto. Assim, os interesses estatais bem como, os individuais envolvidos é que irão guiar a escolha do magistrado, ao decretar uma medida cautelar diversa ou a prisão preventiva.

**Palavras-chave:** Medidas cautelares. Ponderação. Prisão preventiva. Proporcionalidade.

## LISTA DE ABREVIATURAS

abr.: abril

ADI: ação direta de inconstitucionalidade

ago.: agosto

ampl.: ampliada

art.: artigo

atual.: atualizada

CF: Constituição Federal

coord.: coordenador

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

D.J.: Diário de Justiça

ed.: edição

Ed.: editora

FESMP: Fundação Escola Superior do Ministério Público

HC: habeas corpus

IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

INMETRO: Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia

jul.: julho

jun.: junho

mar.: março

MP: Ministério Público

n.: número

p.: página

PB: Paraíba

PC: Polícia Civil

PR: Paraná

rev.: revisada

RJ: Rio de Janeiro

RS: Rio Grande do Sul

SP: São Paulo

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TCF: Tribunal Constitucional Federal

TJ: Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>9</b>   |
| <b>1 A REPERCUSSÃO JURÍDICO-SOCIAL DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>              | <b>14</b>  |
| 1.1 A evolução do processo penal cautelar brasileiro .....  | 14         |
| 1.2 O novo perfil jurídico da prisão cautelar: requisitos, circunstâncias e hipóteses .....                   | 20         |
| 1.3 Da Lei n. 12.403/2011: espécies de medidas cautelares.....  | 28         |
| <b>2 A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO</b>   | <b>40</b>  |
| 2.1 A fundamentação constitucional do processo penal brasileiro.....  | 40         |
| 2.2 A principiologia do novo sistema cautelar penal brasileiro .....  | 48         |
| 2.3 O princípio da proporcionalidade no processo penal: origens, conceito e pressupostos....                  | 57         |
| <b>3 AS MEDIDAS CAUTELARES E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: CRITÉRIOS DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO .....</b>     | <b>73</b>  |
| 3.1 O impacto social das medidas cautelares no Brasil: o mito da segurança pública.....                       | 73         |
| 3.2 O juízo de ponderação como proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.....                   | 79         |
| 3.3 O juízo de ponderação nas medidas cautelares e na prisão preventiva .....                                 | 92         |
| 3.4 A possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade no juízo de ponderação das cautelares..... | 105        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>   | <b>114</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>123</b> |



## INTRODUÇÃO

De modo a justificar a escolha do tema, importante mencionar, que sua definição se deu devido à realização de estágio extracurricular no Ministério Público Estadual, eis que diante da criação da Lei n. 12.403/2011, estabeleceram-se dúvidas em relação à aplicação das novas medidas cautelares e da prisão preventiva. Nesse ínterim, surgiram várias decisões divergentes em relação à aplicação de uma medida liberatória ou da segregação cautelar, ou seja, para casos muito semelhantes havia a decretação de medidas totalmente opostas. Isso se deu principalmente, porque, no momento da promulgação da nova lei, vigorava na Comarca de Marau – RS, o regime de jurisdição compartilhada.

O presente trabalho tem o objetivo de enfrentar a dúvida sobre a existência de critérios capazes de orientar o juízo de ponderação da medida acautelatória a ser utilizada no procedimento processual penal, haja vista que com o surgimento da Lei n. 12.403/2011 foram inseridas outras dez medidas cautelares além da prisão preventiva. Nesse sentido, o escopo principal é direcionar a atuação do julgador no momento em que, diante de um caso concreto, deva se optar pela decretação de uma das cautelares diversas ou a prisão preventiva. Em outras palavras, o que se busca saber é quando será necessário aplicar uma medida diversa e quando será útil decretar a segregação cautelar. Para tanto, apresenta-se a possibilidade de se empregar os postulados normativos da proporcionalidade e/ou da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente no momento da realização desse julgamento, a fim de averiguar se são capazes de solucionar esse impasse.

Imperiosa se faz a investigação a respeito da possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, no momento em que houver a necessidade de se decidir entre a aplicação de uma medida cautelar diversa e a prisão provisória, a fim de solver eventuais dubiedades surgidas em torno do assunto. É de se considerar ainda, que a prisão processual é a medida, legalmente prevista, mais onerosa ao direito de liberdade do indivíduo, devendo ser resguardada aos casos de maior gravidade, causadores de grande impacto social, observando-se, pois, seu caráter de *ultima ratio*, que ficou ainda mais evidente com a inserção das medidas alternativas. Por outro lado, deve-se atentar também, por ocasião da escolha de uma medida restritiva de direitos, as características pessoais do agente, tais como sua conduta e personalidade, eis que esses fatores trarão maior legitimidade à deliberação.

Em contrapartida, essa inovação legislativa também ocorreu no meio jurídico brasileiro, como uma resposta à superlotação prisional, pois grande parte das pessoas que se encontram segregadas sequer foram condenadas, o que de certa forma, está por comprometer a eficácia do sistema penal. Na verdade, a maioria dos presos está aguardando julgamento, porquanto o aparato judiciário não consegue apreciar rapidamente os litígios processuais, mesmo que sejam urgentes, devido à imensa quantidade de ações que devem ser contempladas pelos magistrados. Nesse ponto, revela-se a importância sociológica e jurídica da matéria aqui abordada. Na medida em que mais se adotarem as cautelares diversas, menos serão os presos provisórios, de modo a não gerar a contaminação destes com a perspicácia e astúcia dos presos definitivos, consistindo em um meio para se diminuir a criminalidade, e elevar o grau de eficiência do sistema penal. Já no meio jurídico, além de a lei extinguir o método que limitava os juízes a optar entre a prisão ou a liberdade provisória, o juízo de ponderação acarreta maior coerência e justiça às decisões judiciais proferidas para a restrição cautelar de direitos fundamentais, eis que diante da análise minuciosa da realidade do caso, ao invés de se adotar a medida mais incisiva, o que sempre era feito quando se mostrava necessário resguardar a efetividade do processo, permite a adoção de uma medida liberatória, que se destina a atingir tal finalidade.

Diante disso, aporta a Lei n. 12.403/2011, que promete solucionar esses problemas, a fim de restringir ao cárcere quem já foi condenado ou quem, por imprescindibilidade e garantia da segurança pública e social, necessite da aplicação de tal medida. Com isso, mais uma vez, comprovada a pertinência da pesquisa.

Cabe referir ainda, que a ideia inicial da pesquisa surgiu, quando, após a realização de dois pedidos de decretação da prisão preventiva feitos pelo promotor de justiça da cidade de Marau, por ocasião da denúncia de dois delitos de estupro, supostamente cometidos pelos pais contra suas filhas menores de idade, sobrevieram decisões de procedência e de improcedência com decretação de uma medida cautelar diversa. Nesse momento, é que despontou o questionamento acerca da possibilidade de determinar critérios que trouxessem mais equidade e equilíbrio nas decisões que impusessem o cumprimento das medidas acautelatórias.

Assim, diante de uma pesquisa prévia, ficou assentada a possibilidade de se empregar duas hipóteses para a solução da seguinte problematização: existem critérios para definir o juízo de ponderação da medida cautelar a ser utilizada, respeitando o princípio da proporcionalidade? A primeira hipótese leciona que para a aplicação da prisão preventiva deve-se observar sua adequação e necessidade, levando em consideração à efetividade do

processo ou a reiteração criminosa, quando constatadas que desproporcionais e insuficientes as outras medidas cautelares para o caso concreto. A segunda hipótese ensina que na aplicação de uma medida acautelatória deve se respeitar os postulados da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente, para que se chegue a uma decisão equânime.

O método de abordagem adotado é o dedutivo. Por isso, se utiliza a técnica descendente de pesquisa, ou seja, parte-se da análise do geral para o particular, para então, a partir disso, extrair uma conclusão. Nesse sentido, far-se-á uso de silogismos, estabelecendo-se duas premissas, e delas se retirando uma terceira que será logicamente proporcional e correspondente à análise das duas anteriores, e que consistirá na conclusão.

O método está relacionado com o tema escolhido, pois, parte-se da análise das premissas gerais do objeto de estudo, referentes ao juízo de ponderação na aplicação das medidas cautelares. Nesse sentido, examina-se, preliminarmente, o conteúdo das medidas cautelares e sua aplicabilidade em contraposição à prisão preventiva; posteriormente, a incidência do princípio da proporcionalidade na elaboração do juízo de ponderação, bem como dos postulados da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente e, finalmente, a escolha da medida cautelar mais adequada, necessária e suficiente a ser aplicada conforme o caso concreto.

Como base de pesquisa e método de procedimento foi utilizado o material bibliográfico da Biblioteca da Universidade de Passo Fundo, bem como da Biblioteca da Procuradoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim, foram explorados livros e artigos científicos a partir dos quais se desenvolveu o objeto da pesquisa jurídica.

Por ser matéria de Direito Processual Penal, com enfoque no Direito Constitucional, utilizou-se, também, sites da internet, tal como IBCCRIM. Além disso, por versar o assunto sobre a aplicação de medidas cautelares, as quais necessitam de decisão judicial ao caso concreto, foi necessária a realização de consultas a sites de Tribunais, como Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça do Paraná, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a fim de realizar um comparativo entre os posicionamentos e, se estabelecer os critérios do juízo de ponderação.

Superadas essas premissas, cabe mencionar que a pesquisa inicia-se no primeiro capítulo, com uma demonstração dos principais acontecimentos históricos que nortearam a evolução da prisão processual para como é conhecida hoje. Nesse sentido, começa-se explicando a prisão cautela, prevista nas Ordenações Filipinas por volta do ano de 1600. Em

seguida, passa-se ao ano de 1941 com a promulgação do Código de Processo Penal, depois a 1989 com o surgimento da prisão para averiguações. Nos anos subsequentes houveram algumas modificações em relação à prisão preventiva, até chegar ao ano de 2011 com a promulgação da lei das cautelares. Depois desse apanhado histórico, estuda-se a prisão preventiva, em contraposição às novas medidas cautelares, com o propósito de verificar seu novo caráter jurídico. Para tanto, analisam-se os requisitos gerais e específicos dessas cautelares, bem como suas circunstâncias autorizadoras, finalidades e hipóteses legais de cabimento. Nesse ponto, pode se notar a existência de divergência doutrinária acerca do assunto, principalmente em relação às medidas alternativas, eis que assunto novo no meio jurídico.

Já no segundo capítulo, discorre-se, sucintamente, acerca da diferenciação de regras e princípios, haja vista que consideradas como as normas de maior relevância de um ordenamento jurídico, sendo de suma importância a determinação de seus conceitos. Após, passa-se à explicação dos princípios fundamentais do processo penal, dentre eles o da legalidade, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Como pode se verificar, esses princípios estão previstos implícita ou explicitamente na Constituição Federal e significam um escudo protetor aos direitos individuais das partes envolvidas no litígio, o que demonstra a relevância da apreciação. Nesse ponto, exploram-se ainda os princípios norteadores da aplicação das medidas cautelares, dando especial destaque à presunção da inocência, pois é a garantia que o acusado ou indiciado tem de que, contra si, não serão tomadas decisões arbitrárias. Finalmente, passa-se ao exame do postulado normativo da proporcionalidade, momento em que é feita investigação aprofundada de seu enquadramento jurídico e de seus três pressupostos, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que a opinião da doutrina divide-se em relação a esses assuntos. Mas, a par disso, o fato é que o princípio da proporcionalidade visa, mediante o preenchimento de seus requisitos, tornar a decisão judicial, que impõe o cumprimento de uma medida restritiva de direitos, mais justa e equilibrada possível, conferindo a legitimidade necessária para surtir seus efeitos.

O terceiro e último capítulo inicia-se com considerações de cunho sociológico a respeito das modificações trazidas pela nova lei e, que refletiram no novo conceito jurídico da prisão processual. Assim, é importante entender a origem social da Lei n. 12.403/2011, para que as medidas cautelares sejam aplicadas de acordo com a realidade fática em que foram inseridas. Após isso, encaminha-se para uma reflexão sobre os postulados da proibição de

excesso e da proibição da proteção deficiente, que representam, de um lado, os freios à atuação estatal e, de outro, a garantia de eficácia dos direitos fundamentais, a fim de verificar a possibilidade de empregá-los no juízo de ponderação das medidas cautelares.

Dessa forma, após ter se analisado, detidamente, os postulados normativos da proporcionalidade, da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente, parte-se para uma conformação destes, com os requisitos, circunstâncias autorizadoras e hipóteses de cabimento das medidas cautelares e da prisão preventiva, com a finalidade de verificar, através da prévia análise de casos hipotéticos, a compatibilidade do juízo de ponderação proposto por esses postulados, com a necessidade de preenchimento dos pressupostos gerais e específicos exigidos para a decretação de qualquer medida cautelar. Nesse sentido, finalmente, transfere-se todo conteúdo estudado a dois casos reais, com o escopo de verificar a probabilidade da execução prática da teoria aqui proposta.

Esta pesquisa iniciou-se, precisamente, no mês de março de 2012, momento em que se examinaram dados, materiais, documentos e decisões judiciais, a fim de ressaltar semelhanças e diferenças sobre o assunto, o que levou a um aprofundamento acerca do tema, resultando neste trabalho que se coloca a disposição dos leitores.

# **1 A REPERCUSSÃO JURÍDICO-SOCIAL DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, alterou a redação de artigos normativos do Código de Processo Penal, e com ela atinge-se o ápice da evolução histórica legislativa sobre medidas cautelares no processo penal brasileiro, uma vez que o cárcere cautelar, como pena privativa de liberdade, vem a ser substituído pelas medidas cautelares. Percebe-se que, no tema, a legislação não é estática e sofre alterações de acordo com as necessidades da coletividade e as transformações da sociedade, sempre pautando-se pelo direito de punir do Estado e do dever deste de proporcionar a ressocialização do acusado e a segurança social. O que se apresenta é uma evolução da própria efetividade do processo criminal.

Com isso, analisam-se os requisitos, as circunstâncias autorizadoras e as hipóteses de incidência tanto da prisão preventiva, quanto das medidas cautelares, a fim de revelar seu novo parâmetro jurídico, demonstrando a finalidade de cada nova medida cautelar instituída, bem como sua verdadeira razão de existir.

Portanto, neste primeiro capítulo, introduz-se o assunto revelando profundamente as características das principais personagens desta obra, que são as medidas cautelares alternativas e a prisão preventiva.

## **1.1 A evolução do processo penal cautelar brasileiro**

A história do processo penal cautelar brasileiro é remota, remetendo-se aos anos do domínio português. Por volta do ano de 1600, quando se encontravam em vigor as Ordenações Filipinas, existia a seguinte determinação: “se o condenado à morte estiver preso, no lugar onde Nós a esse tempo estivermos, antes de se nele fazer execução, no-lo farão saber<sup>1</sup>”. Ou seja, o réu condenado à morte que estivesse, ao tempo da condenação, na presença do rei, só teria a sua pena executada depois da realização do reexame necessário por parte do monarca e, para tanto, até lá, ficaria aguardando o pleito executório em uma espécie de prisão cautelar, já que a mesma se dava antes da execução da pena cominada à sentença.

---

<sup>1</sup> MACHADO, Luiz Melbío Uiraçaba. Evolução do código de processo penal. tjrs. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao\\_Codigo\\_Processo\\_Penal.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf)> Acesso em 12/05/2011. p. 05.

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até 1830, quando ocorreu um abrandamento do modelo inquisitivo, partindo-se para uma espécie de modelo acusatório de processo penal.

Ainda em 1824, quando o Brasil alcançou sua independência política, foi outorgada a Constituição do Império, em que o artigo 179 dispunha que ninguém poderia ser preso “sem culpa formada”, a não ser nos casos previstos em lei, e mesmo assim ninguém seria mantido preso se prestasse fiança, caso houvesse essa previsão. Mas, também, era previsto neste diploma que poderia o réu ser libertado sem fiança em alguns casos, como por exemplo, em crimes punidos com pena mínima não superior a seis meses<sup>2</sup>.

Em 1832 publicou-se o primeiro Código de Processo Criminal, denominado Código Criminal do Império, o qual trazia a previsão das fianças em seu Capítulo VIII do Título I, determinando alguns delitos em que a mesma poderia ser concedida, tendo como critério definidor a pena cominada abstratamente. O réu que pagasse sua fiança não seria preso pela prática do delito ou se já estivesse preso, seria solto.

Importante fazer menção a uma espécie de prisão cautelar prevista nos artigos 131 a 133 desse Código, a qual era denominada “prisão sem culpa formada” e que podia ser executada sem ordem escrita. Na verdade, tratava-se esta de prisão em flagrante de delito. Nesses casos, procedia-se a lavratura de um termo em que o juiz interrogava o réu, ouvia as testemunhas e o condutor; se desse interrogatório resultasse suspeita contra o conduzido, ele era colocado em custódia em qualquer lugar seguro. Outra forma de prisão sem culpa formada poderia ser decretada em caso de o suspeito ser indiciado por crime em que não coubesse a fiança, mas essa só se faria por ordem escrita da autoridade legítima, conforme determinavam os artigos 175 a 188 do mesmo diploma legal<sup>3</sup>. Assim, não se pode deixar de observar que o que se apresentava era um embrião da prisão preventiva moderna.

A culpa formada, referida acima, era um filtro para que a acusação fosse admitida, que levava em consideração as provas até então produzidas, e uma vez pronunciada a decisão judicial, o nome do réu era lançado em livro próprio e era decretada, automaticamente, sua prisão, conforme artigo 146 do diploma legal acima referido<sup>4</sup>. Ou seja, é o que se conhece hoje como a prisão decorrente de apenamento de uma sentença condenatória.

---

<sup>2</sup> CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 33-34.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832 – Código de Processo criminal de primeira instancia com disposição provisória à cerca da administração da justiça civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)> Acesso em 18/05/2011.

<sup>4</sup> CRUZ, 2011, op. cit., p. 33-34.

Com a reforma de 1841 foram introduzidas mudanças significativas em relação ao processo criminal do Império, com a criação do policialismo judiciário. Esse sistema determinava ao poder policial prender, investigar, acusar e pronunciar os acusados de certos crimes de menor importância. Mas nada de relevo trouxe em relação à prisão preventiva. Em 1871, com a introdução da Lei n. 2.033, foi retirado parte do poder concedido às polícias, subtraindo-lhes a competência para julgar certas infrações penais, e mantendo a incumbência de arbitrar a fiança<sup>5</sup>.

Porém, o grande avanço do processo penal brasileiro ocorreu em 1934 com a promulgação da Constituição da República, extinguindo-se o pluralismo processual dos Estados<sup>6</sup> e fazendo entrar em vigor sob a égide do Estado Novo, no ano de 1941, o Código de Processo Penal atual.

Para Luiz Flávio Gomes esse Código de Processo Penal, em sua redação original, tinha inspiração fascista, pois a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade, se convertendo automaticamente em prisão cautelar, ou seja, não havia necessidade de ratificação por parte do juiz, para que se operasse a conversão em prisão preventiva. A liberdade é que era provisória, e não a prisão. Cabendo mencionar, ainda, que a prisão, decorrente de sentenças condenatória ou de pronúncia, não definitivas, operava-se de forma imediata e obrigatória, ficando evidente para o autor a violação do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, o Código de 1941 não se preocupava com a cautelaridade da prisão, consistindo a mesma em antecipação do juízo de culpabilidade e do cumprimento da pena<sup>7</sup>.

Igualmente é a opinião de Antônio Magalhães Gomes Filho, ao referir que a prisão em flagrante, desde que configuradas suas hipóteses legais, também se dava de forma automática, logo após a lavratura do auto de prisão. Em alguns casos, era cabível a liberdade ao detido, quando, por exemplo, era aplicada ao delito somente pena de multa, ou em outras situações a liberdade era concedida mediante fiança, quando o crime tinha a pena de detenção cominada em quantidade máxima não superior a três meses. Ainda, nesse contexto, se o réu cometesse o crime acobertado por alguma excludente de ilicitude, o mesmo era posto em liberdade sob o compromisso de comparecer a todos os atos processuais.

---

<sup>5</sup> CRUZ, *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*, p. 35-36.

<sup>6</sup> MACHADO, *Evolução do código de processo penal*. tjrs. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao\\_Codigo\\_Processo\\_Penal.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf)> Acesso em 12/05/2011. p. 14.

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e medidas cautelares*. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.



Lembra o autor que a prisão preventiva era obrigatória nos crimes em que fosse cominada pena de reclusão máxima igual ou superior a dez anos, desde que houvesse prova da materialidade e indícios suficientes da autoria delitiva. Por outro lado, a prisão preventiva era facultativa nos casos em que ficasse evidenciada a necessidade de garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal, em casos como, por exemplo, de reincidência em crime doloso e da mesma natureza, de crimes inafiançáveis, de crimes afiançáveis quando verificadas condições desfavoráveis ao indiciado<sup>8</sup>.

Para o autor a primeira e significativa alteração ocorreu com a Lei n. 5.349/1967, pois se extinguiu a modalidade de prisão preventiva obrigatória. Essa medida era mais atenta às garantias fundamentais, inclusive em relação ao princípio da presunção da inocência, pois muitas vezes esse instituto era usado de forma banal pelos juízes que, levados pela comoção social, aplicavam a preventiva mesmo em casos em que não se possuía a certeza de ter o agente praticado o crime.

Logo após essa lei, no ano de 1973, entrou em vigor a Lei n. 5.941 que modificou a prisão cautelar ao pronunciado ou ao condenado por sentença recorrível, dando a possibilidade de liberdade ao réu que, em suma, tivesse condições pessoais favoráveis. Infelizmente, é de se considerar que essas mudanças só ocorreram porque houve envolvimento de policiais da alta hierarquia com homicídios praticados pelo grupo conhecido como Esquadrão da Morte, introduzindo-se, então, os fatores bons antecedentes e primariedade, bem como a configuração do *periculum libertatis*, voltada à apreciação da personalidade do acusado, para haver a concessão da liberdade ao réu<sup>9</sup>.

Com o advento da Lei n. 6.416 em 1977, ocorreu um avanço mensurável ao sistema processual cautelar, pois aumentou-se o rol das possibilidades de concessão de liberdade provisória sem fiança, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, desde que verificada a inoportunidade das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. Com essa modificação, a liberdade do preso em flagrante, que antes era concedida apenas aos casos menos graves ou acobertados por excludente de ilicitude, passou a ser concedida desde que não existisse o *periculum* autorizador da preventiva.

Em 1988 com a promulgação da atual Constituição da República, houve um aumento dos direitos e garantias processuais penais, e também, a constitucionalização do princípio da

---

<sup>8</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no processo penal*. Prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 34.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 34-35.

presunção da inocência. Nesse sentido, esperava-se que a legislação infraconstitucional se adequasse ao novo sistema liberatório, porém não foi isso que aconteceu, pois nos anos seguintes aumentou-se o rol de medidas de restrição de liberdade.

Houve, no ano de 1989, o surgimento da Lei da Prisão Temporária, a qual restringiu a liberdade do indiciado em casos imprescindíveis para a investigação, se o mesmo não tivesse residência fixa ou quando sua identidade fosse duvidosa. Em seguida, em 1990 surgiu a Lei dos Crimes Hediondos, a fim de reprimir mais eficazmente a criminalidade grave, reinstaurando-se “no direito brasileiro os rigores da legislação autoritária do Estado Novo”<sup>10</sup>. Para os crimes definidos como hediondos, houve a vedação da concessão de fiança e da liberdade provisória, ambas disciplinadas, sem restrições, no texto constitucional.

Durante muito tempo, a doutrina elencou essas cinco hipóteses de prisão cautelar ou processual, a saber, a prisão temporária da Lei n. 7.960/89, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, previstas, respectivamente, nos artigos 302 e 312 do Código de Processo Penal, ainda a prisão decorrente de sentença recorrível e a prisão decorrente de sentença de pronúncia, as quais eram disciplinadas no Código de Processo Penal.

Por força das Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008 passou-se a contar com apenas três situações de prisão processual, quais sejam, a preventiva, a temporária e a em flagrante, eliminando-se as modalidades autônomas das prisões cautelares decorrentes de pronúncia e de sentença recorrível, ou seja, com a nova lei para a decretação de ambas será necessário decisão motivada que demonstre os requisitos da prisão preventiva, some-se a isso que a segunda modalidade deixou de ser pressuposto para o recuso de apelação. Assim esses títulos de prisão abolidos, passaram a ser modalidade de prisão preventiva.

Atualmente, com a nova lei das medidas cautelares, passou-se a contar, somente, com duas modalidades de prisão cautelar, quais sejam, a temporária e a preventiva, sendo eliminadas todas as demais formas de prisão cautelar. Já que agora, a prisão em flagrante deve ser relaxada, convertida em preventiva ou concedida a liberdade provisória ao réu.

Em síntese, ao longo de setenta anos, o sistema de prisões foi se transformando. Agora para a decretação de qualquer tipo de prisão cautelar e em qualquer momento do processo, exige-se fundamentação específica e convincente e ainda deve o juiz demonstrar a excepcionalidade da segregação cautelar, sob pena de revogação.

---

<sup>10</sup> GOMES FILHO, *Medidas Cautelares no processo penal*. Prisões e suas alternativas, p. 36.

Por outro lado, há de se referir a origem da alteração legislativa decorrente da Lei n. 12.403/2011. O anteprojeto de Lei do Poder Executivo foi enviado ao Congresso Nacional no ano de 2000, e resultou no Projeto de Lei n. 4.208/2001. A comissão que elaborou tal projeto, constituída pelo Ministro de Justiça José Carlos Dias e presidida por Ada Pellegrini Grinover, justificou a proposta da seguinte forma:

O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguram o sistema. Exemplo significativo é o da fiança que passa, com as alterações do Código, de instituto central no regime de liberdade provisória, a só servir para poucas situações concretas, ficando superada pela liberdade provisória sem fiança do parágrafo único do artigo 310. As novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal.<sup>11</sup>

Nesse sentido, a comissão pretendia com essa alteração legislativa, adequar o sistema de prisões, agora conhecido como sistema de medidas cautelares, às exigências da Constituição Federal de 1988 e às legislações estrangeiras modernas.

Nessa senda, as principais mudanças sugeridas pela Comissão acima foram o aumento do rol das medidas cautelares, que antes ficavam concentradas na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança, bem como tratamento sistemático e estruturado dessas medidas e da liberdade provisória, a manutenção da prisão preventiva, de maneira genérica para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, e como forma especial, para os acusados que praticarem infrações penais mediante violência ou grave ameaça à pessoa, as relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira graves, ainda a impossibilidade de prisão antes da decisão definitiva que não seja de natureza cautelar, por fim a valorização da fiança<sup>12</sup>.

Finalmente, verifica-se que o valor e a importância da nova lei concentrou-se na introdução de medidas alternativas ou substitutivas da prisão cautelar, pois estas não existiam em nenhum ordenamento jurídico brasileiro antes da Lei 12.403/2011.

---

<sup>11</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 23.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 23-24.

## 1.2 O novo perfil jurídico da prisão cautelar: requisitos, circunstâncias e hipóteses

Em primeiro lugar, é de se esclarecer que a prisão cautelar ou provisória é aquela decretada antes da sentença penal condenatória transitar em julgado. Além disso, ela divide-se em prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, que também é conhecida por “prisão cautelar por excelência”<sup>13</sup>. Esta última constituirá objeto de análise do presente estudo.

Assim, a prisão preventiva pode ser entendida como modalidade de prisão cautelar de natureza processual decorrente de decisão judicial fundamentada, decretada durante a investigação policial ou processo penal, e mesmo no momento da decisão de pronúncia ou sentença condenatória, desde que presentes os requisitos legais e os motivos autorizadores<sup>14</sup>.

A reforma instituída com a Lei n. 12.403/11, além de outras inovações, criou nove medidas cautelares alternativas à prisão sem pena, deixando, assim, ainda mais evidente a importância do caráter excepcional desta modalidade. Nesse sentido, a mesma só pode ser decretada em último caso, ou seja, quando não for cabível a imposição de outras cautelares menos severas. Dessa forma, enfatiza-se ainda mais, que a liberdade é regra, enquanto que a prisão é exceção. Na visão de Renato Marcão, esse novo regramento imposto para a decretação da preventiva evidencia-lhe, ainda mais o seu caráter subsidiário, pois para a sua decretação será necessária a demonstração da impossibilidade de sua substituição por outra cautelar<sup>15</sup>.

Além disso, Renato Marcão entende que os requisitos da prisão preventiva são divididos em hipóteses de cabimento, que são aquelas previstas no artigo 313, e seu parágrafo único, bem como o parágrafo único do artigo 312 e o parágrafo quarto, do artigo 282, todos do CPP; em pressupostos, que são as provas de existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus boni juris*); e em circunstâncias autorizadas, ou seja, garantia da ordem pública, da instrução criminal, da aplicação da lei penal e da ordem econômica<sup>16</sup>. Já os juristas Marco Antônio Ferreira Lima e Ranieri Ferraz Nogueira entendem que existem pressupostos gerais para a decretação de qualquer prisão de natureza cautelar. Estes são divididos em pressupostos *stricto sensu*, que compreendem a prova da existência do crime e indícios de autoria (*fumus commissi delicti*), a demonstração do *periculum libertatis*, cujas hipóteses são

---

<sup>13</sup> WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135-136.

<sup>14</sup> MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. De acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 121.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.121.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 131.

previstas, alternativamente, no artigo 312 do CPP, e as *condições de admissibilidade*, que são as previstas no art. 313, do CPP<sup>17</sup>. No entanto tal denominação em requisitos, pressupostos ou hipóteses é referida apenas para facilitar didaticamente o estudo. Assim, na presente explanação, utilizar-se-á denominação diversa, já que os referidos autores analisam as várias espécies de prisão cautelar, e aqui apenas se tratará da prisão preventiva.

Nesse contexto, é necessário frisar que, para a decretação de qualquer medida de natureza cautelar ou processual, é imprescindível que estejam presentes seus dois requisitos típicos, quais sejam o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora)<sup>18</sup>.

O *fumus boni juris* deve ser compreendido, para fins do processo penal, como *fumus comissi delicti*, ou seja, a existência de provas da materialidade, isto é, a certeza da ocorrência concreta do delito, pois, para a decretação da preventiva nenhuma dúvida poderá pairar sobre a existência do crime; assim, na opinião de Rogério Sanches Cunha, se faz necessária a presença do exame do corpo de delito<sup>19</sup>. E, ainda, a configuração de indícios suficientes de autoria, ou seja, a probabilidade razoável de ser o réu autor de um fato típico e ilícito. Nesse caso, dispensa-se a certeza inequívoca quanto à autoria, a qual é necessária apenas para justificar eventual sentença condenatória.

Já, para o preenchimento do segundo requisito típico, o *periculum in mora*, aqui estampado como *periculum libertatis*, é necessária a demonstração do perigo que a liberdade do acusado ou suspeito acarreta para a sociedade, a qual se dá pelo preenchimento de uma das quatro circunstâncias previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, as quais são instrumentais e de proteção da coletividade<sup>20</sup>.

Ademais, para o decreto de custódia cautelar ser válido, como já referido, exige-se o preenchimento alternativo das circunstâncias autorizadas, entendidas como garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal, todas previstas no Código de Processo Penal Brasileiro. Para Guilherme Nucci é necessária a configuração de mais de uma circunstância cumulativamente,

---

<sup>17</sup> LIMA, Marco Antônio Ferreira Lima; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz; *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 74-75.

<sup>18</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 147.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>20</sup> FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 215.

ou seja, a presença de duas dessas circunstâncias, para a validade da decisão; porém, a maior parte da doutrina entende que basta a presença de uma delas<sup>21</sup>.

A garantia da ordem pública como um dos fundamentos da preventiva é ilustrada pela tranquilidade do meio social, traduzindo-se na tutela dos superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio, constituindo assim, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, expressamente previsto no artigo 144 da Constituição Federal. Dessa forma, quando houver a possibilidade de se instaurar a intranquilidade social em razão de um crime, é possível ser decretada a prisão preventiva para evitar que o agente solto volte a delinquir; ou seja, devido à sua periculosidade há indícios de que o agente possa se sentir incentivado a cometer novos crimes, caso permaneça solto.

Nesse sentido, tem decidido o Supremo Tribunal Federal, de forma a decretar a medida de exceção aos réus com maus antecedentes e reincidência, considerando esses fatores como indicativos da reiteração das condutas delituosas (HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP, 93.913/SC, 88.114/PB)<sup>22</sup>. Contudo, alertam os juristas Marco Antônio Ferreira Lima e Ranieri Ferraz Nogueira que a periculosidade do agente com base nos maus antecedentes e na reincidência não autorizam, por si sós, a decretação da segregação cautelar<sup>23</sup>. Nessa senda, é o entendimento de Rogério Cunha, ao referir que prender alguém, apenas, em razão de seus antecedentes, constitui em Direito Penal do autor, incompatível com o direito constitucional do fato<sup>24</sup>.

Da mesma forma, a mera gravidade do delito ou comoção social por ele causado não são motivos que, isoladamente, justifiquem a medida. Há a necessidade de se demonstrar o risco que a sociedade correrá efetivamente, com a manutenção da liberdade do agente, a ponto de colocar em perigo as instituições democráticas<sup>25</sup>. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a gravidade ou brutalidade do delito, bem como a repercussão social do fato ou o clamor público, que é o repúdio por parte da sociedade à conduta criminosa, *de per se* não podem fundamentar um decreto prisional. Assim: “(...) II- Ausente a demonstração da

---

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

<sup>22</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 146-147.

<sup>23</sup> LIMA; NOGUEIRA, *Prisões e medidas liberatórias*, p. 81-82.

<sup>24</sup> GOMES; MARQUES, *op. cit.*, p. 146-147.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n. 32.607 – RS*, do 6ª Turma. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, 13 de jun. de 2005. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 25/07/2012.

necessidade da manutenção da segregação preventiva, não são motivos aptos à sua decretação a gravidade do crime, sua reprovabilidade, nem o clamor público (...)”<sup>26</sup>.

Nessa senda, também não são aptos a fundamentar o decreto prisional a alusão a conceitos abstratos, como o suprimento da sensação de impunidade gerado à sociedade<sup>27</sup>, à preservação da credibilidade nas instituições do poder judiciário<sup>28</sup>, entre outros juízos meramente conjecturais. Assim decidiu o Ministro Sepúlveda Pertence, no *habeas corpus* n. 80.717-8/SP, aduzindo que apelos genéricos à ordem pública tendem a desvelar antecipação da punição ao réu, contrariando manifestamente as garantias constitucionais do devido processo legal e da presunção da não culpabilidade<sup>29</sup>.

Diante disso, vale ressaltar a lição de Renato Marcão ao esclarecer que a configuração do requisito da garantia da ordem pública não se extrai simplesmente da gravidade do crime, é preciso ao magistrado demonstrar empiricamente a necessidade incontestável para a adoção de tal medida de exceção, com uma decisão substancialmente fundamentada<sup>30</sup>. Nesse contexto, Guilherme Nucci estabeleceu um critério objetivo para a caracterização de tal pressuposto, trazendo cinco quesitos, a saber, gravidade concreta, e não abstrata, do crime, repercussão social, maneira destacada de execução do crime, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa, bastando a conjunção de dois desses elementos para se ter configurada a ofensa à ordem pública<sup>31</sup>. Não se pode desconsiderar tal entendimento, já que os superiores tribunais têm decidido no sentido de que não pode haver a decretação da prisão preventiva com base em ofensa à garantia da ordem pública abstrata e isoladamente fundamentada, com relação aos fatores acima expostos.

Por fim, é de se referir ainda a existência de doutrina criticando a ameaça à ordem pública como fundamentação para se decretar o cárcere extemporâneo, referindo, em suma, que se trata de manifestação porosa, indeterminada, ambígua, dando vazão à arbitrariedade<sup>32</sup>.

Tem-se também, como fundamento para a preventiva, a garantia da ordem econômica, que está direcionada ao combate dos crimes financeiros, em especial aos de magnitude

---

<sup>26</sup> Idem, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 100.828 – MG, da 1ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 de mai. de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 25/07/2012.

<sup>27</sup> Idem, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 38.681 – MS, do 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 07 de mar. de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 25/07/2012.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 95.483 – MT, da 1ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de set. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25/07/2012.

<sup>29</sup> LIMA; NOGUEIRA, *Prisões e medidas liberatórias*, p. 83.

<sup>30</sup> MARCÃO, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. p. 145.

<sup>31</sup> NUCCI, *Prisão e liberdade*, p. 64.

<sup>32</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 146-147.

nacional. Para esclarecer, esse requisito serve para coibir ações que gerem vulneração aos princípios da livre concorrência, da livre iniciativa, da função social da propriedade, bem como que atentem contra as relações de consumo e com abuso de poder econômico. De tal forma, a repercutir negativamente no comércio lícito, no mercado de ações, na credibilidade de instituições financeiras, entre outros<sup>33</sup>.

Na conjectura da jurisprudência do STJ<sup>34</sup> está o entendimento do doutrinador Renato Marcão<sup>35</sup>, o qual assevera que existe a possibilidade de decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão, face ao disposto no artigo 30 da Lei n. 7.492/86. Em sentido oposto está o entendimento do STF<sup>36</sup>, coadunado com a opinião dos doutrinadores Marco Antônio Ferreira Lima e Ranieri Ferraz Nogueira<sup>37</sup>, os quais afirmam que a magnitude da lesão causada, por si só, não é fundamento apto a autorizar a decretação da cautelar, vez que, essa se trata de elementar para a configuração do crime. Além disso, afirmam que o conceito de garantia da ordem econômica se confunde com o conceito de garantia da ordem pública aplicado aos crimes de natureza econômica, financeira ou tributária.

A conveniência da instrução criminal é outra circunstância que fundamenta a prisão processual. Antes de adentrar no mérito da explanação, é de se salientar a crítica feita por Marco Antônio Ferreira Lima e Ranieri Ferraz Nogueira quanto à palavra conveniência. Apontam os doutrinadores, em suma, que tal expressão daria vazão a arbitrariedade do julgador, pois a mesma insinua-se como ato conveniente, o que não expressa com legitimidade seu verdadeiro significado, que seria no sentido de decoro<sup>38</sup>.

Esse requisito se caracteriza quando ocorrem riscos concretos a demonstrar a possibilidade de o acusado ou indiciado influir negativamente sobre a prova que deverá ser colhida na instrução e valorada na sentença do processo. Dessa forma, ele visa à preservação da verdade real, a qual está à mercê de atos ameaçadores do delinquente<sup>39</sup>. Assim, a decretação da medida se dará para que o processo siga regularmente, independente da

---

<sup>33</sup> Ibidem, p. 147-148.

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n. 14.270 – SP*, do 6ª Turma. Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 19 de mar. de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 25/07/2012.

<sup>35</sup> MARCÃO, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, p. 148.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 80.717-8 – SP*, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de jun. de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 25/07/2012.

<sup>37</sup> LIMA; NOGUEIRA, *Prisões e medidas liberatória*, p. 94.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>39</sup> MARCÃO, op. cit., p. 148.



insurgência do agente, que ficará impedido de destruir provas ou ameaçar testemunhas, por exemplo<sup>40</sup>.

Em relação a esse quesito, é de se referir, ainda, o questionamento atinente à duração da prisão preventiva fundamentada, apenas, na conveniência da instrução criminal. Segundo Renato Marcão é pacífica a jurisprudência do STF no sentido de que, encerrada a instrução, deve ser restaurado ao acusado sua liberdade, pois decai o fundamento em apreço<sup>41</sup>. Assim:

Firme a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que, de regra, com o fim da instrução criminal, não há falar em sua conveniência para manter a prisão preventiva.<sup>42</sup> (...) Havendo sido efetuada a prisão preventiva em prol da instrução criminal, encerrado o sumário, cumpre afastá-la, devolvendo-se ao acusado, simples acusado, a liberdade.<sup>43</sup>

Como última circunstância autorizadora, tem-se a garantia da aplicação da lei penal, a qual irá fundamentar um decreto de prisão cautelar quando houver a possibilidade de o réu frustrar a eventual e futura execução da pena. Sua finalidade é, pois, em caso de condenação, que a pretensão punitiva estatal seja executada. Dessa forma, mesmo diante de um juízo arriscado e prematuro acerca da condenação, essa é a única maneira de a Justiça Penal alcançar o réu em iminência de fuga, por exemplo.<sup>44</sup> Importante mencionar que a decisão deverá levar em consideração a existência de elementos concretos de que o acusado pretende fugir, baseando-se em fatos e não em meras presunções<sup>45</sup>.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, são exemplos de situações que indicam que o réu pretende se evadir do distrito da culpa, onde caberá decisão pela imposição da medida de exceção, o fato de o mesmo sumir logo após a prática do crime, dispor de bens e desligar-se do emprego, transferir bens e valores para outros lugares do Estado ou exterior, viajar para lugar desconhecido, por longo período de tempo, sem dar notícias do seu paradeiro ao juiz do

<sup>40</sup> FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 215.

<sup>41</sup> MARCÃO, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas* p. 149.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 90.063 – SP*, do 1ª Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 27 de mar. de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 25/07/2012.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 77.052 – MG*, do 2ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de jun. de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25/07/2012.

<sup>44</sup> MARCÃO, op. cit., p. 150-151.

<sup>45</sup> FERNANDES, *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*, p. 215.

feito, ocultar sua residência ou manter-se em local inatingível pela justiça. Igualmente, não possuir residência fixa, ocupação lícita, ou vínculos familiares<sup>46</sup>.

Nessa conjectura, é de se ressaltar, ainda, que a análise das balizadoras acima mencionadas, para o fim de se decidir pela prisão excepcional, deve ser feita de acordo com a situação fática do caso concreto, ponderando a real pertinência de se impor a medida ao réu.

A nova lei das cautelares, em seu artigo 313, acresceu a esses requisitos e circunstâncias autorizadoras, as seguintes hipóteses de cabimento: ser o crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, ser o agente reincidente em crime doloso, ou ainda, se o delito envolver violência doméstica e familiar<sup>47</sup>.

Dessa forma, é notável a intenção do legislador em dificultar a admissibilidade da preventiva. Primeiro porque, antes da lei, a segregação cautelar era admitida a qualquer crime punido com reclusão, desde que cumpridos os requisitos e as circunstâncias autorizadoras. Agora, é apenas para os crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, salvo se presente outra hipótese de cabimento.

Em segundo lugar, é de se visualizar a reincidência dolosa como hipótese que autoriza a decretação da cautelar, bastando, para tanto, que o acusado seja reconhecido reincidente em sentença penal condenatória transitada em julgado e que não tenha ocorrido a prescrição da reincidência, nos moldes do inciso I, do artigo 64, do Código Penal. Em suma, o agente deve já ter sido condenado por crime doloso e ter praticado, agora, outro. Satisfeita essa hipótese não é necessário analisar as demais, pois elas são configuradas isoladamente e não em conjunto<sup>48</sup>.

Por último, caberá a custódia cautelar quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, com a finalidade de garantir a eficiência das medidas de proteção urgentes. Isso se dá porque, perante a lei constitucional, mais precisamente os princípios de preservação da infância e adolescência, respeito aos idosos, enfermos e pessoas portadoras de deficiência, e questões humanitárias, deve-se proteger essas pessoas que estão em situação de vulnerabilidade, pois quando vítimas, não possuem quase nenhuma capacidade de resistência ou defesa contra o agressor. Ainda, é preciso frisar que, nesses casos, a prisão preventiva não é modalidade

---

<sup>46</sup> NUCCI, *Prisão e liberdade*, p. 66.

<sup>47</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/03/2013.

<sup>48</sup> MARCÃO, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. p. 132-137.

obrigatória que se afigura adequada sempre que preenchida tal hipótese, na verdade ela deverá ser imposta quando se revelar necessária para garantir a execução das medidas protetivas de urgência aplicadas por força de lei<sup>49</sup>.

Outra possibilidade, trazida pelo parágrafo único do artigo 313, para a decretação da prisão preventiva que poderia afigurar-se entre as hipóteses autorizadoras, é a modalidade denominada, para Guilherme Nucci, de prisão preventiva utilitária, cuja finalidade é permitir a apuração da identidade civil do réu, e, atingido tal objetivo, revogar-se-á a medida<sup>50</sup>. Assim, para esclarecer, será admitida em casos em que houver dúvidas acerca da identidade civil do transgressor ou quando o mesmo não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Finalmente, conforme o parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal, caberá também a imposição da medida de exceção em caso de descumprimento de alguma das medidas cautelares alternativas. Sobre isso, leciona Eugenio Pacelli que, agora, a prisão preventiva passou a possuir duas novas características, primeiramente, ela será autônoma quando for decretada independentemente de outra medida anterior e, em segundo, será subsidiária quando decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta. Nesses casos, a autoridade judiciária deverá ser provocada pelos órgãos competentes a fim de que seja determinada a substituição da medida descumprida pela prisão, não precisando, no entanto, operar nenhuma das outras hipóteses autorizadoras<sup>51</sup>.

Imprescindível referir que a prisão preventiva de agora somente poderá ser decretada quando não for possível a adoção de outra das medidas cautelares, por essas se revelarem inadequadas ou insuficientes ao caso concreto, seja isolada ou cumulativamente<sup>52</sup>.

Pode-se reafirmar, assim, o caráter excepcional da prisão cautelar, que, agora mais do que nunca, deve ser usada em *ultima ratio*, já que além de presentes outras nove medidas cautelares, também foram impostas mais regras restritivas à sua adoção, sejam objetivas ou subjetivas. A verdade é que, no momento, o julgador deverá ser extremamente cauteloso ao optar pela medida cautelar mais gravosa, devendo levar em consideração, principalmente a existência das outras cautelares que, inclusive, podem ser decretadas em conjunto.

---

<sup>49</sup> MARCÃO, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. p. 133-137.

<sup>50</sup> NUCCI, *Prisão e liberdade*, p. 73.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal Lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011*. Inédito. p. 33.

<sup>52</sup> MARCÃO, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, p. 137-139.

### 1.3 Da Lei n. 12.403/2011: espécies de medidas cautelares

As mudanças mais significativas trazidas pela nova lei são a criação das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva. Se antes desta lei, a prisão provisória era a única forma de assegurar os interesses da jurisdição penal, face à ação criminosa, hoje não é mais, pois se introduziram, no processo penal brasileiro, medidas cautelares diversas da prisão. Assim, esta lei, além de instituir novas modalidades de medidas cautelares, manteve as prisões processuais, dando-lhes um novo caráter jurídico.

Para Guilherme Nucci, essas medidas estão em harmonia com o texto constitucional vigente e com a reforma processual penal de 2008, e a justificava dessa inovação consiste em uma resposta à superlotação dos presídios, mais especificamente em relação aos presos provisórios. Aposta, ainda, o jurista que essas medidas vão trazer maior coerência e eficácia na aplicação das cautelares, sem a necessidade de segregação<sup>53</sup>.

A nova lei nomeou como medida cautelar toda a forma de restrição a direitos pessoais e à liberdade de locomoção, prevista no CPP, antes do trânsito em julgado da sentença. Mas já da vigência do referido diploma legal existiam outras cautelares, que não levavam esse nome, como as de natureza patrimonial, relativas à restituição de bens, ao arresto, ao sequestro e à hipoteca legal consoante previsão do artigo 120 e seguintes do CPP, bem como, aquelas previstas em lei especial ou na Constituição Federal, com natureza probatória, relativas à quebra das inviolabilidades pessoais, como interceptações, busca e apreensão, entre outras. Porém, ressalta-se que estas não serão objeto do presente estudo e, sim, somente aquelas introduzidas pela Lei n. 12.403/11<sup>54</sup>.

Nesse sentido, as medidas cautelares diversas da prisão podem ser conceituadas como restrições ou obrigações fixadas isolada ou cumulativamente ao indiciado ou acusado por um delito, até a sentença penal transitar em julgado, visando a assegurar a aplicação da lei penal, o êxito da investigação ou instrução criminal, bem como para evitar a prática de novas infrações penais e a própria prisão preventiva<sup>55</sup>.

Nesse ponto, importante mencionar algumas características dessas novas medidas cautelares do processo penal. A primeira delas é a provisoriedade, isto é, as cautelares têm caráter provisório, ou seja, tempo delimitado, porquanto visam a uma providência útil,

---

<sup>53</sup> NUCCI, *Prisão e liberdade*, p. 26.

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal Lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011*. Inédito. p. 7-8.

<sup>55</sup> MARCÃO, op. cit., p. 333.

devendo durar apenas enquanto houver a necessidade de sua manutenção. A segunda é a revogabilidade; ou seja, depois de decretada, a medida pode ser revogada a qualquer tempo, conforme a cláusula *rebus sic standibus* (enquanto as coisas permanecerem como estão), o que significa dizer que, se as circunstâncias fáticas que ensejaram a imposição da medida mudarem, a mesma deverá ser cancelada. Porém, a outra face desse caráter é a possibilidade de as cautelares serem decretadas a qualquer tempo (antes do trânsito em julgado da sentença) conforme indique o caso concreto. A terceira, diz respeito à substitutividade, ou seja, poderá o juiz de ofício ou a requerimento da parte substituir uma medida por outra, quando verificar motivação pertinente. Esta substituição pode se dar isolada ou cumulativamente, devendo se observar ainda, sejam as cautelares decretadas da menos para a mais onerosa, sendo a prisão preventiva a última opção. A quarta e última característica é atinente à excepcionalidade da medida, haja vista que as mesmas representam limitações a garantias e direitos individuais.

Este perfil decorre do princípio constitucional da não culpabilidade, que assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, de forma que qualquer medida restritiva de direitos, a ser imposta antes disso, deve ser feita em último caso. Isso ocorre para que a medida processual não seja considerada antecipação da pena<sup>56</sup> e, também, na visão de Eugenio Pacelli, para que a adoção das cautelares não seja banalizada, a ponto de significar verdadeira expansão do controle e não redução de danos (que é a sua premissa legitimadora), somente se justificando a exigência das mesmas quando presentes os requisitos do artigo 282, incisos I e II, do CPP, portanto, quando houver justo receio à efetividade processual<sup>57</sup>.

Nesse sentido, os requisitos específicos para a aplicação das novas medidas cautelares, trazidos junto com elas pela Lei n. 12.403/2011, são a *necessariedade* e a *adequabilidade*.

No entendimento de Guilherme Nucci, a *necessariedade* se expressa quando útil assegurar a aplicação da lei penal, a conveniência da instrução ou investigação criminal ou, para evitar a prática de novas infrações penais. Estes sub-requisitos são de caráter alternativo, ou seja, para decretar uma cautelar basta a presença de um dos três. Já, os sub-requisitos da *adequabilidade* têm caráter cumulativo, devendo sua análise ser conjunta, a saber: gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente. A aplicação destas, se difere da decretação da prisão preventiva, pois não se fazem necessários prova incontestada

---

<sup>56</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403 de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20-25.

<sup>57</sup> OLIVEIRA, *Atualização do processo penal Lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011*, p. 7-8.

materialidade e nem indícios suficientes de autoria, bem como não são elas exigíveis quando da configuração da necessidade de garantia da ordem pública<sup>58</sup>.

Por outro lado, Edilson Bonfim entende que os indícios de autoria devem estar presentes para a decretação de qualquer cautelar, aferíveis no caso concreto sob o prudente arbítrio do juiz. Já a prova certa da materialidade é dispensada para a decretação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, devendo haver apenas lastro probatório mínimo acerca da existência do crime e de seu elemento subjetivo. Isso ocorre pois, às vezes, a própria medida cautelar fixada visa a buscar a prova definitiva da materialidade, não se justificando assim, sua exigência para a configuração do *fumus commissi delicti* nas medidas liberatórias. O outro requisito geral para a imposição das cautelares é o *periculum libertatis*, e este se justifica quando a liberdade do réu colocar em risco o tranquilo andamento do processo. Refere o jurista ainda, que somente se justifica a fixação de uma medida se presentes os dois requisitos genéricos acima mencionados<sup>59</sup>.

Some-se a isso que as medidas restritivas não podem ser decretadas a qualquer infração penal, mas sim, somente àquelas a que for cominada pena privativa de liberdade<sup>60</sup>, e diferentemente da segregação cautelar, podem ser impostas aos agentes que cometeram infrações penais com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, porém devem ser reservadas, também, apenas aos crimes dolosos<sup>61</sup>.

Para melhor esclarecimento dos requisitos da necessidade e adequação exigidos quando da decretação de uma medida cautelar, é válido o ensinamento de Renato Marcão ao explicar que a necessidade da medida está relacionada com a utilidade que a restrição terá para a investigação ou instrução criminal, ou, nos casos trazidos pela lei para evitar a prática de infrações penais, como, por exemplo, nas situações que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher. Por sua vez, a adequação tem o sentido de proporcionalidade e razoabilidade, visando à individualização da medida a ser escolhida em conformidade com cada caso. Nesse sentido, é cabível a análise da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do transgressor.

---

<sup>58</sup> NUCCI, *Prisão e liberdade*, p. 49-50.

<sup>59</sup> BONFIM, *Reforma do código de processo penal*, p. 26-28.

<sup>60</sup> MARCÃO, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, p. 333.

<sup>61</sup> LOPES JUNIOR, *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*, p. 125.

Deve se atentar para o respeito ao princípio da legalidade, devendo, somente, ser decretadas as medidas taxativamente previstas no artigo 319 do CPP, bem como aos critérios de proporcionalidade e suficiência, ao se optar pela aplicação isolada ou cumulativa das mesmas e, também, no momento em que houver o descumprimento de uma delas com a consequente substituição por outra, conforme determinação do parágrafo quarto do artigo 282, do CPP<sup>62</sup>.

Em suma, para decretar uma medida cautelar, é possível notar a necessidade do preenchimento de requisitos gerais, consistentes no *fumus comissi delicti* (indícios de autoria e relativa materialidade) e *periculum libertatis* (para aplicação da lei penal, resguardar a investigação ou a instrução penal, e evitar a reiteração criminosa); de requisitos específicos, consistentes na adequação e na necessidade (já explicadas acima) e por fim, das hipóteses de incidência; porém, como essas foram determinadas pelo legislador apenas em relação à prisão processual, caberá, neste momento, fazer uma interpretação conjunta com as regras da adequação e da necessidade.

Assim, não se poderá impor uma restrição mais gravosa quando se admitir outra medida igualmente eficaz à finalidade que se busca, de forma que, para as situações de maior gravidade, deverão ser utilizadas medidas que representem um maior ônus à liberdade de locomoção do agente ou a outro direito individual, e vice versa<sup>63</sup>.

Há ainda mais uma última regra a ser considerada, que diz respeito aos crimes praticados sob amparo de excludente de ilicitude ou culpabilidade. O artigo 314 do CPP veda a aplicação de prisão preventiva quando o agente cometer o crime ao abrigo de excludente de ilicitude e, conforme lição de Gustavo H. Badaró, essa disposição deve ser entendida como regra geral aplicável a todas as medidas cautelares, já que não se justifica a imposição destas se o processo penal resultar em sentença absolutória, do mesmo modo, por analogia, tal artigo deve ser aplicado também às excludentes de culpabilidade<sup>64</sup>.

Nesse ínterim, segue breve consideração acerca das modalidades de medidas cautelares, introduzidas pelo artigo 319 e incisos do novo CPP:

---

<sup>62</sup> MARCÃO, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, p. 336-337.

<sup>63</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 218-222.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 221-222.

I) *Comparecimento periódico, do acusado ou indiciado, em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades*<sup>65</sup>: esse dever já era previsto na legislação brasileira como condição da suspensão da pena (art. 78, § 2º, c, do CP) e da suspensão do processo (art. 89, § 1º, IV, da Lei 9.099/95).

Os modelos português e italiano, em relação a essa medida cautelar, determinam que o comparecimento se faça em sede policial; já o brasileiro optou pelo controle judiciário. Nesse sentido, o juiz determinará a periodicidade do comparecimento, que poderá ser mensal, semanal, ou até mesmo diário; este último, deverá ser resguardado aos casos extremos.

Assim, essa medida visa a buscar o controle da rotina de vida do imputado<sup>66</sup>, a fim de vinculá-lo ao processo, evitando a evasão do distrito de culpa. Bem como, para que o acusado demonstre estar executando atividade lícita, o que leva à presunção de que está longe da criminalidade e que, por fim, não colocará em risco a ordem pública<sup>67</sup>.

Por outro lado, Gustavo Badaró entende que esta medida não pode garantir a ordem pública, mais especificamente prevenir a reiteração criminosa, pois tal finalidade deveria estar expressa em lei. Em sua opinião, ela serve como forma de garantir a aplicação da lei penal (cautela final) em relação à atualização do endereço do acusado ou para assegurar a produção de meios de prova (cautela instrumental), tendo como escopo principal facilitar a localização do acusado já que, em razão de não haver fiscalização, nem sempre o mesmo justifica suas ocupações<sup>68</sup> (grifei).

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*<sup>69</sup>: o objetivo dessa medida é evitar ou desfavorecer a prática de novos delitos, pelo réu, mediante seu não comparecimento a certos lugares, visando assim à garantia da ordem pública. Segundo Aury Lopes Jr., tal medida encontrará ampla aplicabilidade em delitos de violência doméstica<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

<sup>66</sup> LOPES JUNIOR, *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*, p. 128-129.

<sup>67</sup> GOMES; MARQUES. *Prisão e medidas cautelares*, p. 182.

<sup>68</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*, p. 236-237.

<sup>69</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

<sup>70</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., p. 133.



A imposição dessa medida, de forma mediata, acabará por ter natureza de cautela instrumental, objetivando a proteção da prova, como no caso de prova testemunhal, a evitar, por exemplo, subornos ou ameaças.

Além disso, qualquer local pode ser objeto de restrição, seja público ou privado, desde que haja nexos causal entre o local proibido e a prática do delito, já que o principal objetivo da medida é impedir a reiteração do crime, e determinado lugar estaria por estimular sua prática<sup>71</sup> (grifei).

*III) Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante*<sup>72</sup>: essa medida serve para proteger vítimas, testemunhas, ou qualquer outra pessoa atingida direta ou indiretamente pelo crime. Eugênio Pacelli de Oliveira faz um alerta, ao afirmar que encontros são inevitáveis e ocasionais, e que essa medida tem por fito fazer com que o réu não procure contato com determinada pessoa<sup>73</sup>. Assim ter-se-á a violação da mesma quando o imputado se aproximar conscientemente da pessoa da qual deva evitar contato<sup>74</sup>.

O legislador não estabeleceu qual a distância espacial que o obrigado deve manter da pessoa protegida. Dessa forma, isto deverá ser especificado na decisão judicial, tomando o juiz cuidado de não estabelecer delimitação demasiada e nem insuficiente.

Por outro lado, a restrição de contato com a pessoa a que se refere o artigo é física, mas deverá ser expandida para o contato virtual, sob pena de se tornar ineficaz, já que sua finalidade, muitas vezes, será coibir ameaças ou atentados que o imputado possa fazer à prova oral, por exemplo. Portanto evidente é a finalidade de cautela instrumental dessa medida, que busca manter a higidez probatória<sup>75</sup> (grifei).

*IV) Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução*<sup>76</sup>: a finalidade dessa medida está atrelada à cautela instrumental, já que visa a facilitar a localização do réu por ocasião da intimação para atos do processo.

---

<sup>71</sup> GOMES; MARQUES. *Prisão e medidas cautelares*, p. 238-240.

<sup>72</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

<sup>73</sup> OLIVEIRA. *Atualização do processo penal Lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011*, p. 18.

<sup>74</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no processo penal*, p. 240-243

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 240-243

<sup>76</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

Na opinião de Gustavo Badaró<sup>77</sup> e Aury L. Júnior<sup>78</sup>, essa obrigação deveria estar direcionada a diminuir o risco de fuga do acusado ou indiciado, ou seja, primando pela aplicação da lei penal (cautela final) e, não, para a tutela da prova. Haja vista que, em atenção ao princípio da legalidade, o campo de aplicação de tal medida ficará limitado por essa circunstância, pois não se poderá adotar a restrição para finalidade diversa da prevista em lei. Para Aury L. Júnior, ocorreu um erro na elaboração e redação desse inciso por parte do legislador<sup>79</sup>.

Por outro lado, poderá esta medida ser flexibilizada, aplicando-se, por exemplo, um prazo máximo de cinco dias em que o obrigado poderá ausentar-se da comarca. Além disso, para facilitar sua fiscalização sugere-se a aplicação cumulada com a medida de monitoramento eletrônico<sup>80</sup> (grifei).

V) *Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos*<sup>81</sup>: esta modalidade pretende a permanência do imputado em sua residência durante o período de inatividade<sup>82</sup>.

Para Eugênio Pacelli, em tese, esta medida deveria ser escolhida quando da substituição da prisão em flagrante, nas hipóteses em que não couber a preventiva, porquanto com o advento da presente lei, o artigo 311 do CPP dispõe que o juiz, ao receber o flagrante, deve relaxar a prisão se ilegal; converter em prisão preventiva quando presentes seus requisitos e, demonstradas inadequadas as cautelares diversas, ou ainda conceder liberdade provisória com ou sem fiança, mas a lei nada disse sobre essa possibilidade.

Na verdade, para entender melhor a ideia do autor, mister referir os três caracteres da preventiva na nova legislação penal. O primeiro é o caráter autônomo, que ocorre quando a preventiva é decretada em qualquer fase da investigação ou do processo, independente de anterior imposição de medida cautelar diversa ou prisão em flagrante. O segundo refere-se ao caráter de conversão, que ocorre quando o flagrante é convertido em segregação cautelar. E o terceiro é o subsidiário, que se dá quando do descumprimento de uma cautelar diversa anteriormente decretada.

---

<sup>77</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no processo penal*, p. 243-245.

<sup>78</sup> LOPES JUNIOR, *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*, p. 133.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>80</sup> FERNANDES, Og (coord.). *op. cit.*, p. 245.

<sup>81</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

<sup>82</sup> FERNANDES, Og (coord.). *op. cit.*, p. 245-247.

Nas duas primeiras modalidades, é preciso que a preventiva cumpra seus requisitos, circunstâncias autorizadoras (art. 312, CPP) e hipóteses de incidência (art. 313, CPP), denominadas, estas últimas, pelo jurista como requisitos de fato e de direito. Porém, na terceira e última modalidade, bastará o descumprimento da medida imposta e o preenchimento das circunstâncias autorizadoras, independente das hipóteses de incidência, para que haja a substituição pela prisão processual.

Nesse momento em que a prisão processual é vista como subsidiária, é que esta medida cautelar surgiria como melhor escolha ao cárcere, como forma de acautelamento prévio e anterior a sua decretação, mas sem esquecer, que, também, é uma boa opção na hora da conversão da prisão em flagrante<sup>83</sup>.

Como o legislador não especificou sua finalidade, o recolhimento domiciliar pode servir para diminuir o risco de fuga (aplicação da lei penal), para assegurar a investigação ou instrução criminal (cautela instrumental ou probatória), e ainda como forma de evitar a reiteração criminosa (garantia da ordem pública)<sup>84</sup>. Nesse último ponto, Gustavo Badaró entende em sentido contrário, referindo que este propósito extraordinário, às cautelares em geral, exige expressa previsão legal<sup>85</sup>.

Por fim, essa medida não pode ser confundida com a prisão domiciliar, que é medida mais gravosa e deve ser usada, apenas, em substituição da prisão processual e sob determinadas condições pessoais do agente<sup>86</sup>.

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*<sup>87</sup>: para Aury L. Júnior essa medida é uma das mais severas, representando uma antecipação do objetivo de prevenção especial da pena. Opina que, essa medida deve ser aplicada aos casos de crimes econômicos e aos crimes praticados por servidores públicos no exercício de sua função, a fim de coibir a reiteração criminosa, assim como forma de garantia da ordem pública e da ordem econômica.

---

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Atualização do processo penal Lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011, p. 19-20.

<sup>84</sup> LOPES JUNIOR, *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*, p.134-135.

<sup>85</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no processo penal*, p. 245-247.

<sup>86</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 20.

<sup>87</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

Além disso, o julgador que optar por aplicar tal medida deverá ter cautela; pois, ao se suspender o exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica, poderá se levar à falência uma empresa ou uma pessoa “por um lento processo de asfixia”<sup>88</sup>.

Eugênio Pacelli de Oliveira traz, ainda, outra função à sua aplicação, qual seja, para conveniência da instrução criminal, em casos que haja receio de destruição de provas, cujo acesso dependa do exercício de função pública ou de atividade econômica. Nesse sentido, ela poderá impedir a decretação compulsória da prisão preventiva, se por si só atingir suas principais finalidades, ou seja, impedir a reiteração delituosa e resguardar provas necessárias à instrução criminal<sup>89</sup>. (grifei).

VII) *Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração*<sup>90</sup>: essa é uma modalidade de medida que não tem verdadeiramente natureza cautelar, pois não se destina à cautela final ou instrumental, mas sim de segurança preventiva, já que visa a impedir a reiteração de delitos praticados por agentes com certo grau de periculosidade, haja vista que dispõe acerca de crimes praticados com violência e grave ameaça à pessoa<sup>91</sup>.

Necessária para a sua utilização a observância de três requisitos cumulativos: crime praticado com violência e grave ameaça à pessoa; inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, demonstrada por perícia e risco de reiteração delituosa.

Dentre as várias críticas feitas a essa medida, uma se destaca: diante da necessidade de urgência em se decretar a cautelar, a decisão pode ser baseada em um laudo de constatação provisório da inimputabilidade, o que não trará certeza em relação à saúde psíquica do agente, já que não se exige, para a aplicação da medida, a instauração de incidente de insanidade mental. Nesse sentido, sua aplicação deverá se dar em observância à proporcionalidade entre a cautelar e a provável decisão definitiva, a fim de se evitarem excessos<sup>92</sup>.

Além disso, não se trata de medida instituída com finalidade principal terapêutica, visando à recuperação do agente, e sim seu primordial objetivo é a garantia da segurança social. É de se referir ainda que esta modalidade não pode ser confundida com aquela prevista

---

<sup>88</sup> LOPES JUNIOR, *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*, p.135-136.

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Atualização do processo penal Lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011, p. 20.

<sup>90</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

<sup>91</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal*, p. 245-247.

<sup>92</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., p. 136.

no artigo 150 do CPP, onde a internação provisória acontece com a finalidade de cautela instrumental, já que visa a produzir uma prova, qual seja a realização de exame de insanidade mental no transgressor<sup>93</sup> (grifei).

VIII) *Fiança nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial*<sup>94</sup>: é medida de cunho patrimonial, que tem por objetivo assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, evitar a obstrução do andamento do processo e em caso de haver resistência injustificada à ordem judicial. Dessa forma, tem, portanto, natureza de cautela processual, ao obrigar o acusado a comparecer aos atos do processo, e pode revelar natureza de cautela final, assegurando a aplicação da lei penal, porquanto os bens dados a título de fiança podem ser utilizados para o pagamento da pena de multa e de prestação pecuniária, e, ainda, impele psicologicamente o acusado a dar início ao cumprimento da pena, evitando o perdimento da fiança<sup>95</sup> (grifei).

Lembra Eugênio P. de Oliveira que essa medida poderá ser aplicada, também, na fase inquisitorial, desde a efetivação da prisão em flagrante, consistindo em uma espécie de liberdade provisória substitutiva da modalidade acima. Mas poderá ser aplicada também desvinculada da prisão em flagrante já que isso não é vedado pela lei<sup>96</sup>. Nesse sentido:

Importante destacar que, no caso da *fiança*, ou melhor, liberdade provisória mediante fiança, sua natureza foi parcialmente alterada. Isso porque, se de um lado continua sendo possível aplicar a fiança como contracautela da prisão em flagrante (art. 310, *caput*, III), de outro, a fiança assumiu também a natureza de medida cautelar alternativa à prisão (art. 319, *caput*, VIII), que poderá ser aplicada como medida autônoma, isoladamente ou em cumulação com outras medidas diversas da prisão que também passaram a ser previstas no art. 319 do CPP, segundo o disposto no art. 319, § 4.º, c.c. art. 282, § 1.º<sup>97</sup>.

É necessário, ainda, tomar cuidado para sua aplicação a fim de evitar a banalização da cautelar e, também, por se tratar de medida gravosa, já que, geralmente, será aplicada a quem vive à margem, e com poucas condições financeiras<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no processo penal*, p. 253-256.

<sup>94</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

<sup>95</sup> FERNANDES, Og (coord.). op. cit., p. 257-258.

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Atualização do processo penal Lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011, p. 21.

<sup>97</sup> FERNANDES, op. cit., p. 258.

<sup>98</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 21.

IX) *Monitoração eletrônica*<sup>99</sup>: essa medida visa, mediante vigilância ininterrupta do agente, a diminuir o risco de fuga, ou seja, assegurar a aplicação da lei penal (logo, cautela final), bem como evitar a reiteração criminosa, ou seja, garantir a ordem pública<sup>100</sup>.

Com o objetivo de garantir a aplicação da lei penal, ela se mostra uma alternativa mais branda e quiçá mais eficaz (conforme a qualidade do equipamento) do que a própria prisão preventiva<sup>101</sup>.

Além disso, ela serve para dar eficácia às demais medidas cautelares, facilitando sua fiscalização, tais como, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca ou país e recolhimento domiciliar noturno, na medida em que controlará de forma permanente a circulação do acusado<sup>102</sup>.

Por tratar-se de medida que gera limitação e controle sobre o direito de liberdade e intimidade do acusado, deverá ser aplicada com cuidado, respeitando alguns requisitos, tais como o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, representados pelo risco de fuga, para a garantia da ordem pública, a fim de evitar a prática de novos delitos. Além disso, a banalização desse instituto pode gerar “um expansionismo ilegítimo de controle penal”<sup>103</sup>, o que significará agressão à liberdade individual e à dignidade da pessoa humana, em razão do caráter estigmatizante da medida<sup>104</sup>. Mas, ainda assim, é preferível a decretação desta do que a prisão preventiva que, sem dúvidas, causa prejuízos ainda maiores ao indivíduo<sup>105</sup>.

A última medida cautelar instituída pela nova lei está prevista no artigo 320 do CPP e refere “a proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas”<sup>106</sup>. Esta é a alternativa menos severa trazida pela lei, eis que o grau de restrição da liberdade do indivíduo é mínimo.

Como não foi estabelecida uma finalidade para a aplicação dessa medida, entende-se que a mesma serve para assegurar a aplicação da lei penal e para garantir a investigação ou

---

<sup>99</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

<sup>100</sup> LOPES JUNIOR, *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*, p. 141.

<sup>101</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no processo penal*, p. 258-260

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>103</sup> LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 141.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 139-141.

<sup>105</sup> FERNANDES, *op. cit.*, p. 258-260.

<sup>106</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 19/03/2013.

instrução criminal. Nesse caso, a simples tentativa de se ausentar do país já gera o descumprimento da medida, bem como a negativa de entrega do passaporte<sup>107</sup>.

Portanto, conforme verificado acima, é possível perceber que existe grande discussão doutrinária em torno da aplicação das cautelares diversas da prisão. Nem mesmo os seus requisitos e hipóteses de incidência foram poupados do debate. Não há também, entendimento pacificado em relação a qual das medidas cautelares optar diante de determinado caso concreto, já que o legislador se omitiu em dar grandes explicações acerca do assunto e, considerando a precocidade da questão, não há jurisprudência farta e esclarecedora sobre a temática. O que se pode notar é que essas medidas alternativas foram inseridas na legislação a fim de diminuir a segregação cautelar; e, pelo visto, isso deve ser feito a qualquer custo, haja vista que os únicos requisitos legais para a sua aplicação são a adequação e necessidade, sobre os quais também pairam dúvidas em relação a sua configuração. No momento, resta aguardar o arbítrio dos magistrados, por ocasião da decretação das medidas cautelares, decidindo eles quais devem ser as hipóteses de incidência e quais os requisitos a serem observados para a imposição de uma medida cautelar, posto que a prisão preventiva como medida de exceção trouxe na Lei n. 12.403/2011, ainda, grande carga de subjetividade.

---

<sup>107</sup> FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no processo penal*, p. 261-262.

## **2 A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

A presença de princípios e regras, no ordenamento jurídico brasileiro, exprimem a legitimação de todo sistema. Os primeiros tidos como o alicerce, e as segundas, são dirigidas para uma especificidade, do tudo ou nada, salvo quando comportar exceção. Assim, como uma consideração inicial está a se afirmar que elas são as principais normas de um ordenamento jurídico. E, para realizar a distinção entre essas normas jurídicas, é necessário, além de conceituá-las, colocá-las em conflito, pois esse será o fator que determinará a definição e o papel de cada uma no Direito.

Superadas essas premissas, analisam-se os mais importantes princípios que regem o processo penal, e posteriormente os que norteiam a aplicação das medidas cautelares. Nesse sentido, poderá se perceber que muitos deles consistem em verdadeiras garantias individuais e constitucionais ao acusado, tais como o princípio do devido processo penal, do contraditório e da ampla defesa, que visam à proteção do indivíduo em relação às arbitrariedades estatais.

O postulado normativo da proporcionalidade merece intensa dedicação, visto que a doutrina questiona o seu enquadramento jurídico, conceito e pressupostos. Considerando a importância do princípio da proporcionalidade para o estudo do tema aqui proposto, os aportes que seguem dão ênfase para a sua crescente utilização pelos tribunais nacionais. Logo, necessária a distinção deste da ideia de razoabilidade, demonstrando inclusive seus requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com a finalidade de entender melhor a relação meio-fim. Atenta-se, ao final do capítulo, para as considerações da jurisprudência alemã, já que esta foi a primeira corte a aplicar a ideia da proporcionalidade em suas decisões.

Sem dúvida, é preciso referir que, nos dias de hoje, ainda, o princípio da proporcionalidade é tema bastante controverso entre os juristas, residindo a maior divergência no modo de aplicação do mesmo, mas pacífico é o entendimento de que ele está implicitamente previsto na Constituição brasileira, merecendo, assim, maior atenção por parte dos aplicadores do Direito.

### **2.1 A fundamentação constitucional do processo penal brasileiro**

Antes de se adentrar na principiologia processual penal propriamente dita, é necessário estabelecer a diferenciação entre regras e princípios. É sabido que, para a doutrina majoritária,



ambos são considerados espécies de normas jurídicas<sup>108</sup>, fazendo, pois, parte do Direito, mas é imprescindível delimitá-los e conceituá-los para melhor entendimento.

Para Humberto Ávila, não há apenas uma definição para princípios por serem os mesmos instrumentos analíticos abstratos, mormente se considerado que, para diferenciá-los das regras, depender-se-á do critério distintivo empregado, do fundamento teórico utilizado e da finalidade para qual é feita ou feito. Mas, para o autor, é necessário delimitar a conceituação, já que a jurisprudência é uníssona no sentido de que os princípios são as normas mais importantes de um ordenamento jurídico<sup>109</sup>.

Assim, com base nos entendimentos de Esser, Wollbachof e Larenz, conclui o jurista brasileiro que, para se distinguir princípios de regras, é preciso levar em conta dois critérios, a saber: o grau de abstração e generalidade da prescrição normativa, no qual os princípios se distinguem das regras por serem direcionados a um número indeterminado de pessoas e circunstâncias, enquanto que as regras são mais gerais e contém mais elementos direcionados à realização de certa conduta, e o fundamento de validade o qual significa dizer que os princípios são frutos do Estado de Direito, ao passo que as regras o são dos textos normativos. Assim, se constata que têm validade e força normativa para o Direito, tanto as normas escritas quanto aquelas que estabelecem prescrições indiretamente ligadas a valores, fins e ideias, as quais se denomina de princípios<sup>110</sup>.

Além disso, para precisar ainda mais a noção de princípio, o autor usou os ideários de Robert Alexy, que, partindo dos ensinamentos de Ronald Dworkin, afirmava que as regras são aplicadas no plano do tudo ou nada, ou seja, quando duas regras entram em conflito, e a hipótese de incidência de uma delas é preenchida, essa regra é tida como válida, se aceitando a sua consequência normativa; e a outra será inevitavelmente considerada inválida. Já os princípios, ao contrário, possuem dimensão de peso, ou seja, em caso de conflito, o princípio com peso maior se sobrepõe ao de peso menor, sem que este perca a sua validade<sup>111</sup>.

A partir disso, afirmou-se que os princípios são espécies de normas jurídicas por meio das quais se estabelecem deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Referiu também que, em caso de colidência entre

---

<sup>108</sup> LIMA; NOGUEIRA, *Prisões e medidas liberatórias*, p. 20.

<sup>109</sup> AVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 4, v. 1, 2001, Disponível em <direitopublico.com.br>. Acesso em 25/04/2012, p. 05-06.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 06-07.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 08-10.

princípios, a prevalência de um deles vai ser determinada de acordo com a ponderação das circunstâncias fáticas concretas. Assim, os princípios têm uma dimensão de peso, não determinando as consequências normativas de forma direta, como o fazem as regras. Dessa forma, para aplicar um princípio, deve-se observar se outro, no caso concreto, não obteve maior peso. A esse fenômeno denominou-se cláusula de reserva. Vale dizer que, para resolver o conflito entre princípios, é necessário que se estabeleçam regras de prevalência fática, ponderação e até harmonização. E é daí que se extrai a diferenciação de princípios e regras, pois, enquanto na colisão de regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de certa ordem jurídica, lógica de tudo ou nada; o conflito entre princípios já se situa no interior dessa mesma ordem jurídica.

Portanto, pactua-se que os princípios como deveres de otimização são aplicáveis em vários graus, diante das possibilidades normativas, haja vista que sua aplicação depende da contraposição de normas; e das possibilidades fáticas, pois o teor dos princípios como normas de conduta só pode ser definido quando diante de fatos concretos. Por outro lado, estão as regras, que podem ou não ser realizadas e, quando uma regra é tida como válida, faz-se exatamente o que ela exige. Assim, em caso de colisão, ou se cria uma exceção à regra, ou se decreta a invalidade de uma delas de modo a excluir o conflito.

Por fim, deduz Humberto Ávila que a distinção proposta por Robert Alexy deve resumir-se a dois fatores. O primeiro é a diferença quanto à colisão. Destarte para a realização normativa dos princípios colidentes ocorrerá apenas uma limitação recíproca entre eles, ao contrário das regras que, quando em conflito, deverá haver a declaração da invalidade de uma ou a inserção de uma exceção, a fim de excluir a contradição entre elas. E o segundo é a diferença quanto à obrigação que determinam, já que as regras instituem obrigações absolutas, e os princípios, obrigações *prima-facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função da colisão desses postulados normativos<sup>112</sup>.

Assim, as regras constituem-se em normas de conduta; e os princípios, em normas finalísticas, de tal forma que o fim seria o conteúdo imediato desta norma, e o mediato consistiria nas condutas a serem realizadas para se alcançar esse fim. Portanto, percebe-se que as duas normas estabelecem fins que possuem a conduta como objeto, a diferença está no grau de determinação da conduta devida. Nos princípios, a conduta que se espera é a necessária

---

<sup>112</sup> AVILA, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, Disponível em <direitopublico.com.br> Acesso em 25/04/2012, p. 01-10.

para a realização dos fins, já nas regras existe a previsão direta da conduta desejada, sem ligação imediata com os fins. Dessa forma, conclui-se que o critério de distinção destas normas é o grau de determinação do fim e da conduta<sup>113</sup>.

Em resumo, para Humberto Ávila, os princípios são normas que estabelecem seus fins diretamente, já os comportamentos desejados para a sua concretização são estabelecidos com menor exatidão e maior generalidade de destinatários, dependendo da sua relação com outras normas para a determinação da conduta devida. Por sua vez, as regras estabelecem de forma indireta os fins, determinando com maior exatidão a ordem ou o comportamento desejado e especificando os destinatários, dependendo menos da sua relação com outras normas para determinar a conduta devida.

Realizada a distinção entre as principais espécies de normas de um ordenamento jurídico, é necessário agora adentrar na explanação dos princípios balizadores do processo penal brasileiro. Antes de tudo, é de se mencionar que existem os princípios informadores do processo penal, e também os constitucionais, que são aqueles implícitos ou explícitos na Constituição Federal e que, em sua maioria, constituem garantias ao processo e às partes, aos quais será dada maior ênfase no presente estudo.

Em primeiro lugar, analisar-se-á o princípio da legalidade, o qual surgiu em torno 1215 com a Magna Carta, visando, desde logo, a regular e autorizar a atuação do Estado, no sentido de que tudo que não for proibido será permitido ao cidadão, mas tudo que não for expressamente autorizado é vedado ao Estado. Em matéria processual penal, tem-se a determinação inserida no artigo 2º do CPP, o qual deduz, que quando uma nova lei é criada, ela deve ser aplicada de forma imediata dentro do processo. É, pois, diferente da regra da irretroatividade aplicada ao direito material no Código Penal<sup>114</sup>.

Para Luigi Ferrajoli, na sua concepção garantista, é necessário diferenciar a legalidade formal da legalidade material. Para ele, a legalidade formal é condicionante, e se refere ao respeito aos trâmites procedimentais exigidos pela Constituição Federal, tais como o de não haver crime sem lei anterior o definindo, nem pena sem prévia cominação legal. Por sua vez, a legalidade material diz respeito à observância de todas as demais garantias e princípios, ou seja, não haverá crime sem necessidade de aplicação da pena, lesividade, materialidade e

---

<sup>113</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>114</sup> FERNANDES, *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. p. 29.

culpabilidade, bem como o respeito em sede de acusação e julgamento, do contraditório e da ampla defesa<sup>115</sup>.

Em segundo lugar, há o princípio do devido processo legal, que melhor se traduz na garantia às partes do justo processo, já que é assegurado, constitucionalmente, o direito de não ser privado de sua liberdade e de seus bens, sem que haja o desenvolvimento processual conforme determinado em lei (artigo 5º, LVI, CF). Assim, ter-se-á o respeito a esse princípio quando se resguardar a ampla defesa, o contraditório, a igualdade ou paridade de armas, bem como quando se considerar as regras procedimentais e o julgamento em prazo razoável. Dessa forma, pode-se concluir que ele constitui a garantia processual maior, de onde nascem os outros princípios. Observa Humberto Fernandes, também, que devem ser cumpridas todas as demais formalidades previstas em lei e, além disso, que essa lei esteja em conformidade com a Constituição Federal. Nesse contexto, refere o jurista que qualquer hipótese de prisão de alguém, deve encontrar respaldo legal, para que haja o cumprimento desse postulado normativo<sup>116</sup>.

O princípio da iniciativa das partes diz que, para haver a prestação jurisdicional, é necessária a provocação, assim, o juiz não pode dar início ao processo sem a provocação da parte, caso contrário, estaria se retrocedendo ao sistema inquisitivo, e não ao acusatório, o qual é adotado atualmente pelo Brasil. Nesse contexto, é titularidade privativa e constitucional do Ministério Público promover a ação penal pública (artigo 129, I, CF), e ao querelante à ação penal privada, inclusive a subsidiária da pública<sup>117</sup>.

O princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, incisos XXXVI e LIII, da CF, refere-se à existência prévia de um juízo competente para julgamento da causa, bem como a garantia da inderrogabilidade das regras de competência. Assim, ele exerce uma função dúplice, em relação à proibição da criação de tribunais extraordinários (ou de exceção) e a proibição da evocação. Vale lembrar que não constitui desrespeito a tal postulado normativo o fato de se criarem varas especializadas, bem como o de se transferirem processos ao juízo especial, mesmo que tais varas sejam criadas após o fato. Portanto, é de se concluir que todos têm a garantia constitucional de serem julgados somente por órgãos do Poder Judiciário, por um juiz

---

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 305-307.

<sup>116</sup> FERNANDES, *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. p. 49-56.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 77.

previamente determinado competente, por regras criadas anteriormente à infração penal, investido na função que lhe assegura independência e imparcialidade<sup>118</sup>.

Tem-se ainda, o princípio do contraditório, que, em suma, traduz-se no direito que o réu tem de se opor e contrariar a acusação que lhe é feita. O mesmo pode ser dividido em três elementos essenciais, a saber, a necessidade de informação, a possibilidade de reação e a necessidade de que esse contraditório seja pleno e efetivo. Assim, a necessidade de informação se expressa no fato de se transmitir, inequivocamente a acusação que recai sobre o denunciado. Dessa forma, esse direito é atingido pelo cumprimento das regras de citação e intimação. Por sua vez, a possibilidade de reação é atingida no momento em que ocorre a paridade de armas entre as partes, ou seja, tanto acusação quanto defesa têm que ter a mesma intensidade e extensão de participação no processo. Já a necessidade do contraditório ser pleno, atine à obediência do princípio em todo transcorrer do processo, e efetivo, diz respeito a condições reais, e não meramente formais, de contrariar a argumentação da parte oposta. Nesse contexto, pelo processo penal se referir a direitos indisponíveis, é necessário que a peça inicial narre bem os fatos, para que o réu tenha o conhecimento pleno da acusação, a fim de melhor elaborar sua defesa, bem como, que seja dada ciência e oportunidade à parte, quanto aos atos da outra parte<sup>119</sup>.

O princípio da ampla defesa, também é uma garantia constitucional, inserida ao lado do contraditório no inciso LV, do artigo 5º, da CF, sendo que ambos estão intimamente ligados e decorrem da garantia genérica do devido processo legal. É de se referir que a defesa é uma das formas de efetivamente se limitar o arbítrio estatal, sendo, inclusive, condição de regularidade do processo e é em sua estima que decorre a ordem processual, onde se dá a defesa o direito de se manifestar sempre em último lugar. Humberto Fernandes cita alguns meios que garantem a realização de tal postulado normativo, a saber, deve ter o réu conhecimento inequívoco da acusação que lhe é dirigida, podendo apresentar alegações contra a acusação e acompanhar a prova produzida para, quando necessário, apresentar contraprova, ter assegurada a defesa técnica, podendo recorrer de decisão desfavorável<sup>120</sup>. Mas tal postulado não se limita à garantia de defesa técnica no processo penal, ele abrange também a possibilidade de autodefesa.

---

<sup>118</sup>FERNANDES, *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*, p. 97-100.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 111-117.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 119.

Dessa forma, importante mencionar ainda que a defesa técnica é necessária, já que com ela se garante a equiparação das partes, e indeclinável, pois o acusado não poderá renunciá-la, devendo, ainda, ser plena, ou seja, ela tem que acontecer em todo o decorrer do processo, para se garantir ao réu o direito à prova, ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição; e efetiva, exigindo que o advogado assista de forma eficiente o acusado, sob pena de serem anulados atos e nomeado novo defensor. Além disso, é direito do acusado escolher um defensor de sua confiança. Por sua vez, a autodefesa, se expressa nos direitos que o acusado tem de não produzir prova contra si mesmo, ao silêncio, de audiência, de presença, bem como o de postular diretamente ao juiz, como, por exemplo, em *habeas corpus*<sup>121</sup>.

O princípio da verdade real atine à responsabilidade do juiz em buscar provas, a fim de dar a certeza necessária à sua sentença, não devendo, assim, o mesmo se ater à verdade formal explanada documentalmente nos autos. Na realidade, deve inquirir uma verdade material, para dar segurança à sua decisão. Nesse contexto, os juristas Paulo Cláudio e João Batista Tovo, ao explicarem o conteúdo da verdade material, mencionaram que:

A tarefa de buscar estes rastros, colhê-los, conservá-los e documentá-los nos assuntos do processo é extremamente delicada, exigindo ao lado das mais altas faculdades do espírito, suficientes conhecimentos interdisciplinares de todas as ciências afins à ciência da prova. A verdade não pode ser buscada a qualquer preço ou por mãos inábeis. Daí o ditado: é na prova que se prova o advogado, o que serve também para o juiz e o promotor de justiça. [...] A segunda, a verdade formal, é aquela que está formalizada ou documentada nos autos do processo penal condenatório. Daí a afirmação de que o que não está nos autos não está no mundo. Não há dúvida de que o ideal é que a verdade documentada ou formalizada nos autos seja o espelho da verdade real, o que, no entanto, nem sempre acontece.<sup>122</sup>

Nesse sentido, para Humberto Fernandes, o princípio deveria ser denominado de verdade processual, já que, geralmente, o juiz decide buscando dentro dos autos, um consenso entre as provas colhidas. Dessa forma, apenas se o conjunto probatório não der margem a dúvidas é que o réu deverá ser condenado<sup>123</sup>.

Importante mencionar que tal postulado vem sofrendo mitigações na doutrina, pois alguns consideram que o agir de ofício do julgador com o escopo de conseguir provas para sanar suas incertezas, representa desrespeito ao sistema acusatório brasileiro, constituindo em

<sup>121</sup> FERNANDES, *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. p. 123-131.

<sup>122</sup> TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Cláudio. *Princípios de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60-61.

<sup>123</sup> FERNANDES, op. cit., p. 142.

um retorno ao sistema inquisitivo, já que com isso o juiz busca, intrinsecamente, condenar o réu, passando a ser figura parcial dentro do processo. Superado tal ponto controverso, o princípio da verdade real, em suma, deveria significar a coleta de elementos probatórios necessários e lícitos a fim de se comprovar, com certeza absoluta, quem efetivamente cometeu o crime apurado nos autos do processo. Além disso, é de se recordar que decorre deste princípio a garantia individual constitucional da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos<sup>124</sup>.

Cabe referir, ainda, a incidência no processo penal dos princípios da motivação e da publicidade dos atos processuais, bem como o do livre convencimento, os quais, como se verá, estão intimamente ligados. Em primeiro lugar, tem-se o princípio da motivação decisória ou dos atos processuais, o qual ensina que o julgador, ao delimitar seu convencimento, deve fazer uma exposição em relação à prova produzida, ponderando no que atine à sua escolha, os respectivos critérios de avaliação. De tal maneira que a motivação deve ser suficiente para demonstrar a necessidade do ato adotado, isto é, ser clara, coerente e completa<sup>125</sup>.

Nesse sentido, também milita o princípio do livre convencimento, referindo-se mais especificamente a como o juiz fará a livre apreciação da prova, para a formação de sua convicção. Para João Cláudio e Paulo Batista Tovo, a melhor forma de se valorar a prova se dá através da confrontação, sendo assim deve-se confrontar a prova com as demais, e com ela mesma, no sentido de avaliar a sua veracidade e autenticidade. Conclui que a fundamentação decisória deve se estender até as decisões interlocutórias mais simples, já que constitui uma garantia ao devido processo legal<sup>126</sup>.

Por sua vez, o princípio da publicidade está previsto na Constituição Federal, no inciso IX, do artigo 93, ao lado da motivação, como fundamento de validade das decisões e dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário. A importância desses dogmas é tanta que o desrespeito a eles acarreta a nulidade dos atos acima mencionados. Assim, valiosa a lição de Humberto Fernandes no sentido de que a motivação e a publicidade processual legitimam a atividade jurisdicional, pois lhe conferem transparência, permitindo a fiscalização e evitando excessos e arbitrariedades. Por outro lado, a norma constitucional também restringe a

---

<sup>124</sup> FERNANDES, *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. p. 141-159.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p.164-165.

<sup>126</sup> TOVO; TOVO, *Princípios de processo penal*, p. 91-95.

publicidade de certos atos processuais, em caso de defesa da intimidade e de interesse social (art. 5º, LX, CF)<sup>127</sup>.

Por fim, cabe mencionar, em suma, os princípios da correlação entre a imputação e a sentença e o do duplo grau de jurisdição. O primeiro é a garantia de que o acusado tem de não ser condenado fora dos limites traçados na denúncia<sup>128</sup>, devendo a mesma ser precisa e concreta, para possibilitar uma defesa ampla, considerando que é na contradição entre defesa e acusação que reside a fundamentação da sentença<sup>129</sup>. O segundo é garantia constitucional implícita e deflui do fato de todos seres humanos serem falhos, de tal forma que sempre que, possível, seus atos devem ser revisados. Além disso, constitui uma das formas de dar efetividade à amplitude de defesa, já que a sentença de primeiro grau poderá ser revisada, por outros julgadores, tanto em relação à matéria fática, quanto em relação ao conteúdo de direito<sup>130</sup>.

Diante do exposto, é possível notar a gama normativa que incide no processo penal, a qual tem a finalidade de orientar sua efetividade, na busca de uma decisão justa e coerente com os direitos e garantias individuais, bem como com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e do sistema acusatório. Ademais, esses são apenas alguns dos princípios constitucionalmente previstos, implícita ou explicitamente, que regem o processo penal, os demais serão analisados no tópico seguinte, já que estão correlacionados com a aplicação das medidas processuais restritivas de liberdade.

## 2.2 A principiologia do novo sistema cautelar penal brasileiro

Para se falar dos principais princípios que regem e orientam a aplicação das atuais medidas cautelares, será necessário, antes, ponderar alguns direitos e garantias constitucionais assegurados ao réu, seja no momento da investigação, seja na fase judicializada propriamente dita, já que alguns deles irão interferir diretamente na matéria.

Em primeiro lugar, tem-se o direito à inviolabilidade da casa do indivíduo, previsto no inciso XI do artigo 5º da CF. Nesse ponto, o que mais interessa é a exceção trazida a esse direito em caso de flagrante de delito, seja em caso de o agente estar cometendo ou ter

---

<sup>127</sup> FERNANDES, *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. p. 1670169.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>129</sup> TOVO; TOVO, *Princípios de processo penal*, p. 89-91.

<sup>130</sup> FERNANDES, *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*, p. 187-190.



acabado de cometer a infração, ou ainda se o mesmo estiver sendo procurado pela justiça, de tal forma que não se mostra coerente admitir que um indivíduo fique refugiado em sua casa, por esta ser um asilo inviolável. Nesse sentido, também cede à investigação criminal o direito à inviolabilidade de correspondência, prevista no inciso seguinte<sup>131</sup>.

Em relação aos crimes inafiançáveis trazidos na Carta Magna, em seus incisos XLII e XLIII, do artigo acima referido, trouxe um interessante questionamento, sobre a possibilidade de se incidir, nesses casos, a liberdade provisória vinculada sem fiança. Para os juristas Paulo Cláudio e João Batista Tovo, essa possibilidade existe sim, e se fundamenta no fato de a liberdade provisória ser considerada um direito subjetivo constitucional, por força do inciso LXVI, do artigo 5º, e também em razão de a prisão preventiva só poder ser decretada se preenchidos os pressupostos legais estabelecidos no Código de Processo Penal<sup>132</sup>.

O inciso LIV, do mesmo dispositivo legal, refere-se ao princípio do devido processo legal, o qual já foi comentado anteriormente, mas é de recordar que o mesmo assegura o andamento formal e legalmente previsto para o processo, bem como o cumprimento das garantias constitucionais às partes. Em seguida, ter-se-á a previsão constitucional dos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais, também, já foram debatidos acima, cabendo agora fazer apenas uma sucinta diferenciação entre eles, no sentido de que o contraditório está presente para ambas as partes, tanto acusação e defesa, para que possam fazer prova e contraprova. Já a ampla defesa está ao lado do acusado, para que o mesmo possa se defender com plenitude em relação à acusação que lhe é feita, garantindo ao mesmo seus direitos desde a formação do Inquérito Policial<sup>133</sup>.

Adiante, em seu inciso LVI, tem-se a determinação de que serão inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; e, veja-se bem, não é a prova ilícita em sua essência, e sim o meio pelo qual ela foi conseguida é que é ilícito, ou seja, fraudulento, despótico. São exemplos de ilicitude dos meios a tortura no interrogatório e a violação do sigilo de correspondência. Com esse dispositivo, quis o legislador impedir a busca da verdade a qualquer preço<sup>134</sup>.

Em segundo lugar, traz o mesmo artigo, como direitos e garantias individuais, em seus incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI, importantes determinações constitucionais em

---

<sup>131</sup> TOVO; TOVO, *Princípios de processo penal*, p. 03-07.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 10-11.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 12-13.

<sup>134</sup> TOVO; TOVO, *Princípios de processo penal*, p. 15-16.

relação à prisão processual. A primeira delas refere-se à prisão processual, a qual assegura que ninguém será preso senão em flagrante de delito ou através de ordem escrita e fundamentada, da autoridade competente, qual seja, a autoridade judiciária. Para os juristas João Batista e Paulo Cláudio Tovo, apenas o poder judicial pode decretar a prisão processual, e desde que cumpridos seus pressupostos<sup>135</sup>. Há uma exceção nesse inciso, a qual se refere à prisão disciplinar em caso de crimes ou transgressões militares. A segunda assegura ao preso o direito de ter sua prisão comunicada ao juiz competente, e a sua família, ou a quem desejar. Essa comunicação pode ser telefônica, já que é requisito essencial à validade do flagrante, e caso haja impossibilidade de ela ocorrer, deve se consignar no auto a circunstância que impediu.

A terceira diz respeito à necessidade de se informar ao preso seus direitos, como por exemplo, o de permanecer calado, bem como a assistência da família e de advogado. Assim, pode o detido preferir só se manifestar em juízo ou nem neste, pelo que não poderá ser interpretado seu silêncio em seu desfavor. Além disso, a assistência de advogado, nesse caso, não atine ao cumprimento da ampla defesa, e sim à tutela do direito à liberdade do cidadão. E é nesse sentido também o inciso seguinte, que assegura ao preso a identificação do responsável pela sua prisão ou por seu interrogatório, na fase policial, visando a protegê-lo de quaisquer abusos, seja da autoridade policial, ou de qualquer do povo.

Em quinto lugar, está o inciso LXV, o qual determina o relaxamento da medida coercitiva, de ofício pelo juiz, em caso de ilegalidade. Atinente à prisão em flagrante, a ilegalidade pode se vislumbrar no ato de prender, na formalização ou documentação do auto. Já, em relação a prisão fundada em decreto judicial, pode haver alguma nulidade, extinção da punibilidade, ou caducidade do mandado. Cabe ressaltar ainda que o relaxamento da prisão se dá imediatamente após constatada a sua ilegalidade, evidenciando assim, a grande proteção dada ao *jus libertatis*<sup>136</sup>.

Em sexto e último lugar, está a previsão constitucional da liberdade provisória. Para Paulo Cláudio e João Batista Tovo, essa liberdade provisória, se refere ao livramento vinculado do réu, seja a liberdade vinculada com fiança ou a liberdade vinculada sem fiança, as quais se diferem da liberdade sem fiança e sem qualquer vinculação, ou seja, esta liberdade está atrelada a certos compromissos, sob pena de revogação. Assim, a mesma se caracteriza

---

<sup>135</sup> Ibidem, p. 17-27.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 26-27.

por “um estado de liberdade com restrições em substituição à privação da liberdade, nos casos de flagrante, pronúncia ou condenação recorrível. Inaplicável, evidentemente, nos casos de prisão preventiva”<sup>137</sup>, ou seja, quando for cabível a decretação desta medida de exceção. Ainda, é de se atentar para o fato de que em 2008 foram excluídas as modalidades de prisão cautelar decorrentes de pronúncia e de condenação recorrível, então, atualmente, permanece apenas a liberdade provisória concedida após a homologação do flagrante.

Agora, parte-se para a análise dos princípios que regem as medidas cautelares, propriamente ditos. Em primeiro lugar, há de se mencionar a importância do princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, para o sistema das medidas provisórias e para o processo penal como um todo. Esse princípio remete aos valores da democracia, da liberdade e da dignidade humana, onde é preferível trabalhar com a ideia de que é melhor não punir alguns culpados, do que condenar um único inocente. Além disso, ele ensina a sempre se optar pela decisão mais benigna ao acusado, quando existirem dúvidas acerca de alguma matéria, remetendo à concepção do antigo princípio romano *in dubio pro libertate*. Assim, ao se decidir por uma das medidas restritivas da liberdade, deve-se atentar a este princípio, a fim de não manter ninguém cautelarmente segregado sem que estejam estritamente preenchidos os pressupostos ou requisitos da medida em questão.

Em segundo lugar, está o princípio universal da dignidade da pessoa humana, que segundo Rogerio Cruz, deve estar presente em qualquer nação civilizada. No ordenamento jurídico brasileiro, ele representa o fundamento da ordem política e social; já no processo penal, mais especificamente, ele torna o acusado, antes considerado mero objeto da lide sobre o qual o Estado poderia extrair a suposta verdade dos fatos a qualquer custo, como sujeito titular de direitos e digno da proteção estatal. Isso significa dizer que o réu deve passar a ter uma posição que lhe permita participar ativamente na declaração dos fatos e do direito do caso concreto. Para que isso se concretize, é necessário à acusação e ao juiz, conhecer, de forma efetiva, a pessoa do réu, não bastando para tanto, sua mera qualificação pessoal; ou seja, é preciso investigar seu passado, as condições em que vive e viveu, a estrutura familiar e social, entre outros fatores que, em suma, constroem a história pessoal do homem que está ali para ser julgado. Essa atitude que, em síntese, revela a necessidade de os órgãos julgador e acusador conhecerem o agente delituoso intimamente, e não apenas os fatos e o direito, bem

---

<sup>137</sup> TOVO; TOVO, *Princípios de processo penal*, p. 26-27.

como a importância de se respeitar os limites do próprio poder, traria mais humanização ao processo penal, colocando o réu como o centro do sistema punitivo<sup>138</sup>.

Dessa forma, é inegável a influência desse princípio para a decretação de uma medida processual restritiva de liberdade, pois se é importante ao promotor e ao juiz o conhecimento íntimo do agente ao proferir acusação e julgamento, de igual modo o será ao se decretar uma medida que irá restringir-lhe a liberdade antes mesmo de se saber, com certeza, se ele é o culpado, ou seja, no momento em que se decreta uma medida cautelar, o réu ainda se encontra em estado de inocência. Daí a importância dessa atitude investigatória como forma de garantir justiça à decisão proferida.

Some-se a isso outro princípio orientador das medidas cautelares, a proteção penal eficiente, que serve como uma balança para o poder judiciário fazer a ponderação entre o direito fundamental à liberdade do acusado e outros bens e interesses jurídicos, também, protegidos pelo Estado, por interessarem de igual forma à sociedade, em especial, o direito à segurança. Isso quer dizer que o poder estatal deve assegurar, por um lado, a liberdade do indivíduo contra abusos do próprio Estado e de terceiros; e por outro lado, a segurança de todos os cidadãos contra ataques de terceiros, mediante a adequada ação coativa ou punitiva. Assim, o direito penal e processual penal, serve para, de forma simultânea, limitar o poder de intervenção do Estado contra o acusado ou infrator, e combater os crimes que causam a insegurança social. Ainda, importante mencionar que esse princípio legitima a ação do poder judiciário, ao optar por um dos direitos conflitantes em detrimento de outro, diante das circunstâncias do caso concreto. Dentro das cautelares esse conflito resume-se na análise da prevalência do direito à liberdade do acusado ou do direito à segurança da vítima, da sociedade ou de terceiros eventualmente ameaçados pelo agir do transgressor. Será ainda considerada ilegítima a omissão do Estado quanto ao dever de proteção da sociedade, bem como o excesso cometido em desfavor do acusado.

Igualmente importante é a influência exercida pelo princípio da excepcionalidade sobre as cautelares, já que, ao lado do princípio da presunção de não-culpabilidade, ele assegura o caráter de exceção às prisões processuais. Tal concepção é adotada, em grande escala, pelos regimes jurídicos modernos, bem como, pelos tratados e convenções internacionais, entre eles o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Para Rogério

---

<sup>138</sup> CRUZ. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*, p. 57-64.

Cruz, esse princípio obriga tanto o legislador, ao elaborar as leis, quanto o juiz, ao aplicá-las, ao caso concreto<sup>139</sup>.

Cabe referir que tal princípio vem consagrado no novo Código de Processo Penal Brasileiro, principalmente no parágrafo sexto do artigo 282 e no inciso II do artigo 310, que referem que a prisão preventiva só deve ser imposta ao indiciado ou acusado quando incabível, ou seja, inadequada ou insuficiente, a sua substituição por uma ou mais medidas cautelares diversas. Porém, isso não significa dizer que se deve primeiro aplicar uma medida liberatória e, apenas diante de sua ineficácia concreta, decretar a prisão preventiva, o que se exige é um juízo hipotético de insuficiência dessa outra cautelar, a revelar a característica de subsidiariedade da prisão processual<sup>140</sup>.

Nesse contexto, refere Aury Lopes Júnior que excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade devem andar juntas para assegurar que a prisão preventiva seja efetivamente resguardada aos casos mais graves, tendo em vista o elevado custo que representa. Nessa conjectura, o jurista critica a banalização das prisões processuais no país aduzindo que, primeiro se prende um indivíduo, para depois investigar e diligenciar provas que legitimam a adoção de tal medida, quando na verdade, deveria acontecer o contrário. Por fim, menciona que, na maioria das vezes, a prisão preventiva é utilizada numa dinâmica de urgência a fim de desempenhar uma função sedativa na opinião pública, sob uma visão ilusória de justiça instantânea<sup>141</sup>. Assim, sustenta que:

O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado pra construir uma (falsa) noção de 'eficiência' do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso o que foi concebido para ser 'excepcional' torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.<sup>142</sup>

Mesmo que já referidos anteriormente, cuida explicar a ingerência dos princípios da legalidade e da jurisdicionalidade para o sistema das cautelares processuais. O primeiro ensina que qualquer tipo de prisão cautelar deve ser decretada por decisão judicial fundamentada,

---

<sup>139</sup> CRUZ. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*, p. 74-75.

<sup>140</sup> SILVA, David Medina da. *Prisão e liberdade na Lei n. 12.403/2011*. mp.rs. Disponível em <[http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/prisao\\_e\\_liberdade\\_david\\_medina.pdf](http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/prisao_e_liberdade_david_medina.pdf)> Acesso em 16/08/2011.

<sup>141</sup> LOPES JUNIOR, *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares*, p. 28-31.

<sup>142</sup> LOPES JUNIOR, *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares*, p. 31.

alertando, ainda, que a prisão em flagrante, mesmo sem a prévia apreciação do poder judiciário, é legítima, pois constitui em medida pré-cautelares, sendo precária até que ocorra seu exame por parte de um juiz. Já o segundo está consagrado no inciso LXI, do artigo 5º da CF e diz respeito à observância do devido processo legal<sup>143</sup>. Assim, só se decreta e mantém uma prisão provisória quando observados os requisitos a ela correspondentes. Desse postulado normativo, decorre a proibição, via de regra, de imposição de medidas coercitivas inominadas, decorrentes do poder geral de cautela do juiz<sup>144</sup>.

A provisoriedade é outro princípio incidente às cautelares, que se refere ao caráter temporário e de breve duração que uma medida cautelar deve ter, principalmente se se tratar de prisão preventiva, a qual não pode significar antecipação punitiva<sup>145</sup>. Assim, quando não persistirem mais os requisitos ou motivos autorizadores para a decretação da cautelar, a mesma deve ser imediatamente revogada, sob pena de ser considerada ilegal, mesmo que não alcançada, ainda, a provisão final do processo, e nisso reside o caráter instrumental da medida cautelar<sup>146</sup>. Mais especificamente, a instrumentalidade de uma medida de natureza cautelar destina-se a garantir a tramitação do processo principal. Dessa forma, só podendo ser imposta quando estiverem presentes as condições para o ajuizamento da ação principal. Por outro lado, ela não se vincula ao resultado desse processo, e sim, ao seu regular andamento e ao interesse social<sup>147</sup>.

No projeto de lei n. 4208/2001, tentou-se positivizar tal preceito normativo, no sentido de que a prisão preventiva teria duração máxima de 180 dias, mas tal dispositivo foi vetado quando da promulgação da nova lei. Por sua vez, a jurisprudência também tentou impor alguns limites, mas não obteve sucesso. A legislação traz prazos para a conclusão de algumas fases processuais, os quais poderiam configurar excesso de duração da custódia cautelar, se desrespeitados, mas como são desacompanhados de sanção, o risco de ineficácia é grande.

Dessa forma, nada há de concreto para demarcar o espaço temporal da prisão preventiva, referindo Aury Lopes Júnior que é extremamente necessário estabelecer um prazo máximo para essa forma cautelar, a partir do qual a segregação deva ser considerada ilegal.

---

<sup>143</sup> Ibidem, p.19-20.

<sup>144</sup> CRUZ, *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*, p. 79-83.

<sup>145</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., p. 24.

<sup>146</sup> CRUZ, op. cit., p. 83-86.

<sup>147</sup> SILVA, *Prisão e liberdade na Lei n. 12.403/2011*. Disponível em <[http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/prisao\\_e\\_liberdade\\_david\\_medina.pdf](http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/prisao_e_liberdade_david_medina.pdf)> Acesso em 16/08/2011.

Lamentou também, a não inclusão na lei das cautelares do reexame obrigatório, a cada 60 dias, da prisão preventiva<sup>148</sup>.

Na esteira desse princípio Aury Lopes Júnior, ainda refere a relevância da provisionalidade para as prisões cautelares, na medida em que, as mesmas, tutelam uma situação fática. Assim, quando não mais se afigurar o suporte fático que legitimou a imposição da medida (*fumus commissi delicti e/ou periculum libertatis*), deve cessar a sua incidência, sob pena de ser considerada ilegal, em razão de haver perecido sua fundamentação.

Nesse contexto, as medidas cautelares podem ser decretadas, revogadas ou substituídas a qualquer tempo, desde que se observe a incidência ou não dos motivos que as legitimam. Por sua vez, a decretação de uma cautelar de ofício pelo juiz é absolutamente incompatível com os princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade<sup>149</sup>.

David da Silva traz as características da cumulatividade e da fungibilidade das cautelares como princípios elencados no artigo 282, parágrafos terceiro e quarto, do CPP. A primeira diz respeito à aplicação de mais de uma medida cautelar simultaneamente a fim de garantir maior efetividade, e a segunda permite a substituição de uma medida cautelar por outra, a qualquer tempo, no caso de descumprimento das obrigações impostas, ou quando se verificar necessária e adequada à substituição<sup>150</sup>.

Por fim, cumpre discorrer sobre o princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, o qual está consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, e foi criado com a finalidade de humanizar o processo penal, tendo como alicerces a paridade entre as partes, a dignidade da pessoa humana e a limitação do poder estatal. Em resumo, ele é a garantia de que o acusado não será considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória<sup>151</sup>.

Esse postulado normativo se apresenta como regramento da atividade probatória e, também, como regra para o tratamento do acusado. Decorre de sua incidência, no primeiro caso, o fato de o ônus da prova recair sobre a acusação, devendo ela provar a materialidade e

---

<sup>148</sup> LOPES JUNIOR, *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares*, p. 24-28.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 23-24.

<sup>150</sup> SILVA, *Prisão e liberdade na Lei n. 12.403/2011*. Disponível em <[http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/prisao\\_e\\_liberdade\\_david\\_medina.pdf](http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/prisao_e_liberdade_david_medina.pdf)> Acesso em 16/08/2011.

<sup>151</sup> GOMES, Magno Federici; TRINDADE, Hugo Vidal. A compatibilidade entre a presunção da inocência e a prisão preventiva. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Síntese, n. 53, v. 9, 2009, p. 18-33.

a autoria da infração penal imputada ao réu. De tal forma que, quando houver dúvidas em relação a alguns desses elementos por insuficiência probatória, deverá o processo ser revolido a favor da defesa, absolvendo-se o acusado em decorrência do *in dubio pro reo*. Nesse sentido, a presunção da inocência é a segurança que o acusado tem de que não será condenado por juízos de probabilidade, que dariam vazão a decisões arbitrárias, exigindo-se assim, certeza concreta para legitimar a condenação.

Outra forma de manifestação desse princípio é o direito ao silêncio conferido ao acusado, que o protege contra os institutos que podem levá-lo à confissão, traduzindo-se no postulado normativo *nemo tenetur se detegere*, ou princípio da não autoincriminação. Além disso, é garantido também, que quando se fizer uso do direito de permanecer calado, o mesmo não será usado em prejuízo da defesa<sup>152</sup>.

Ainda, em referência à normatividade acerca do tratamento dispensado ao acusado, aduz-se que a manutenção do acusado algemado perante juiz ou tribunal deve ser feita ante receio concreto de que o mesmo, com as mãos livres, fuja ou coloque em risco a segurança dos presentes. Nesse sentido, igualmente só pode ser o acusado preso antes da condenação, quando tal medida for de extrema necessidade e justificada em critérios fáticos e legais, assim a liberdade provisória também seria uma forma de manifestação do referido princípio<sup>153</sup>.

Porém, é inegável o conflito que ocorre entre os institutos da presunção da inocência e da prisão preventiva. O fato é que ambos são constitucionalmente previstos no artigo 5º, incisos LVII e LXI, da CF, respectivamente. Além disso, tal postulado normativo não afasta a constitucionalidade das prisões cautelares que continuam sendo, pacificamente, reconhecidas pela jurisprudência de todos os tribunais, inclusive tal assunto vem sumulado no enunciado n. 9 do STJ.

No entanto, parte da doutrina, entre eles Perfecto Ibañez<sup>154</sup> e Luigi Ferrajoli<sup>155</sup>, em uma visão mais radical, infere que a subsistência das prisões cautelares e do mencionado postulado normativo é inadmissível, pois a prisão provisória sempre significará antecipação

---

<sup>152</sup> Ibidem, p. 18-33.

<sup>153</sup> CRUZ, *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*, p. 68-74.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>155</sup> WUNDERLICH, Alberto. *Princípio da presunção de inocência e a natureza jurídica da prisão preventiva*. Ibccrim. Disponível em <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em 24/08/2012.



punitiva. De outro lado, juristas como Warley Belo<sup>156</sup>, Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>157</sup>, Magno Gomes e Hugo Trindade<sup>158</sup>, admitem que ambos institutos podem ser previstos em um mesmo ordenamento jurídico, e conviverem em harmonia, desde que, ao se decretar uma prisão cautelar se observe, além, dos seus requisitos, seu caráter de excepcionalidade e sua real necessidade, o que significa dizer, na opinião de Magno e Hugo, que conceitos amplos como garantia da ordem social e econômica, compelidos de carga emocional, ou seja, com o intuito de acalmar o clamor social e a sensação de impunidade, devem ser afastados para que a prisão processual não desrespeite o princípio em questão<sup>159</sup>. Nessa conjectura, outra forma de alcançar o postulado normativo em sua plenitude, seria a adoção de providências cautelares de menor teor coercitivo, a fim de que acusados ou indiciados possam defender-se em liberdade<sup>160</sup>.

Portanto, é possível perceber que existem muitos princípios e garantias ao acusado no processo penal, principalmente quando se trata de aplicar uma medida que restringirá sua liberdade antes mesmo de se ter certeza acerca de sua culpabilidade. É nesse sentido que, não negando a importância dos demais princípios, revela-se a essencialidade da coexistência do princípio da presunção da inocência e das medidas cautelares, pois ele é a garantia de que a aplicação das mesmas será legítima e do cumprimento dos demais princípios que as circundam.

### **2.3 O princípio da proporcionalidade no processo penal: origens, conceito e pressupostos**

Na doutrina jurídica, uma das grandes divergências ideológicas existentes é em torno do postulado normativo da proporcionalidade. Tais correntes debatem acerca do seu enquadramento jurídico, do seu conceito e, principalmente, acerca de seus requisitos ou pressupostos. Para a temática aqui proposta, ele revela intensa importância na resolução do conflito entre dois direitos fundamentais: de um lado o direito à segurança social, e de outro o direito à liberdade individual. Mas, em primeiro lugar, é necessário delimitar sua abrangência, para só depois discutir sua aplicabilidade concreta.

---

<sup>156</sup> BELO, Warley. *A prisão preventiva e a presunção de inocência*. Disponível em <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em 24/08/2012.

<sup>157</sup> WUNDERLICH, *Princípio da presunção de inocência e a natureza jurídica da prisão preventiva*, Disponível em <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em 24/08/2012.

<sup>158</sup> GOMES; TRINDADE, A compatibilidade entre a presunção da inocência e a prisão preventiva, p. 18-33.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>160</sup> WUNDERLICH, *Princípio da presunção de inocência e a natureza jurídica da prisão preventiva*, Disponível em <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em 24/08/2012.

A origem histórica da ideia de proporcionalidade remonta à Idade Antiga e a Idade Média, mais especificamente no desenvolvimento das teorias do Estado, atuando como um critério de controle ao poder estatal, especialmente ao poder de polícia, a fim de legitimar os atos dali provenientes. Dessa forma, qualificou-se tal princípio, primordialmente como de Direito Público<sup>161</sup>. Em direito penal, já na Lei de Talião havia menção à ideia de justa medida entre os delitos e as penas<sup>162</sup>. Mas o desenvolvimento mais intenso da concepção de proporcionalidade, no direito sancionador, ocorreu na era Iluminista com os pensadores Montesquieu e Beccaria, respectivamente, em suas obras *O Espírito das Leis*, de 1747 e *Dos Delitos e das Penas*, de 1764.

Para Montesquieu, a aplicação de uma pena desnecessária consistia em um ato de tirania, dizia “ser essencial que se evite mais um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos”<sup>163</sup>. Beccaria, por sua vez, evoluindo tal pensamento, e partindo para uma noção mais aproximada daquela que se tem hoje de princípio da proporcionalidade, fez menção à existência de um juízo de necessidade, ao afirmar que:

[...] por justiça eu não entendo mais que o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade; todas as penas que ultrapassem a necessidade de conservar esse vínculo são injustas por sua própria natureza<sup>164</sup>.

O princípio da proporcionalidade vem sendo desenvolvido ainda hoje, sofrendo grande influência do direito administrativo, no sentido de se alcançar a efetividade dos direitos constitucionais fundamentais e, simultaneamente, a proibição da arbitrariedade estatal. A feição constitucional dada a esse princípio é sentida principalmente na Corte Constitucional alemã, que revela que os três poderes do Estado precisam sempre observar que as limitações

---

<sup>161</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 156-158.

<sup>162</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40-41.

<sup>163</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 103.

<sup>164</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 45-46.

aos direitos individuais, principalmente o direito à liberdade, não devem superar a necessidade da medida imposta, e que a medida mais incisiva deve ser a *ultima ratio*<sup>165</sup>.

No direito brasileiro, o princípio da proporcionalidade consolidou seu caráter constitucional em 1993, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, cautelarmente, pela inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.248/93 (Paraná), que determinava a pesagem de botijões de gás, na frente do consumidor, no momento que se realizasse a venda, referindo que a medida violava o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>166</sup>.

Logo depois, em 1994, a Suprema Corte alicerçou a aplicação deste princípio nos domínios do postulado normativo do devido processo legal, haja vista que o Ministro Moreira Alves, na decisão da ação direta de inconstitucionalidade n. 958 – RJ, referiu que a aplicação do princípio do devido processo legal não pode se dar, apenas, em relação àquilo que é expressamente determinado em lei acerca do processo, mas também no que diz respeito às hipóteses em que falta razoabilidade à previsão legal<sup>167</sup>.

Nesse ponto, importante mencionar o entendimento de Paulo Bonavides ao referir que a proporcionalidade deriva do parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal, porquanto o dispositivo abrange a parte não escrita dos direitos e garantias constitucionais, ou seja, “aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”<sup>168</sup>.

Luciano Feldens, complementando o entendimento acima expresso, entende que a proporcionalidade também, emana da cláusula do Estado Democrático de Direito, mas para ele, é o artigo 1º da Constituição Federal, que lhe confere as condições de aplicabilidade. Em sua opinião, a proporcionalidade enquadra-se na condição normativa de princípio, e se trata, efetivamente, de um dever a conduzir a atuação do poder público na pesquisa do interesse

---

<sup>165</sup> GOMES, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 50-52.

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 855 - PR*, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 01 de jul. de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 20/03/2013.

<sup>167</sup> Ibidem, Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 958-3 – RJ*, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de maio de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25/03/2013.

<sup>168</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 396.

coletivo em ajuste com os direitos fundamentais. Em suma, é ela que vai definir a medida a ser aplicada para se atingir um fim específico<sup>169</sup>.

Adentrando, agora, no campo do enquadramento jurídico desta norma, cabe ponderar que, para Humberto Ávila, a proporcionalidade não é um princípio, pois seu conteúdo normativo é neutro em relação ao contexto fático e, além disso, este conteúdo não se modifica quando em conflito com outros princípios. Mas também, não é um critério material porque a sua aplicação não determina que um dos princípios deva ser escolhido em detrimento do outro e sim que, em caso de colisão, se estabeleça uma estrutura para que ambos sejam realizados na máxima medida.

O dever de proporcionalidade inclusive não é uma regra jurídica, pois ele não estabelece um comportamento a ser seguido pela conduta humana e tampouco determina conteúdo relativo à aplicação de outras regras. Além disso, este dever não funciona sem a complementação material de outras normas, ou seja, é só através da interpretação de outras normas, mediante a aplicação das condições da proporcionalidade, que se chega ao que é permitido ou proibido em determinado ordenamento jurídico. Assim, o dever de agir proporcionalmente é diferente de uma norma de conduta ou de uma norma de estrutura, já que depende da determinação do meio e do fim acerca da qual dizem respeito outras normas.

Por fim, o jurista afirma que o dever de proporcionalidade consiste, na verdade, em um postulado normativo aplicativo, sendo condição formal ou estrutural de aplicação de outras normas jurídicas, sem o qual não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados.

A Constituição da República instituiu, simultaneamente, normas opostas, como direitos e garantias individuais, em detrimento de finalidades públicas e normas de competência, de modo que, para aplicá-las, é necessário um dever de ponderação, a fim de trazer proporcionalidade às medidas a serem concretizadas. Nesse sentido, emergiu a proporcionalidade com a missão de limitar a atividade estatal e garantir a máxima liberdade individual. Assim não se avaliam apenas as questões ligadas à forma de limitação da

---

<sup>169</sup> FELDENS, *A constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 159-161.

intervenção estatal (eficácia normativa negativa), mas, também, aquelas relacionadas à proteção do cidadão (eficácia normativa positiva)<sup>170</sup>.

Nesse sentido, Humberto Ávila conceitua o dever de proporcionalidade como

[...] um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio e fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados<sup>171</sup>.

Antes de se adentrar no estudo da proporcionalidade propriamente dita, necessária se faz a diferenciação desta da ideia de razoabilidade. Como visto anteriormente, o STF identifica ambas as expressões, mas, atualmente, o Tribunal Constitucional Alemão traz um significado normativo autônomo ao princípio da razoabilidade. Para este tribunal, a razoabilidade determina que, quando se tenha que tomar uma decisão em caso de conflito de bens jurídicos, deve se atentar para as condições pessoais e individuais do sujeito envolvido. Assim, ponderam-se as condições particulares do caso individual. Em contrapartida, quando se aplica o princípio da proporcionalidade, o que se analisa é a relação meio e fim, ou seja, a medida que será aplicada deve realizar, da melhor forma, a finalidade a ser atingida, quando da ocorrência da colisão de direitos.

Assim, enquanto o princípio da razoabilidade impõe o cumprimento de um critério material para a aplicação da justiça ao indivíduo, ou seja, seu juízo de ponderação é feito com base na pessoa atingida; o princípio da proporcionalidade consiste em uma estrutura formal de eficácia, isto é, o juízo é feito com referência a bens jurídicos ligados a um fim. Dessa forma, a principal diferenciação entre esses dois deveres está no método envolvido para a aplicação de cada um deles. Enquanto um leva em consideração as condições pessoais do sujeito envolvido, o outro considera a relação jurídica dos meios empregados para as finalidades pretendidas<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> AVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 4, v. 1, 2001, Disponível em <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> Acesso em 25/04/2012, p. 23-27.

<sup>171</sup> AVILA, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Disponível em <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> 25/04/2012, p 31.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 30-31.

Em outras palavras, a razoabilidade exige que, quando da ocorrência de conflito entre bens jurídicos, a solução do caso deve se estabelecer com base nas particularidades individuais dos sujeitos envolvidos, sem questionar uma proporção entre meios e fins<sup>173</sup>.

Deixando de lado as questões de conceituação e enquadramento jurídico (se regra, princípio ou critério material) do postulado normativo ora estudado, é preciso, para a realização do juízo de ponderação proposto pelo princípio da proporcionalidade, a observância de três pressupostos ou elementos que o compõem, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, aos quais se passará ao estudo. Mas, antes, é de se mencionar que o modelo de três níveis aqui proposto para a análise do princípio em questão, é fruto do Tribunal Constitucional Alemão, que em 11 de junho de 1958 proferiu o primeiro acórdão fazendo menção aos três elementos do princípio da proporcionalidade, o que ficou conhecido como “teste alemão”<sup>174</sup>.

O subprincípio da adequação, também denominado da idoneidade, é atendido quando, durante a intervenção em direitos fundamentais, se observarem suas duas exigências: a primeira delas se refere à existência de um fim constitucionalmente legítimo, ou seja, aquele que não é proibido implícita ou explicitamente pela Constituição Brasileira. Já a segunda diz respeito à utilidade ou aptidão da medida, ou do meio, para a obtenção desse fim. Dessa forma, será adequado o meio que for apto a alcançar o fim almejado, desde que este fim seja legítimo<sup>175</sup>.

Para a realização do juízo de adequação, portanto, é necessário, antes, determinar uma especificação geral de fins e meios.

Em relação aos fins do processo penal Denilson Feitoza Pacheco entende que os mesmos dividem-se em mediatos e imediatos. Segundo ele, as finalidades imediatas principais do processo penal, durante a investigação criminal, é demonstrar a autoria e a materialidade de um fato delituoso, a fim de formar a convicção do órgão acusador, competente a dar início à ação penal. E depois, com o processo penal já iniciado, é a obtenção de uma sentença definitiva, condenando ou absolvendo o réu, conforme o apurado durante a instrução

---

<sup>173</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 152.

<sup>174</sup> GALETA, Diana Urania. *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*. Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. 1994, apud BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62.

<sup>175</sup> PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 153-154.

processual. Note-se que a decisão pode ser favorável para um lado e desfavorável para o outro lado, mas o que se pretende buscar com o processo penal é a garantia dos direitos fundamentais das pessoas que a ele ficam sujeitadas.

Já o fim mediato de maior relevância para a persecução criminal é a garantia da segurança pública. A segurança é prevista como direito social no artigo 6º, *caput*, da CF, e como direito individual fundamental no artigo 5º do mesmo diploma legal, que representa a caução concedida pelo Estado ao cidadão, de ver preservada sua integridade física, moral e mental.

Assim, percebe-se que, no processo penal, ocorre a colisão entre dois princípios, denominada pelo autor de “contrariedade fundamental”, que são o princípio instrumental punitivo e o princípio instrumental garantista (perspectiva instrumental liberatória), de modo que quanto mais se aproxima da efetivação de um princípio, mais se afasta da realização do outro. Dessa forma, as medidas de intervenção em direitos fundamentais só se justificam quando contribuírem no alcance dos fins imediatos penais<sup>176</sup>. Refere, ainda, que:

O equilíbrio entre um processo garantista (perspectiva liberatória) e um processo instrumentalmente voltado para a aplicação do direito penal (perspectiva instrumental-penal) deve ser encontrado, mas com prevalência do princípio da proteção da liberdade individual (perspectiva libertária prevalecente). Melhor diríamos que deve haver um ‘desequilíbrio ponderado’, e não, um aniquilamento da perspectiva instrumental-penal. Tal ‘desequilíbrio’ tem fundamentação constitucional, uma vez que, se é contraditório é para ambas as ‘partes’, autora e ré, e, inclusive, para o juiz, a ampla defesa é somente para a parte ré e seu defensor.<sup>177</sup>

No que atine aos meios, refere Wilson Antônio Steinmetz que, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, e de acordo com a fórmula negativa do controle de constitucionalidade, quando ocorre a restrição de um direito fundamental por meio do pressuposto da adequação, poderá haver vários meios idôneos, para se chegar ao resultado pretendido. Só que, nesse sentido, o juízo de adequação não diz qual dos meios adequados é o mais eficaz, pois se restringe a declarar que a medida é ou não idônea, útil, apta ou apropriada para o alcance da finalidade. Assim, por exemplo, quando ocorre uma restrição a um direito

---

<sup>176</sup> PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 162-167.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 167.

fundamental por meio de uma medida legislativa, o Tribunal Constitucional Alemão examinará se ela é plenamente inidônea, por ocasião da declaração de sua inconstitucionalidade.

Por outro lado, a fórmula positiva diz que um meio será adequado quando for possível alcançar o resultado proposto. Nessa linha, conclui que o exame da adequação pelo mérito meio-fim é empírico, pois o que se quer saber é se o meio usado é útil, empírica ou faticamente, para atingir certa finalidade<sup>178</sup>.

Importante fazer menção, ainda, a dois critérios utilizados para a aplicação do subprincípio da idoneidade, ao caso concreto. Partindo do pressuposto de que a adequação deve, através do meio, facilitar a obtenção do fim, é válida a lição trazida por Denilson Pacheco, acerca do pensamento da alemã Laura Clérico, que assevera que existem duas versões ou critérios contrapostos para a aplicação do requisito em questão; um deles é denominado de forte e o outro de fraco.

A versão forte impõe a escolha de um meio que, em potencial, atinja o objetivo de forma, maior, melhor e mais provável. Assim, se houver dois meios, o que melhor se adequa para a efetivação das finalidades concretas é aquele que quantitativamente tem mais chances de realizar o objetivo, e qualitativamente tem mais probabilidade de torná-lo efetivo, da melhor forma. Então esse é o meio que, com mais viabilidade alcançará o fim desejado. Ocorre que, este critério faria com que as medidas diversas da mais adequada fossem consideradas inconstitucionais, sem ao menos passar pelo exame dos outros dois pressupostos do princípio da proporcionalidade.

A versão mais fraca aproxima-se mais da imposição constitucional da adequação, pois ela se dá da seguinte forma: se o meio contribui para a realização do objetivo, ele é tido como adequado, do contrário, é considerado inadequado. Porém, se o meio, mesmo contribuindo para alcançar o fim, não o promover em cada aspecto ou abstratamente, a regra da adequação precisa ser complementada, pois esse meio não é um bom candidato para atingir o objetivo. Se, por outro lado, o meio está em uma relação, e atinge o objetivo, e o objetivo é apenas aplicável abstratamente e no geral, mas não no caso específico, o meio aplicado não é tido como inadequado, e os outros dois pressupostos da proporcionalidade devem ser aplicados<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado: 2001, p.149-150.

<sup>179</sup> CLÉRICO, Laura. *Die struktur der verhältnismäßigkeit*, 2001, apud PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 184-185.



Para explicar esse pensamento, parte o autor do ensinamento de Bernal Pulido que, em resumo, esclarece que a versão mais forte ou idoneidade em sentido amplo diz que uma medida legislativa somente deverá ser considerada adequada quando contribuir com maior eficácia, rapidez e segurança para a obtenção do objetivo. Já a versão fraca, ou idoneidade em sentido estrito, sustenta que a medida legislativa mais adequada é aquela que, de alguma forma, estabelecer uma relação positiva com o fim legislativo, ou seja, essa medida pode apenas facilitar, de algum modo, a realização do fim, sem, contudo, haver contribuído, na prática, para o seu alcance. Nesse sentido, o meio, apenas, tem que representar ser um facilitador para a execução da finalidade proposta. Finalmente, refere que a adequação não pode ser traduzida na obtenção plena do fim requerido, nem pode ela assegurar sua conquista, já que a realização parcial do objetivo basta para que a medida seja considerada idônea.

Em sua opinião, também é mais correto utilizar a versão mais fraca do juízo da adequação, pois, segundo ele a versão forte, “impossibilita que sejam consideradas todas as razões normativas, analíticas e empíricas que jogam a favor e contra a constitucionalidade da norma legal sub judice”<sup>180</sup>.

Por fim, é de se ponderar que o juízo de adequação proposto pelo critério mais fraco de Bernal Pulido e Laura se assemelha com a fórmula negativa do Tribunal Constitucional Alemão, na medida em que ambos referem que, para o acontecimento do juízo de ponderação, nesse pressuposto, basta que o meio útil tenha alguma afinidade para a obtenção do fim requerido. Essa análise superficial basta, nessa fase, pois, é necessário notar que o juízo de ponderação proposto pelo princípio da proporcionalidade deve passar ainda pelos critérios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade, também denominado da alternativa menos gravosa ou do meio mais brando, impõe que, quando da ocorrência de intervenção em direitos fundamentais, a medida escolhida deverá ser a mais benigna, em relação ao direito afetado, ou seja, entre todas as medidas consideradas igualmente idôneas, deve ser elegida a que menos agredir o direito fundamental que está sofrendo a restrição, para se atingir o objetivo proposto<sup>181</sup>. Em outras palavras, esse requisito obriga os órgãos estatais à realização de uma comparação entre as medidas restritivas aptas, que estão disponíveis para a execução da

---

<sup>180</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*, 2003, apud. PACHECO. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 186.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 199.

finalidade requerida e, posteriormente, deve ser feita a escolha daquela que for menos lesiva aos direitos sociais<sup>182</sup>.

Dessas premissas, extraem-se os seguintes elementos de estrutura do requisito da necessidade: a) pré-existência de uma relação meio-fim com o requisito da adequação; b) a presença de mais de um meio (ou medida) idôneo, pois é imprescindível a comparação destes, para a realização da presente análise; c) a comparação, por sua vez, é dúplice, pois ocorre o juízo contrastante entre o meio empregado e os meios alternativos aptos, a fim de verificar o grau de promoção do objetivo e, também, o grau de intensidade de lesão aos direitos fundamentais em jogo. Assim, esse mandamento concentra-se na comparação das medidas, a fim de se chegar à escolha do meio adequado, mais necessário e menos restritivo de direitos, para a obtenção do propósito perseguido<sup>183</sup>.

Complementando esse entendimento tem-se a ideia de Wilson Antônio ao explicar que o subprincípio em análise é composto de quatro fundamentos. O primeiro diz que a interferência ao exercício do direito fundamental deve ser mínima. O segundo é que se deve partir da hipótese de que pode existir um meio alternativo menos gravoso que aquele aplicado, aqui se constata o elemento dúvida. O terceiro refere-se ao senso de comparação realizado entre os meios restritivos aptos. Nesse momento, se inicia a comparação pelo quesito da menor prejudicialidade, porém se houver empate, deve-se verificar qual medida é a mais eficaz para atingir o fim proposto.

No entanto, cabe referir que esse pensamento sofre algumas críticas, em especial de Denilson Feitoza Pacheco, que assevera que a realização do juízo de eficácia, ou seja, a ponderação de relevância dos direitos fundamentais afetados deve ser resguardada para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito - o qual se verá logo adiante - e sugere que, quando houver dúvidas entre os meios, por ocasião da aplicação do requisito da necessidade, ambos deverão ser submetidos ao arbítrio do terceiro pressuposto do princípio da proporcionalidade<sup>184</sup>.

Contudo, prosseguindo em relação ao entendimento de Wilson Antônio, que considera que, no momento em que houver a dúvida entre os recursos comparados, haverá duas

---

<sup>182</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, apud. PACHECO. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 199.

<sup>183</sup> CLÉRICO, Laura. *Die struktur der verhältnismäßigkeit*, 2001, apud. PACHECO. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 200-201.

<sup>184</sup> PACHECO. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 202

possibilidades de solução. Desse modo, considerando a presença de dois meios, sendo um deles menos gravoso, porém também menos eficaz, e o outro mais gravoso, mas igualmente mais eficaz, deve se optar, na concepção dominante da jurisprudência e da doutrina alemã, apenas pelo meio menos prejudicial se sua eficácia for, no mínimo, igual a do meio mais prejudicial, caso contrário, não poderá haver sua utilização. O quarto, e último elemento, é a dimensão empírica, ou seja, um juízo de conteúdo empírico (técnico-científico) que indicará qual o meio menos nocivo. Assim, para o autor a escolha do meio deve sempre ser direcionada à sua menor lesividade; mas, em caso de empate, deverá se atentar para um juízo de eficácia<sup>185</sup>.

Já a doutrina menos dominante atesta que, para haver a substituição da medida menos grave pela mais ofensiva, deve-se verificar se aquela é suficientemente apta ou eficaz para a execução do fim pretendido.

Nesse ponto, cabe expor o entendimento de Bernal Pulido, trazido por Denilson Pacheco, ao referir que uma medida deve ser declarada inconstitucional quando não for, evidentemente, necessária para atingir seu escopo, com base em um julgamento empírico, analítico (âmbito normativo de um instituto a partir da delimitação de seu conceito) e normativo, que demonstre a existência de uma alternativa, igualmente apropriada, mas que ofenda de maneira menos intensa o direito fundamental em questão<sup>186</sup>.

Para Paulo Bonavides, através desse segundo elemento que compõe a proporcionalidade, deve se atentar ao fato de que a medida, possível de ser a escolhida, não pode exceder os limites indispensáveis à manutenção do fim legítimo almejado<sup>187</sup>. Assim, nos dizeres de Xavier Philippe, o princípio é expresso pela máxima “de dois males, faz-se mister escolher o menor”, acrescentando que, por este juízo, não se questiona a escolha a que se vai chegar, mas sim qual o meio empregado para se alcançar essa finalidade<sup>188</sup>.

Assim, em suma, o subprincípio da necessidade representa a opção a ser feita entre várias medidas igualmente idôneas, através de um estudo que vai apontar qual delas tem um caráter de indispensabilidade (frente às outras), ou seja, é a menos lesiva aos direitos dos cidadãos e, a mais eficaz a atingir o fim proposto.

---

<sup>185</sup> STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 149-150.

<sup>186</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2003, apud. PACHECO. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 205.

<sup>187</sup> BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 397.

<sup>188</sup> BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 396.

Passar-se-á, agora, à apreciação do último subprincípio, que compõe o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, conhecido como proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida. Por meio do qual, são sopesadas as desvantagens acarretadas pela medida empregada, em contraposição as vantagens atingidas pelo cumprimento da finalidade. De forma que, o meio utilizado não pode significar uma desproporcionalidade em relação ao objetivo a que se pretende alcançar.

Dessa forma, importante referir a diferença existente entre o de juízo de ponderação da justa medida e os juízos de adequação e necessidade, anteriormente analisados. Nestes, o fim figurava, apenas, como ponto de referência, pois, o foco maior era em relação ao meio; já naquele, o objetivo assume um papel essencial, pois a sua relevância deve ser ponderada com a relevância do prejuízo causado ao direito fundamental, através do meio empregado, mostrando-se de suma importância, determinar o peso que a Constituição Federal dá à execução do fim pretendido<sup>189</sup>. Em outras palavras, o meio que intervém no direito fundamental deve ser justificado pela importância da realização da finalidade buscada<sup>190</sup>.

Na visão de Denilson Pacheco, contemplada com base na doutrina de Bernal Pulido, a estrutura deste subprincípio compreende o respeito a três diretrizes. A primeira diz que é preciso determinar o mérito que deve ser ponderado, ou seja, a relevância da restrição do direito fundamental e a relevância da consecução do objetivo perseguido pela aplicação do meio elegido. A segunda refere que é útil realizar um juízo de comparação do mérito, a fim de perquirir se a importância da obtenção do objetivo requerido é maior que a importância em garantir o direito fundamental relativizado, pela aplicação do meio. Ou seja, contrapõe-se, nesse ponto, a relativização do direito fundamental, efetuada pelo emprego de uma medida, e a finalidade a que se pretende chegar com a aplicação dessa medida. A terceira, e última, consiste na realização de um juízo de eficácia, ou seja, se considera a relação antecedente que condicionou o direito fundamental ao fim perseguido, com base no resultado do juízo de comparação feito acima<sup>191</sup>.

Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano citado por Denilson Feitoza Pacheco, uma vez realizada a ponderação dos requisitos da adequação e da necessidade em determinada medida, segue o juízo da proporcionalidade em sentido estrito que tem a finalidade de avaliar,

---

<sup>189</sup> FELDENS, *A constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 166.

<sup>190</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*, 2003, apud. PACHECO. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 211.

<sup>191</sup> PACHECO. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 211-212.

mediante a análise de valores e ponderação das circunstâncias do caso concreto, se o sacrifício de interesses individuais, fruto da interferência realizada pelo meio, comporta relação razoável com a importância do interesse estatal que se quer proteger (objetivo final). Se o sacrifício desse direito resultar excessivo, o meio deve ser tido como inadmissível, embora satisfaça os outros dois requisitos do princípio da proporcionalidade<sup>192</sup>.

Nesse momento, já é possível notar que o juízo de ponderação realizado pelo princípio da justa medida envolve o exame da intervenção que atinge de maneira negativa um princípio fundamental e a relevância do fim perseguido pelo meio aplicado, seja ele legislativo, judicial ou administrativo. Em suma, o que se visa buscar é qual dos dois valores em jogo, ou seja, direito fundamental e finalidade perseguida (que pode ser um objetivo, um princípio, um direito ou uma garantia), tem maior peso diante do caso concreto. De modo que será necessário proteger um e relativizar o outro, no momento da aplicação do princípio<sup>193</sup>.

Dito isso, necessária se faz a análise de dois critérios usados para determinar o peso dos valores de cada bem jurídico, no caso concreto. Para Ronald Dworkin e Robert Alexy a dimensão de peso é atributo dos princípios e não das regras, mas aplicando o entendimento de Humberto Ávila de que a dimensão de peso é aplicável a qualquer norma jurídica, levando em consideração as condições do caso concreto, passar-se-á a averiguação desses critérios tão importantes para o juízo de ponderação aqui proposto<sup>194</sup>.

O primeiro deles refere-se à dimensão do peso abstrato, ou seja, quanto mais importante for a finalidade, que justifica a utilização do meio, dentro do sistema da Constituição, maior será seu peso de ponderação. O segundo refere-se à dimensão do peso concreto, ou seja, quanto mais intensa for a intervenção no direito fundamental, maior será o peso do direito na ponderação, isto é, quanto mais intensa for a realização da finalidade que justificou o meio, maior será seu peso na ponderação. Assim, quanto mais intensa a intervenção, realizada pelo meio em um direito fundamental, maior terá que ser a segurança de que ela chegará à finalidade proposta<sup>195</sup>.

Nessa senda, a dimensão de peso atribuída tanto ao direito fundamental que está a sofrer a ingerência, quanto em relação à finalidade perseguida, deve ser aferida no caso concreto, através da medição da intensidade da intervenção, que é feita com base no estudo de

---

<sup>192</sup> Ibidem, p. 212.

<sup>193</sup> PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 211-213.

<sup>194</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 55.

<sup>195</sup> PACHECO, op. cit., p. 214.

sua eficácia, rapidez, probabilidade e duração, com que irá contribuir para alcançar o fim almejado. Ou seja, a medida interventiva deve estar revestida de eficácia, rapidez e segurança para contribuir em alcançar o fim e, também, para restringir o exercício do direito em jogo<sup>196</sup>.

Para esclarecer um pouco mais a noção desse subprincípio, relevante se faz considerar a lição de Mariângela Gomes. Segundo seu entendimento, superadas as questões relativas à investigação da adequação e da necessidade, é preciso adentrar em um juízo comparativo entre o objetivo almejado e o meio para alcançá-lo, de modo que o meio e o fim devem resultar proporcionais, um em relação ao outro. Essa valoração comparativa se refere à intensidade que a medida restritiva deve revelar, isto é, quanto mais incisiva for a intervenção estatal na esfera jurídica individual, mais relevante deve ser o interesse social ao qual a medida está direcionada em atingir. Em suma, o peso e a urgência do interesse coletivo justificam a intervenção no direito individual.

Porém, deve-se atentar ao fato de que os direitos individuais também são objeto de proteção jurídica. De forma que, a análise do peso desses dois valores (interesse individual de um lado, e de outro interesse coletivo) deve ser feita com base em uma análise do caso concreto, e não apenas, abstratamente. Ou seja, não se trata de analisar se é possível o sacrifício de um bem jurídico em detrimento do outro, mas sim o quanto esse sacrifício é possível. Esse juízo de ponderação toma vulto no momento em que entram em colisão duas normas igualmente fundamentais. E neste ponto, é necessário buscar o equilíbrio entre os bens constitucionais, estabelecendo a medida que vai determinar a relevância de um em face do outro<sup>197</sup>.

Nesse contexto, a fim de elucidar a aplicação desse dispositivo, são válidas as considerações de Tathiana Guzella acerca do julgamento pelo Tribunal Pleno do STF da ADI 855-2-PR. Essa ação declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que obrigava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, entendendo que havia violação ao princípio da livre iniciativa. Assim:

---

<sup>196</sup> Ibidem, p. 216-218.

<sup>197</sup> GOMES, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. p. 170-172.

O Tribunal analisou o meio utilizado (determinação da utilização da balança), o fim buscado (princípio da proteção dos consumidores) e o princípio colateralmente restringido (princípio da livre iniciativa), aceitando a tese da recorrente de que a utilização de balanças não era totalmente adequada, vez que, segundo parecer do INMETRO, as balanças seriam impróprias para medir o conteúdo dos botijões, e que outros meios supririam tal objeto, tais como lacre, selo, vigilância. Argumentou acerca das desvantagens, tais como despesas pela compra de balanças, repasse de custos para o preço dos botijões, necessidade de deslocamento do consumidor até o veículo transportador, de forma que as desvantagens superam as vantagens. (...) soupesou-se os benefícios e malefícios, utilizando-se do postulado da proporcionalidade a sustentar a declaração de inconstitucionalidade da lei<sup>198</sup>.

Assim, além de a medida de obrigatoriedade da pesagem dos botijões de gás, através de uma balança, ser considerada inadequada pelo INMETRO, ela também seria desnecessária, eis que havia outros meios, menos restritivos ao direito da livre iniciativa, tais como lacre e vigilância, que poderiam ser usados em seu lugar para garantir a proteção dos consumidores. Ademais, a medida também foi considerada desproporcional em sentido estrito, pois a intensidade das restrições causadas pelo meio ao direito em jogo, superavam os benefícios colimados pela finalidade.

Em resumo, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito revela a importância de se realizar um juízo de ponderação, que parte da comparação entre a finalidade pretendida (que pode ir desde um simples objetivo até o resguardo de um direito constitucional) e o direito fundamental a ser restringido, a fim de se chegar a uma decisão que aponte qual dos dois tem maior peso, maior relevância ou importância, a justificar a relativização do outro, diante das circunstâncias do caso concreto.

Finalmente, para melhor compreensão do instituto, importante se faz realizar uma confrontação dos significados dos três subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Nos dizeres de Humberto Ávila:

---

<sup>198</sup> GUZELLA, Tathiana Laiz. *Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso na ordem tributária-penal*. Conpedi. Disponível em <[www.conpedi.org.br/anais/36/15\\_1128.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/15_1128.pdf)> Acesso em 01/04/2013, p. 1978.

Uma medida é **adequada** se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; **necessária**, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; **proporcional ou correspondente**, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. E quando se fala em direitos envolvidos se verifica que o dever de proporcionalidade resulta da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, mas não só disso. A sua aplicação está, de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja devido realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação “meio-fim” objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto. Vale dizer: o dever de proporcionalidade decorre da estrutura do Direito e de suas normas, mas não se esgota nela, na medida em que pressupõe o conflito entre bens jurídicos materiais e o poder estruturador da relação meio-fim[...]<sup>199</sup>. (Grifo do autor).

Portanto, como visto acima, o princípio da proporcionalidade é uma importante ferramenta a guiar a escolha do jurista em caso de colisão de normas, que podem ser princípios ou regras. Nesse sentido, inclui-se na relação de conflito uma medida que pode ser legislativa, judicial ou administrativa, que irá relativizar uma norma em face da outra, a fim de atingir uma finalidade, juridicamente legítima. Mas, para se chegar a uma solução proporcional diante dessa situação conflitante, é necessária a aplicação dos pressupostos supra especificados, o que será demonstrado no capítulo seguinte.

---

<sup>199</sup> AVILA, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Disponível em <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> Acesso em 25/04/2012, p. 23-27.



### **3 AS MEDIDAS CAUTELARES E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: CRITÉRIOS DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO**

As medidas cautelares surgiram no processo penal não apenas visando a solucionar um problema procedimental, mas também um problema de cunho sociológico. Procedimental porque, antes da promulgação da Lei n.11.403/2011 não havia no Brasil um meio termo entre a decretação de uma prisão cautelar e a liberdade provisória, o que veio a ocasionar a banalização do instituto, pois os magistrados não tinham opções diversas quando configuradas as circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva. E, o resultado dessa vulgarização foi a superlotação prisional, o que significa dizer um grande problema social pois, devido ao excesso de indivíduos segregados, havia a mescla de presos provisórios e definitivos. Assim, pessoas supostamente inocentes passaram a conviver com os condenados, o que acabou por resultar em um aumento da criminalidade, finalidade absolutamente diversa da pretendida, tanto pela pena, quanto pela medida acautelatória.

Nesse sentido, é que se mostra imprescindível a busca por um juízo de ponderação que mostre maior coerência e justiça ao se decretar a prisão provisória ou uma medida cautelar. Por certo que as medidas cautelares, por si sós, já se projetam a solucionar parte do impasse social e processual; mas, como na prisão provisória, sua adoção não pode ser banalizada, haja vista que também significa restrição a direitos fundamentais. Assim é importante que haja um critério de equilíbrio ao se decretar uma medida restritiva, visando sempre a primar pela máxima liberdade do acusado, a fim de se evitar a prorrogação do problema acima especificado.

#### **3.1 O impacto social das medidas cautelares no Brasil: o mito da segurança pública**

O surgimento da nova lei de medidas cautelares do Processo Penal Brasileiro, sem sombra de dúvidas, está ligado diretamente à questão da segurança pública, seja em relação ao entendimento de que a nova lei surgiu como resposta à superlotação prisional, seja em relação à ideia de restrição da prisão cautelar àqueles criminosos em que a mesma se mostre

extremamente necessária e adequada para o restabelecimento da ordem social<sup>200</sup>.

Em primeiro lugar, para melhor entendimento do atual problema carcerário, é relevante mencionar algumas das causas do aumento da criminalidade nas últimas décadas no Brasil. Na visão de Paulo Sette Câmara, em 1940 quando do surgimento do atual Código de Processo Penal, os índices de criminalidade eram mais baixos, pois os freios sociais advindos de fatores externos aos disponibilizados pelo Estado, tais como religiosidade, de certa forma funcionavam. Por certo que a mídia não existia e as atrocidades do modelo autoritarista permaneciam anônimas à população, mas o fato é que, para à época o aparato da segurança pública era até satisfatório. Nas décadas seguintes, ocorreram: o desenvolvimento dos meios de comunicação, o aumento populacional urbano, a juventude passou à libertinagem e a consumir drogas. Somados a tudo isso se teve a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inovou muito na área de direitos e garantias, mas nada acresceu à da segurança pública e, por consequência, os conflitos individuais e coletivos aumentaram gerando crimes cada vez mais complexos<sup>201</sup>.

Assim, diante das rápidas mudanças sociais e do crescimento desordenado das cidades, ocorreu uma falência do sistema de Justiça Criminal, que se deu principalmente em razão do aumento excessivo da demanda e da criminalidade, ou seja, uma quantidade infindável de processos-crime acostou-se ao judiciário. Dessa forma, desde então, o descrédito na Justiça e no Estado vem aumentando em face da incapacidade de se oferecer respostas eficazes e imediatas frente ao aumento da violência.

Ainda, no entendimento do autor, o cerne do problema da violência urbana está no modelo brasileiro de resolução dos conflitos pela via judiciária, que é baseado em um código de processo penal obsoleto que não se adequa mais à realidade brasileira. Outra questão é a precariedade do sistema prisional e das polícias, que se dá, principalmente em razão de apenas os Estados investirem nessas áreas, faltando, assim, recursos para que haja o melhoramento do sistema<sup>202</sup>.

Nessa senda, sugere-se como forma de solução plausível ao problema, que a União estabeleça políticas de segurança pública capazes de resolver de forma definitiva e duradoura

---

<sup>200</sup> SANTOS, Tiago Macedo dos; UBEDA Edson Luis Ruiz. *Fiscalização das medidas cautelares diversas à prisão: novas atribuições e desafios da polícia judiciária ou utopia?*. pc.ms. Disponível em <[http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id\\_comp=2053&id\\_reg=7195&voltar=lista&site\\_reg=160&id\\_comp\\_orig=2053](http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id_comp=2053&id_reg=7195&voltar=lista&site_reg=160&id_comp_orig=2053)> Acesso em 01/06/2012.

<sup>201</sup> CÂMARA, Paulo Sette; *Reflexões sobre segurança pública*. Belém: Universidade da Amazônia, 2002, p. 18-22.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 47-49.

os problemas do aumento da criminalidade. Por outro lado, o que acontece é que, além de o Conselho Nacional de Segurança Pública nunca ter saído do papel, faltam recursos orçamentário-financeiros e de cunho pessoal aos entes federados para que, efetivem a segurança pública de forma adequada. Nas palavras do autor “A cômoda posição do Governo Federal decorre da premissa de que segurança pública é competência dos Estados, cabendo à União apenas os ilícitos afetos à Polícia Federal”<sup>203</sup>, dessa forma, não haveria por que a União investir seus recursos nas organizações penais estaduais, o que, certamente, acabou em resultar na crise do sistema. Nesse sentido, mesmo diante do esforço dispensado pelos estados para resolver a questão da segurança pública, dificilmente esta atingirá sua plenitude sem a participação da União federal. Porém essa questão não será discutida aqui, o certo é que o Estado não pode transferir à sociedade responsabilidades que são suas, e a eficiência da segurança é, sem dúvida, responsabilidade do Estado<sup>204</sup>.

Além da falta de recursos, outra causa relevante para o aumento dos delitos é a impunidade, que está refletida no grande espaço de tempo que transcorre entre a prática do fato delituoso e a punição e, quando esta ocorre, acaba por perder seu caráter preventivo e ressocializador. Essa situação de lentidão investigatória e processual se configura por duas razões principais: a primeira está estampada no exorbitante número de leis do sistema jurídico brasileiro, ou seja, tudo que se refere ao processo penal é regulado em mínimos detalhes, e o que sair disso enseja recursos, isso tudo atrasa o procedimento e resulta na impunidade. Nesse sentido, as exigências formais da lei acabam por emperrar tanto o sistema inquisitivo, quanto o judicial. Em segundo lugar, está a enorme quantidade de delitos a serem apurados e processos a serem julgados, somados à ausência de funcionários públicos suficientes a atender a demanda. Por fim, o resultado dessa ilustração, é a sensação de impunidade que se alastra pela sociedade e acaba por estimular a reincidência<sup>205</sup>.

Outra questão determinante para o aumento da criminalidade é a situação prisional brasileira. Por certo que tal problema não é recente, mas nas últimas décadas a crise se agravou. Tal crise se espelha na superlotação, na violência interna, nas rebeliões, e ainda, na corrupção que cerca os presídios. Dessa forma, mesmo com regras impostas pela administração pública carcerária, nos presídios vigora a lei do mais forte, e isso está refletido na formação das facções criminosas. Essas organizações, com o tempo, desenvolvem um

---

<sup>203</sup> CÂMARA, *Reflexões sobre segurança pública*, p.23.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 23-25.

<sup>205</sup> *Ibidem*.

poder político que vai muito além dos limites das prisões, e a prova disso se constata com a entrada de aparelhos de telefone celular, álcool e drogas nos presídios, assim, mesmo com o criminoso preso o crime ainda continua a acontecer, ultrapassando as grades da penitenciária<sup>206</sup>.

A crise dos presídios é profunda e não se resume a isso. As casas penais não atendem aos requisitos de segurança e nem preservam o mínimo necessário de dignidade ao preso. Com o aumento da criminalidade, houve o aumento da população carcerária, e nas últimas décadas ninguém se preocupou em construir mais presídios, gerando assim o grande problema da superpopulação prisional.

Impende referir, que a superlotação das prisões não se restringe a ferir o direito fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana dos presos, em razão das péssimas condições de vida a que são expostos, como também gera um fator muito maior de criminalização, não atingindo o principal objetivo da pena que é reintegrar o indivíduo à sociedade. E isso se dá, mormente, em razão de não haver uma separação ou seleção entre os presos condenados ou os que aguardam julgamento, já que, em razão do número elevado de detentos, os mesmos são segregados juntos. Assim, não se diferenciam os criminosos de maior ou menor potencial ofensivo, o que leva os detidos diante da promiscuidade, à maior criminalização, e não como deveria ser, à ressocialização. Assim, muitas vezes, a restrição da liberdade ao invés de melhorar a pessoa segregada acaba por agravar sua periculosidade.

Diante desse cenário, em maio de 2011, passou a vigorar a nova lei de medidas cautelares, trazendo alternativas à segregação cautelar, no intuito de, pelas razões acima expostas, desafogar as casas prisionais. Assim, é de se considerar que o surgimento das medidas alternativas à prisão preventiva se deu em razão da superlotação dos presídios, mais especificamente no que diz respeito aos presos provisórios<sup>207</sup>.

Na lição de Luiz Flávio Gomes, o sistema cautelar do processo penal brasileiro sempre se caracterizou pela binariedade ou bipolaridade, ou seja, decretação de prisão ou concessão de liberdade, carecendo, pois de medidas intermediárias que possibilitassem ao juiz evitar o encarceramento desnecessário. O resultado desse sistema foi a banalização da segregação cautelar, dessa forma, muitos brasileiros foram e estão encarcerados desnecessariamente<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> CÂMARA, *Reflexões sobre segurança pública*, p. 64.

<sup>207</sup> NUCCI, *Prisão e liberdade*, p. 26.

<sup>208</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 27-29

É de se referir os dados alarmantes trazidos pelo autor que dão conta de que, no ano de 2010, antes de vigorar a nova lei, 44% dos presos eram provisórios. Importante mencionar que, no ano de 1990, apenas 18% da população carcerária representava os presos preventivamente. Assim, fazendo um comparativo entre os anos de 1990 e 2010 o número de presos provisórios cresceu 13,5 vezes, enquanto que o número de presos efetivamente condenados, nesse período, cresceu apenas 04 vezes<sup>209</sup>. Não é de se negar a necessidade e a importância do surgimento de medidas alternativas à prisão, pois na opinião de Luis Flávio Gomes:

O sistema carcerário brasileiro e, dentro dele, a prisão provisória (também chamada de prisão cautelar ou preventiva), é um dos problemas e dos entraves mais chocantes da nossa evolução civilizatória. Não existe prisão no nosso país que atenda a todas as exigências internacionais, constitucionais e legais. A teoria, na prática, é bem diferente. O plano do dever ser (normativo) é bem distinto do plano do ser (realidade). As normas jurídicas dizem como deveriam ser os presídios. A triste e horrível realidade não corresponde em quase absolutamente nada a essa teoria. Não existe preso que não esteja recolhido de forma inconveniente, inconstitucional e ilegal. A única explicação (que não se confunde com justificção) para isso é o nosso estado de guerra civil permanente (Luís Mir) de todos contra todos (como descreve o filósofo Hobbes, em seu livro *Leviatã*).<sup>210</sup>

Nesse sentido, para contornar o problema prisional já não bastavam mais as penas alternativas à restrição da liberdade, era necessária a criação de medidas alternativas também à prisão cautelar, já que esta é a principal responsável pela superlotação carcerária.

A nova lei ampliou o rol de atribuições da Polícia Judiciária no que tange à repressão ao crime. Dessa forma, agora existem, no processo penal, onze medidas de natureza cautelar, nove delas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, uma no artigo 320 do mesmo diploma legal, e a prisão preventiva, que já era prevista anteriormente, as quais poderão ser utilizadas pelos juízes para a proteção dos interesses sociais ameaçados pela conduta do autor do fato.

Por outro lado, é de se considerar que o cumprimento e a eficaz fiscalização das medidas alternativas estão diretamente ligados à questão de segurança pública. Assim, para garantir a efetividade dessas medidas, será necessária a realização de uma fiscalização de qualidade por parte do Judiciário e das outras instituições responsáveis pela segurança no

---

<sup>209</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 27-29.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 28

país, caso contrário tais medidas não passarão, meramente, de regras formais<sup>211</sup>. No entanto é de se considerar a falta de estrutura do Brasil e a provável incapacidade de monitoração de tais medidas. Na opinião de Luiz Eduardo de Souza Santa'anna Pinheiro, as deficiências de ordem material e humana existentes no país revelam a dificuldade da operacionalidade na fiscalização de tais medidas. Referiu ainda, como exemplo, que muitas vezes, quando se determina judicialmente a internação de um réu em uma clínica de tratamento, não há vagas disponíveis, questionando, assim, como será possível arrumar vagas para tantos criminosos que necessitem de uma espécie diferenciada de tratamento<sup>212</sup>.

Como uma alternativa à solução desse impasse sugerem os delegados Tiago Macedo dos Santos e Edson Luís Ruiz Ubeda que a polícia judiciária passe a fazer a fiscalização *latu senso* do cumprimento das medidas impostas, sem prejuízo da fiscalização exercida por outros órgãos. Assim, em caso de desobediência, poderia a autoridade policial representar em juízo pela substituição ou cumulação das medidas, ou ainda pela decretação da prisão preventiva ao transgressor. Mesmo diante da omissão legislativa, em relação a isso, entende-se que, por ser esta uma lei infraconstitucional, está a mesma submetida à Constituição Federal, por outro lado, compreendido o direito de segurança como um direito fundamental, sendo a promoção da segurança pública de responsabilidade de todos, mas principalmente do Estado, pelas instituições que o integram, não há nenhum óbice que a fiscalização e efetivação das medidas cautelares pessoais também sejam realizadas pelas polícias. Mas, para que tudo isso dê certo, seria necessária a concessão de autonomia administrativa e financeira a polícia judiciária<sup>213</sup>.

Por fim, certo é que as medidas liberatórias prometem solucionar algumas questões referentes à segurança pública, já que elas vieram como uma forma de amenizar o problema do excesso de prisioneiros nos estabelecimentos penais. Mas é de se ponderar que o problema da segurança brasileira vai muito além da superlotação prisional. O ponto nodal desse impasse reside no fato de inexistirem políticas públicas adequadas à repressão e prevenção de delitos, não sendo a imposição de mais ou menos penas, ou a implementação de medidas

<sup>211</sup> SANTOS UBEDA, *Fiscalização das medidas cautelares diversas á prisão: novas atribuições e desafios da polícia judiciária ou utopia?*. pc.ms. Disponível em <[http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id\\_comp=2053&id\\_reg=7195&voltar=lista&site\\_reg=160&id\\_comp\\_orig=2053](http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id_comp=2053&id_reg=7195&voltar=lista&site_reg=160&id_comp_orig=2053)> Acesso em 01/06/2012.

<sup>212</sup> PINHEIRO, Luiz Eduardo de Souza Sant'Anna. *Nova lei das prisões*. fesmp. Disponível em <<http://www.fesmp.com.br/upload/02/830663034.pdf>> Acesso em 24/08/2011.

<sup>213</sup> SANTOS; UBEDA, *Fiscalização das medidas cautelares diversas á prisão: novas atribuições e desafios da polícia judiciária ou utopia?*. pc.ms. Disponível em <[http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id\\_comp=2053&id\\_reg=7195&voltar=lista&site\\_reg=160&id\\_comp\\_orig=2053](http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id_comp=2053&id_reg=7195&voltar=lista&site_reg=160&id_comp_orig=2053)> Acesso em 01/06/2012.

intermediárias que irão solucionar essa questão de forma definitiva. O sistema administrativo brasileiro está falido, e isso se nota principalmente na ineficiência dos meios de garantia dos direitos de dignidade mínima à vida dos cidadãos, seja educação, saúde, policiamento, entre tantos outros. Dessa forma é de se concluir que a mácula da segurança pública é muito mais profunda do que aparenta ser, indo para além do alcance da esfera do direito ou do processo penal.

### **3.2 O juízo de ponderação como proibição de excesso e proibição de proteção deficiente**

Nesse ponto, já é possível perceber que a decretação de uma medida cautelar, principalmente a prisão preventiva, não pode ocorrer sem que haja a devida ponderação e fundamentação. Assim, nesse momento, far-se-á um estudo, acerca de dois critérios que podem ser usados como balizadores no juízo de ponderação aqui proposto, que são a proibição de excesso e a proibição da proteção deficiente.

Edilson Bonfim, após sua explanação acerca do princípio da proporcionalidade e sua teoria tripartida, fez menção à concepção da proibição de infraproteção ou proibição da proteção deficiente, referindo-a como a outra vertente ou modalidade do princípio da proporcionalidade. Ele refere, nesse sentido, que o Estado que se obrigar, por uma Constituição, a tutelar bens e valores fundamentais, como a vida, liberdade, honra, deverá fazê-lo na melhor medida possível<sup>214</sup>.

Já, em relação à proibição de excesso, refere que o Estado ao exercer suas funções tanto de acusador quanto de julgador deve agir de modo a evitar qualquer excesso. Nesse aspecto, para o jurista, há total identificação, da concepção ora estudada, com o princípio da proporcionalidade. Isto é, não deve se admitir que, sob o pretexto de combater infrações penais, o poder estatal cometa excessos nas restrições dos direitos individuais. Assim, no momento em que houver a interferência, por parte do Estado, em um direito fundamental, deve se observar um controle intersubjetivo dessa atuação, para que não sejam cometidos abusos.

Nesse sentido, é possível afirmar que o princípio da proibição de excessos atua na chamada proteção vertical, enquanto que o princípio da proibição da proteção deficiente atua na proteção horizontal. Destarte, enquanto o primeiro consiste na garantia da esfera individual

---

<sup>214</sup> BONFIM, *Curso de processo penal*, p. 60-65.

do cidadão, contra abusos praticados pelo Estado, por ocasião da limitação de direitos fundamentais, o segundo representa a proteção que o Estado precisa oferecer à sociedade contra agressões de terceiros, visando a impedir tais atentados ou punir os transgressores, garantindo eficazmente o direito à segurança, tutelado pela Constituição Federal.

O jurista chama atenção, ainda, para o fato de esses princípios funcionarem tanto para o controle do poder legislativo, no momento da criação de uma lei, quanto para o poder judiciário, no momento de aplicação dessa lei. Por fim, vale dizer que a infringência ao princípio da proporcionalidade, em qualquer das suas duas vertentes, acarreta a nulidade do ato estatal, inclusive em razão da sua inconstitucionalidade.

Para melhor entender a aplicação concreta desse princípio o autor traz dois exemplos. O primeiro, em relação à violação do princípio da proibição da infraproteção, ao referir que, se o legislador criasse uma lei com um número demasiado de recursos no processo penal, de forma a inviabilizar a aplicação do direito, essa lei seria nula e inconstitucional, pois desproporcional. Mas, desde que ficasse provado que, ao final do processo, em razão da demora da tramitação e dos prazos processuais, fosse impossível ocorrer a punição do delinquente, já que, provavelmente, incorreria a prescrição do delito. Obtido esse resultado, ficaria demonstrada que a presente lei constitui um obstáculo ao exercício do dever do Estado no que tange garantir a segurança pública, significando verdadeira violação à vertente da proibição da proteção deficiente.

O segundo exemplo é, em relação à violação do princípio da proibição de excesso, desse modo, refere o autor que, se o poder judiciário decretar uma prisão preventiva na ausência da configuração de seus requisitos, esta deverá ser considerada nula, em razão do desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e do estado de inocência, bem como pelo fato de ser uma restrição ilegítima ao direito de liberdade, demonstrando constituir em um verdadeiro excesso na atuação do ente estatal<sup>215</sup>.

No mesmo sentido, é o entendimento de Luciano Feldens ao mencionar que a proporcionalidade como proibição de excesso, na prática, serve para invalidar a incidência de uma medida restritiva de direitos, referindo que isso será constatado no momento em que se realizar um juízo negativo das três parciais da proporcionalidade. Assim, por exemplo, será inadequada a tipificação de uma conduta que for irrelevante ao mundo externo, isto é, que não

---

<sup>215</sup> BONFIM, *Curso de processo penal*, p. 60-65.



representar lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico de terceiro, não sendo o direito penal um meio adequado para obstar sua prática. Isso pode ser dito em relação ao adultério, incesto ou homossexualismo<sup>216</sup>.

Em relação ao elemento da necessidade, refere que a conduta pode até representar alguma relevância social, requerendo certa intervenção do poder público, mas, mesmo assim, o Direito Penal não será o meio necessário para reprimi-la se ela não expuser a perigo bem jurídico pertencente a terceiro, seja individual ou coletivo, sugerindo, nesse caso, que outras esferas do direito, menos invasivas, poderiam chegar à mesma finalidade. O autor refere, nesse sentido, o crime de aborto feito pela gestante ou com seu consentimento, baseado em uma decisão do TCF alemão, que concluiu que o legislador ao invés de penalizar a conduta, deveria se direcionar a um aconselhamento legal de proteção da vida intrauterina, não afastando-se o Estado, assim, do seu dever de proteção<sup>217</sup>.

Finalmente, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, menciona o autor um caso em que deve ser aplicado o princípio da insignificância penal. Assim, por exemplo, visualize-se o crime de descaminho. Nesse caso, a norma penal é adequada ao fim a que se destina, ou seja, proteção da indústria e comércio brasileiros, bem como necessária, pois, as fronteiras aduaneiras não conseguem coibir a prática ilícita com a mesma eficácia, mas, se diante do caso concreto, a superação do limite de isenção para entrada de mercadoria estrangeira no país for mínima, de modo que se comparada à pena prevista para o crime, resultar desproporcional, então não deverá ser aplicada a medida ao caso<sup>218</sup>.

Por sua vez, a proibição da proteção deficiente ensina que cabe ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais de forma eficaz e, a partir do momento em que se considera a Constituição como limitadora dessa atuação, de modo a não permitir que a proteção fique abaixo de um grau mínimo, resultando insuficiente, é que se verifica o caráter de imperativo de tutela de alguns direitos. Diferentemente do que ocorre com a proibição de intervenção excessiva, em que a legitimidade do agir estatal é questionada em face da medida específica adotada, aqui a validade da atuação se estabelece em face de várias medidas possíveis de serem adotadas visando à proteção do direito fundamental, podendo ser elas administrativas, civis ou penais<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> FELDENS, *Direitos fundamentais e direito penal* p. 86-88.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 86-87.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 87-88.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 90-91.

No campo do poder legislativo, mais especificamente na tutela dos direitos fundamentais, o autor refere que a proibição da infraproteção deve funcionar como uma diretriz a ser seguida, visando à suficiência das medidas legislativas, a fim de tornar a proteção adequada e necessária. Nesse sentido, a decisão conhecida como “Aborto II”, acima mencionada, refere que, para não haver a violação desse postulado, a determinação legal deve corresponder a exigências mínimas, ou seja, a proteção exigida pela lei, em relação ao direito fundamental, deve ser pequena para que resulte necessária, adequada e eficaz ao exercício desse direito. Pois, na medida em que as exigências são mínimas, o desenvolvimento do direito fundamental, por parte de seu titular, se dá em maior escala, ou seja, quanto menor for à proteção exigida em relação a um direito, maiores são as chances de que o Estado cumpra com seu dever de proteção, assegurando, assim, adequada e eficazmente o desempenho desse direito.

Esse mecanismo permite ao intérprete verificar se um ato estatal está ofendendo direito e garantias individuais, e muitas vezes esse ato ofensivo será uma omissão<sup>220</sup>. Em resumo, o autor expõe que:

A proibição da proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional<sup>221</sup>.

Por outro lado, no plano do poder judiciário, a adoção dessa concepção admite sejam afastadas a aplicação de normas que determinem uma situação de desproporcionalidade entre os bens jurídicos passíveis de proteção. Por exemplo, quando oferecerem uma garantia maior a certos bens em detrimento de outros, mais valiosos, ou retirarem a proteção anteriormente conferida a um direito fundamental, gerando, assim, um ambiente de insuficiência protetiva. Um caso ilustrativo seria a penalização do homicídio tão somente com sanções pecuniárias.

---

<sup>220</sup> FELDENS, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 91-92.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 92.

A partir disso, pode-se dizer também que os campos de trabalho do legislador e do julgador estão limitados por dois fatores. Em primeiro lugar, pela vedação de excessos em relação ao sujeito privado de sua liberdade (logo, o infrator), em segundo lugar, pela proibição da proteção deficiente em prol da vítima e demais cidadãos que necessitam da tutela estatal, sendo que da proibição da proteção excessiva deve se extrair a medida máxima de garantia, e da proibição da infraproteção deve se extrair a medida mínima. Nesse sentido, o campo de atuação discricionária dos operadores do direito ficaria firmado pela medida mínima e pela medida máxima<sup>222</sup>, de modo a permitir, através da proteção normativa adequada e eficaz, o desenvolvimento em maior escala do direito fundamental, por parte de seu titular<sup>223</sup>.

Dessa forma, é imperativa a verificação que o exame da legalidade e constitucionalidade de uma medida estatal a ser adotada, com o fito de proteger um direito fundamental, converge, de um lado, na vedação da ingerência excessiva nos direitos fundamentais do indivíduo atingido, configurando o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso, e de outro lado, essa proteção não pode ficar abaixo do nível mínimo admitido constitucionalmente, configurando assim, o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente. Deste modo, afastados tanto os excessos quanto as carências de proteção, atingida está a finalidade do sistema de proteção dos direitos fundamentais, qual seja, uma proteção eficiente, nem excessiva e nem insuficiente<sup>224</sup>.

Segundo Feldens, a posição dominante da doutrina é que a apreciação do mínimo necessário reside na segunda fase do exame do princípio da proporcionalidade, ou seja, no juízo de ponderação da parcial necessidade. Assim, na proibição de excesso seria necessário apenas o meio que, dentre outros apropriados disponíveis, menos onerasse o direito individual afetado e, na proibição da proteção insuficiente, a constatação da necessidade da medida se dá no momento em que se conclui que, para o cumprimento da finalidade constitucional inexistiriam, ao caso, alternativas mais suaves.

Por fim, é de se mencionar que o autor classifica a proibição da proteção deficiente como categoria dogmática autônoma, em razão de possuir consequências próprias, no que concerne à vedação de excesso, embora seja dela derivada. Sua função autônoma consiste, em primeiro identificar se existe um dever de proteção (ou seja, um imperativo de tutela), e

---

<sup>222</sup> FELDENS, *A constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 109-110.

<sup>223</sup> Idem, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 93-94.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 94.

segundo, em que termos este dever deve ser realizado pelo direito infraconstitucional, levando em consideração o limite mínimo de garantia estabelecido pela Constituição. Isto é, o seu funcionamento se baseia em primeiro ver se existe um direito passível de proteção, ou seja, se a proteção é necessária, depois se pergunta como essa proteção ou tutela será realizada. Assim, a proibição da proteção deficiente deve ser um recurso auxiliar na determinação da medida de prestação legislativa ou jurisdicional.

Cabe referir ainda que o jurista cita várias decisões do STF em que foi utilizado o postulado da proibição da proteção deficiente, entre elas o julgamento do Recurso Especial 418.376 (D.J. 23/03/2007) que afastou a aplicação do, atualmente revogado, inciso VII, do artigo 107 do Código Penal, que previa a extinção da punibilidade do autor do estupro caso o mesmo casasse com a vítima. Conforme o voto do Ministro Gilmar Mendes:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais da 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<sup>225</sup>.

Em razão disso, não há como deixar de fazer algumas considerações acerca do garantismo penal, a fim de perceber a sua influência nas duas concepções estudadas. Em primeiro lugar, é de se referir que a teoria garantista é fruto do Estado Constitucional de Direito e está atrelada à finalidade da máxima efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a base para sua aplicação é a Constituição, e sua tarefa principal é garantir a promoção dos direitos fundamentais. Em segundo lugar, compete ao legislador editar instrumentos necessários à proteção desses direitos, com o objetivo de minimizar as violações provenientes de terceiros, bem como conter a arbitrariedade do poder público.

Em outras palavras, para o sucesso da teoria garantista é necessário que os direitos fundamentais, diante de sua dinâmica funcional, operem como vedação à intervenção estatal e imperativos de tutela, ou seja, demonstrem sua necessidade de proteção jurídica. Alerta-se ainda para o fato de que a teoria não impede a limitação dos direitos individuais, nem mesmo

---

<sup>225</sup> FELDENS, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 96.

a intervenção estatal, pois há de se levar em consideração que a vida em sociedade acaba por gerar conflito de direitos, onde para a solução será necessária a restrição de um direito em prol de outro e, para que isso aconteça, por certo, haverá a ingerência do Estado<sup>226</sup>.

Segundo Feldens, a aplicação da teoria garantista no direito penal se justifica na premissa “de que a configuração de um direito de liberdade mediante a imposição de limites ao seu exercício é condição necessária a sua integração em um ambiente de coexistência de liberdades”<sup>227</sup>, o que significa dizer que o direito à liberdade de um sujeito inserido em uma sociedade não pode ser ilimitado, pois ele irá entrar em choque com os direitos dos demais cidadãos, daí porque a legitimidade e, por vezes, a necessidade de intervenção do direito penal, como forma de limitação e garantia dos direitos individuais e fundamentais.

Deste modo, o princípio do Estado Constitucional de Direito, além de exigir a garantia dos direitos sociais contra o poder estatal, também exige a defesa dos mesmos contra terceiros. De forma que, não pode o Estado se abster dos meios preventivos e repressivos para a proteção desses direitos, quando isso se mostrar necessário à garantia da segurança e da liberdade dos cidadãos. Nesse momento, é que o Direito Penal mostra sua importância, consistindo em um meio eficaz na preservação dos interesses constitucionais, desde que ajustado ao modelo de Estado Social e Democrático de Direito. Assim, há momentos em que o Estado não pode interferir, mas há outros momentos em que não pode deixar de intervir.

Por fim, a projeção da teoria garantista ao direito penal deve ser entendida como uma forma de promoção do equilíbrio entre as várias funções atribuídas aos direitos fundamentais, significando, em suma, limitação à intervenção estatal (de forma a evitar arbitrariedades), e também, a proteção dos direitos individuais frente à ameaça de terceiros<sup>228</sup>.

Nesse ponto cabe referir a opinião de Amilton e Salo de Carvalho acerca do tema, ao afirmar que o garantismo penal é um “esquema tipológico” e ideal que visa ao máximo grau de proteção dos direitos, bem como a limitação funcional do legislador e do juiz, de modo a controlar o poder punitivo, garantindo os cidadãos contra ingerências arbitrárias, tanto públicas, quanto privadas<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> FELDENS, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 96.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p.65-72.

<sup>229</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21.

Com efeito, semelhante ao raciocínio de Feldens é o ponto de vista de Ingo Sarlet, que elucida que no Direito Penal e Processual Penal, o princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso, funciona como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, uma vez que direciona o Estado, no momento em que limitar um direito fundamental de alguém que, por exemplo, possa estar violando direito de terceiro, a fazê-lo de forma proporcional. Nesse sentido, é de se referir que, nesse campo, a proporcionalidade funciona como um limite da intervenção estatal sobre os direitos fundamentais<sup>230</sup>.

Por sua vez, em relação a sua faceta de proibição da proteção deficiente, a proporcionalidade atua de modo a evitar que o Estado frustrate o seu dever de proteção agindo de modo insuficiente, ou seja, ficando abaixo dos níveis mínimos (de adequação e eficácia) exigidos pela Constituição para a garantia de um direito, ou, mesmo, se omitindo nessa função. Nesse sentido, deve o poder estatal, mediante obediência da vedação da infraproteção, primar pela suficiente realização de seus deveres de proteção.

Ainda, refere que o postulado normativo, como proibição de excesso, desdobra-se em três elementos, já referidos anteriormente, a saber, adequação ou conformidade (que se refere ao controle de viabilidade de alcançar o fim almejado por determinada medida), necessidade (direciona-se em alcançar o meio menos gravoso ao direito a ser restringido), e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito (que resulta em encontrar um equilíbrio entre os meios usados e os fins colimados)<sup>231</sup>. Nesse sentido, destoa do pensamento de Luciano Feldens, eis que o mesmo direciona tanto proibição de excesso, quanto proibição de proteção insuficiente ao juízo de ponderação do elemento da necessidade do postulado da proporcionalidade<sup>232</sup>.

Em relação à proibição de insuficiência, menciona o autor não haver ainda explicações dogmáticas tão esclarecedoras quanto sua abrangência, em razão de se tratar de um instituto recente, mas afirma, concordando com Feldens, que sua aplicação prática deve estar ligada por uma relação de congruência com a ideia de proibição de excesso, de forma que esta seja a medida máxima; e aquela, a medida mínima a limitar o agir do poder público. Mas, ao mesmo tempo em que ambos os postulados se vinculam, eles apresentam funções diversas, pois, enquanto a proibição de excesso visa a controlar a legitimidade de uma intervenção pública

---

<sup>230</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, IBCCRIM, a. 12, v. 47, p. 100-122, 2004, p. 100-122.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 105-122.

<sup>232</sup> FELDENS, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 96.

em um direito fundamental, a proibição da insuficiência visa a assegurar a garantia de um direito fundamental, frente às omissões ou o agir insuficiente do poder estatal em sua proteção<sup>233</sup>.

Nesse diapasão, é de se concluir que existe um ponto comum entre eles que é o critério da utilidade ou conveniência na eleição da medida restritiva e, também, no imperativo de tutela ou dever de proteção que incumbe o poder público.

Para melhor entendimento da temática, Ingo traz alguns exemplos acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição da proteção deficiente, entre eles destaca a violação dos princípios da proporcionalidade e da isonomia no que atine à comparação do apenamento do furto qualificado e do roubo majorado, citando voto vencido da decisão da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, que afirmou que a punição de furto e roubo praticado nas mesmas circunstâncias deve ser idêntica, ou seja, ao invés da penalização ser fixa no furto, conforme o dispõe o parágrafo quarto, deverá a pena ser aplicada na modalidade simples e aumentada de um terço a metade. Assim, a pena do furto se mostra absolutamente desproporcional se considerado que a sua prática em concurso de agentes eleva a reprimenda ao dobro, e a prática de um roubo nas mesmas condições eleva a pena em apenas um terço.

Por fim, o jurista conclui asseverando que o princípio da proporcionalidade no Direito Penal, além de ser visto como critério legitimador das medidas que limitam direitos fundamentais, deve ser concebido em sua dupla finalidade de proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, eis que, nesse sentido, guarda a dogmática da necessidade e do equilíbrio. Revela ainda, que a existência do garantismo e do Estado Democrático de Direito dependem do uso da noção de proporcionalidade e da capacidade de dar respostas adequadas, ou seja, condizentes com os princípios constitucionais previstos, em relação ao conflito de valores que surgirem<sup>234</sup>.

Diversamente do entendimento até aqui exposto, é a noção de proibição de excesso proposta por Humberto Ávila que, em resumo, representa um limite à realização das finalidades constitucionalmente propostas, proibindo a restrição excessiva de um direito fundamental. Refere que a proibição de excesso estará presente sempre que houver a

---

<sup>233</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, IBCCRIM, a. 12, v. 47, p. 100-122, 2004, p. 100-122.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 110-122.

limitação de um direito fundamental, não podendo ser confundida com o postulado da proporcionalidade, pois, este, para ser aplicado, exige uma relação de causalidade entre meio e fim, bem como a investigação dos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>235</sup>.

Assim, na vedação de excessos, a aplicação de uma regra ou princípio constitucional não pode significar o cerceamento de um direito a ponto de retirar-lhe sua mínima eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode significar a prostração da livre iniciativa, ou seja, nesse juízo de ponderação, o único questionamento que se faz é se a medida restringe demasiadamente um direito fundamental, não se discutindo os motivos ensejadores dessa medida, nem mesmo a legitimidade do fim, ou, sequer as justificações públicas para sua adoção, como é feito no juízo da proporcionalidade.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o exame da proibição de excesso visa à proteção de um direito ou princípio fundamental, no sentido de evitar que uma medida interventiva atinja seu núcleo essencial, e isso ocorrerá quando a restrição ao direito, em questão, for excessiva.

Para melhor elucidar a diferenciação dos postulados acima mencionados, o autor elabora um exemplo. Considere que o poder público, a fim de proteger os consumidores, determine que os supermercados etiquetem, com os preços, todos os produtos vendidos. A medida (etiquetar produtos) serve de meio para chegar a um fim (proteção dos consumidores), mas acaba por restringir o direito de livre exercício de atividade econômica. Nesse caso, pode haver o uso do postulado da proporcionalidade, assim, na verificação da adequação, tem-se que a medida adotada contribui gradualmente para a realização da finalidade proposta, na análise da necessidade conclui-se pela inexistência de outro meio alternativo disponível, igualmente idôneo, para a proteção dos consumidores, eis que o código de barras promove com menos intensidade essa finalidade. E, por fim, na avaliação da proporcionalidade em sentido estrito, considerando as vantagens e desvantagens da adoção da medida, a conclusão a que se chega é que, apesar de não haver outro meio igualmente idôneo para atingir a finalidade, o nível de restrição ao princípio do livre exercício de atividade econômica é desproporcional se comparado ao grau de efetivação do princípio da proteção dos consumidores, eis que para etiquetar todos os produtos de um supermercado haverá

---

<sup>235</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 133-137.



demasiados custos tanto administrativos, quanto em relação ao trabalho humano empregado. Portanto, apesar de adequada e necessária a medida é considerada desproporcional.

Diante desse caso, é possível perceber que, durante a análise dos três elementos da proporcionalidade, não houve questionamento acerca da restrição ao núcleo intangível do princípio do livre exercício da atividade econômica. Por outro lado, ao realizar essa verificação resta claro que o supermercado não irá à falência ao adotar essa medida, nem mesmo seus direitos à liberdade serão destruídos e, mesmo assim, a medida foi considerada desproporcional. Dessa forma, constata-se que ela é desproporcional, mas não excessiva, eis que não invade o núcleo substancial do direito fundamental.

Portanto, é de se concluir que os exames da proporcionalidade e da proibição de excesso são independentes e não se comunicam entre si, ou seja, o método de controle estipulado por cada postulado é diverso, pois uma medida pode ser concebida como excessiva, mas não desproporcional (eis que para a ponderação da proporcionalidade é necessária uma relação causal entre meio e fim) e vice-versa, como o acima exposto<sup>236</sup>. Nesse sentido, Ávila afirma que:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *proibição de excesso*: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim.<sup>237</sup> (Grifo do autor).

Para finalizar a concepção do jurista, é de se ressaltar que ambos os postulados ou metanormas (assim por ele classificados), estão direcionados à realização de um exame relativo à aplicação de outras normas de um ordenamento jurídico. Vale dizer, eles determinam o modo como essas outras normas devem ser administradas, seja por meio de critérios ou de medidas. Nessa senda, não visam a atribuir sentido a regras ou princípios, mas, sim, buscam estruturar a aplicação racional dos mesmos. Por essa razão é que são considerados postulados ou metanormas, haja vista que estruturam a execução de outras normas jurídicas<sup>238</sup>.

Por outro lado, situa-se o entendimento de Paulo Bonavides ao asseverar que o

---

<sup>236</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 133-137.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>238</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 166.

princípio da vedação de arbítrio se confunde com o elemento da adequação do princípio da proporcionalidade<sup>239</sup>. Em contraposição a essa opinião, está o entendimento de Denilson Feitoza, que afirma que a proibição de excesso só se identificaria com o pressuposto da adequação se este exigisse que o meio facilitasse quantitativamente a obtenção do fim. No entanto, na sua concepção, esse juízo de valor não ocorre durante a análise da adequação e, sim, durante o exame da necessidade, eis que a mesma busca a aplicação da medida mais branda em termos de restrição ao direito fundamental, o que se identifica com a noção estabelecida por Luciano Feldens, acima estudada. Nessa senda, considerando que a restrição excessiva de um direito fundamental só se justifica se a medida de intervenção realizar a finalidade em seu grau máximo, pode-se dizer que o princípio da vedação de excesso também, relaciona-se com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>240</sup>.

Segundo o autor, atualmente o princípio da proporcionalidade vem sendo repensado a fim de se incluir em seu conceito, além da doutrina da proibição de excesso, a proibição da proteção deficiente. Essa última se refere às prestações positivas dos direitos fundamentais, ou seja, significa ao poder estatal o dever de trazer mais eficácia na prestação dos direitos de proteção ou de defesa dos cidadãos<sup>241</sup>.

Diante dessas disposições, o jurista conclui que tanto a vedação de excesso quanto a vedação da infraproteção, não decorrem do princípio da proporcionalidade em si, mas sim, dos objetos que se referem a ele, ou seja, decorrem das funções de eficácia dos direitos fundamentais, que podem versar a respeito de finalidades de defesa ou de prestação positiva. Em outras palavras, esses dois postulados decorrem dos entes normativos submetidos ao método trifásico de aplicação do princípio da proporcionalidade, que inicialmente eram compreendidos apenas os direitos fundamentais como princípios. Agora, entretanto, se abrangem também, direitos, garantias, princípios, regras, objetivos, bens jurídicos constitucionais, sejam ou não fundamentais. Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade não se confunde com os postulados da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente<sup>242</sup>.

A partir dessa análise é possível notar que ideias dissonantes circundam a aplicação e o enquadramento dos postulados da proibição de excesso e da proibição da proteção

---

<sup>239</sup> BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 397.

<sup>240</sup> PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 131-133.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 131-133.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 131-133.

deficiente. Para Ingo Sarlet<sup>243</sup> e Luciano Feldens<sup>244</sup>, em suma, ambos os postulados enquadram-se no próprio princípio da proporcionalidade, constituindo sua dupla face, no sentido de que a vedação de excesso é determinante da medida máxima restritiva de um direito, e a proibição da infraproteção define a medida mínima que deve ser empregada para a tutela de uma garantia ou de um dever de proteção. Nesse sentido, ambas fazem parte do postulado da proporcionalidade, pois trazem um senso de equilíbrio às medidas de cerceamento de um direito fundamental.

Em contrapartida, está o pensamento de Humberto Ávila<sup>245</sup> que afirma que, no momento da execução prática das metanormas da proibição de excesso e da proporcionalidade, ocorre sua principal diferenciação. Pois, em síntese, enquanto a primeira direciona-se a não permitir a invasão ao núcleo vital de um direito por parte de uma medida interventiva; a segunda requer, além da existência de uma relação causal entre o meio e o fim, o preenchimento dos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para que a medida seja considerada legítima. Dessa forma, para o jurista, os postulados não se identificam.

Nesse sentido, situa-se também a ideologia de Denilson Feitoza Pacheco<sup>246</sup>, mas para ele as dogmáticas da proibição de excesso e da proibição da infraproteção decorrem das características dos direitos ou regras submetidos à análise da proporcionalidade, a depender de suas funções como normas impositivas da atuação estatal limitadora de um direito ou como normas que determinam o dever de proteção ou garantia dos direitos fundamentais.

A par de toda essa discussão, é de se ponderar ainda, alguns pontos de convergência entre os juristas. A proibição de excesso é a garantia dos cidadãos contra atos arbitrários do Estado, e a proibição da proteção deficiente é o escudo fornecido pelo Estado aos cidadãos contra atos praticados por terceiros que, em qualquer dos casos, venham a resultar em violação de direitos. Nesse sentido, é de se concluir que ambos os postulados apresentam semelhanças com o ideário da teoria garantista, na medida em que visam a propiciar a máxima efetivação dos direitos fundamentais dentro de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

---

<sup>243</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, a. 12, v. 47, p. 100-122, 2004, p. 100-122.

<sup>244</sup> FELDENS, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 96.

<sup>245</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 133-137.

<sup>246</sup> PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 131-133.

### 3.3 O juízo de ponderação nas medidas cautelares e na prisão preventiva

Em primeiro lugar, antes de se adentrar no assunto do juízo de ponderação propriamente dito, entre medidas cautelares diversas e prisão preventiva será necessária a menção a algumas premissas.

Nesse sentido, o artigo 5º da Constituição Federal consagra os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos, dispondo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade<sup>247</sup>. Dessa forma, é possível notar que os direitos à liberdade e à segurança estão protegidos, em abstrato, de forma igualitária pela Carta da República e, é a respeito desses dois direitos que desvela o presente juízo de ponderação.

Ainda, é de suma importância fazer algumas considerações a respeito da colisão entre direitos fundamentais. Em primeiro lugar, deve se partir da premissa de que as normas que versam sobre direitos fundamentais têm natureza de princípio, e de tal forma, são mandados de otimização, diferentemente das regras que, por serem mandados definitivos, exigem que se faça exatamente o que nelas está descrito.

Nessa conjectura, os princípios, quando em colisão, se resolvem na dimensão de peso, eis que não são absolutos, não se enquadrando na lógica do tudo ou nada da dimensão de validade das regras. Dessa forma, a antinomia de direitos de natureza principial deve ser resolvida em diferentes graus, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Vale dizer que, diante da ponderação desses bens, mediante a observância das condições do caso, um direito deverá prevalecer sobre o outro. Podendo-se concluir que o maior peso de um princípio será determinado pela existência de razões suficientes à sua prevalência em dado caso concreto<sup>248</sup>.

Por outro lado, a colisão entre direitos fundamentais acontece em razão de a Constituição proteger simultaneamente valores que se contrapõem e, esse antagonismo não se resolve no plano de interpretação em abstrato e sim, no caso concreto. Em outras palavras, os conflitos ocorrem, pois os diferentes direitos estão expressos em normas constitucionais com idêntica hierarquia e força vinculativa, de modo que se faz imprescindível uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade constitucional, concedendo na

---

<sup>247</sup> MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

<sup>248</sup> STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 126-129.

prática, a máxima efetividade dos direitos constitucionais. Nesse sentido, não basta apenas sacrificar um direito em prol de outro, aplicando-se meramente a subsunção de normas ou os cânones clássicos, como princípios e postulados específicos de interpretação, é necessária a utilização do princípio da proporcionalidade, para que haja a correta ponderação de bens<sup>249</sup>.

Por conseguinte, a ponderação de bens é entendida como um método que permite estabelecer uma decisão, de preferência, quando da ocorrência de conflito de direitos, mediante a investigação de qual desses direitos conflitantes possui maior amplitude no caso concreto, a fim de determinar o bem prevalente, solucionando, assim, a colisão. Para a realização dessa ponderação, é necessário se observar dois pressupostos, o primeiro diz que, o conflito entre direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos deve resultar na otimização ou na realização de um, e na afetação, restrição ou não realização do outro. O segundo diz que é preciso haver a inexistência de hierarquia abstrata entre os direitos em choque, pois se assim o for, haverá a incidência de uma regra de prevalência, não sendo necessário o estudo casuístico<sup>250</sup>. E como já visto, não há hierarquia normativa entre direitos fundamentais, sendo, pois, possível a realização de um juízo de ponderação, que nesta pesquisa, far-se-á com base nas premissas do postulado da proporcionalidade.

Ademais, é de se referir que, dos poderes públicos, o mais atuante quando o assunto é conflito de normas é o Poder Judiciário. Em primeiro lugar, porque quando o poder judicial é provocado, ele tem que, obrigatoriamente, se manifestar acerca de qualquer questão; em segundo, porque a colisão se dá sempre diante de um caso concreto, eis que não há conflito entre as normas constitucionais no plano normativo, e em terceiro lugar, porque o legislador não consegue prever, em abstrato, todas as hipóteses de conflito de direitos que possam surgir da vida em sociedade<sup>251</sup>.

Em contrapartida, é necessário fazer algumas reflexões acerca dos dois direitos, objetos dessa análise. Primeiramente, tem-se o direito à liberdade, em sua ramificação de garantia à livre locomoção, previsto no inciso XV, do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura aos cidadãos a saída, o ingresso, a permanência e o deslocamento ou circulação no território nacional. Esse bem jurídico é norma constitucional de eficácia contida, haja vista que a lei ordinária pode limitar sua amplitude, através do cumprimento de alguns requisitos, para que não resulte em previsão arbitrária. Nesse sentido, a liberdade somente pode ser

---

<sup>249</sup> STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 127-129.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 141-144.

<sup>251</sup> STEINMETZ, *op.cit.*, p. 70.

restringida em virtude de lei, em casos excepcionais, para prevenir a prática de infrações penais, para proteger a segurança nacional, a ordem ou a saúde pública, bem como os direitos e demais liberdades das outras pessoas<sup>252</sup>. Importa ressaltar que a liberdade é regra, e a prisão é exceção, isso porque ela constitui em um direito fundamental de grande valia, posto que sua ausência implicará o não exercício de outros direitos<sup>253</sup>.

Em segundo lugar, tem-se a segurança pública que, além de ser direito e responsabilidade dos cidadãos, é dever do Estado, que deve atuar a fim de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, reprimindo abusos cometidos pelos órgãos governamentais encarregados de cumprir essas funções, conforme determina o artigo 144 da Constituição Federal<sup>254</sup>.

Após essas asserções, é possível perceber a existência de antinomia entre os direitos fundamentais da liberdade e da segurança, principalmente quando se fala em prisão cautelar ou mesmo em medidas restritivas diversas, porquanto diante da inexistência de uma pena definitiva, a segregação provisória ou, a mera restrição da liberdade, não pode significar adiantamento de punição. Assim, é de se revelar, também, a existência de contraposição entre as medidas cautelares e o princípio da presunção de inocência, considerando que todos os acusados são tidos como inocentes antes de uma decisão condenatória definitiva, é imprescindível a fundamentação da necessidade quando da decretação de uma medida acautelatória<sup>255</sup>.

Nesse contexto, é que surge a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, mesmo havendo a permissão de se restringir a liberdade individual em razão da segurança pública, não há regras de caráter absoluto a estabelecer uma posição sobre o assunto, sendo necessária a ponderação das circunstâncias fáticas, a fim de se chegar a uma decisão justa e eficaz. A proporcionalidade deverá, pois, ser considerada como um postulado aplicativo normativo, porquanto decorrente do caráter principal das normas jurídicas em jogo e da função equitativa do Direito, cuja aplicação vai depender da estruturação concreta de uma relação meio e fim. Vale dizer que, para a realização do postulado da proporcionalidade, é de primordial relevância a existência de uma relação de causalidade entre o meio empregado para a restrição do direito e o fim almejado<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> MORAES, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 179-181.

<sup>253</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 38-39.

<sup>254</sup> MORAES, *op.cit.*, p.1665.

<sup>255</sup> GOMES; MARQUES, *op. cit.*, p. 49.

<sup>256</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 149-151.

Nessa senda, um meio sem efeitos definidos e um fim sem abrangência determinada podem até não impedir o uso da proporcionalidade, mas inevitavelmente enfraquecerão seu poder de controle sobre os atos estatais<sup>257</sup>. Com efeito, a finalidade que se pretende alcançar deve estar constitucionalmente justificada, ou ao menos não deve violar os ditames da Carta Constitucional, ou seja, o fim deve primar pela realização, preservação ou otimização de um direito fundamental ou bem jurídico tutelado constitucionalmente, que, no caso concreto, irá entrar em oposição com outro direito fundamental ou bem jurídico constitucional, o qual será afetado pela decisão<sup>258</sup>.

Assim, no exame em testilha, o meio dirá respeito a uma medida cautelar restritiva do direito à liberdade, e o fim mediato será salvaguardar a segurança pública<sup>259</sup>. Já em relação aos fins imediatos, que se referem basicamente à proteção do processo, a lei ordinária traçou determinação, nesse sentido, a prisão preventiva visa imediatamente, à garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal, de modo que não poderá ser decretada por motivação diversa a legalmente instituída, como, por exemplo, para o caso de preservar a vida do sujeito. Em relação às medidas cautelares liberatórias, designa a lei sejam adotadas quando necessárias para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para impedir a prática de novas infrações penais. Portanto, pode-se aferir que o aparato cautelar tem o objetivo final de preservar a eficácia do processo penal, primando uma decisão de procedência e a possibilidade do cumprimento da respectiva pena<sup>260</sup>.

Dito isso, é possível perceber que as restrições provisórias do direito à liberdade não constituem um fim em si mesmo, pois suas finalidades, mediatas e imediatas, são indubitavelmente legitimadas pela Constituição Federal, eis que este diploma legal, em seu artigo 5º, inciso LXI, permite a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, antes mesmo de uma sentença condenatória. Por outro lado, também é possível visualizar a relação de causalidade entre as medidas e os fins almejados, não podendo ignorar o fato de que os propósitos devem estar conectados a fatos concretos evidenciadores de sua existência<sup>261</sup>.

---

<sup>257</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 150.

<sup>258</sup> STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 153-155.

<sup>259</sup> PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 162-165.

<sup>260</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 47.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 47.

Percebida uma relação de causalidade entre meios e fins, é possível passar à análise do postulado da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. O artigo 282, do CPP, em seus incisos I e II, trouxe dois dos elementos que compõem a proporcionalidade, ou seja, a necessidade e a adequação. No exame que se pretende realizar, far-se-á a inversão dessa ordem, porquanto, como anteriormente estudado, o requisito da adequação precisa ser analisado anteriormente à necessidade e, além disso, o mesmo guarda íntima relação com os meios e os fins.

Nessa senda, a adequação, além de ser entendida como subprincípio da proporcionalidade, é um dos requisitos intrínsecos para a decretação das medidas cautelares, determinando, nesta última hipótese, que a medida deve ser aplicada de acordo com a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente. Nesse ponto, é possível afirmar que o pressuposto da adequação, assim como exposto na lei, se relaciona, também, com o elemento da proporcionalidade em sentido estrito, eis que visa à individualização da medida ao caso concreto, mediante análise das condições peculiares do fato.

Por outro lado, a adequação como representação de uma parcial da proporcionalidade, exige uma relação empírica entre o meio e o fim, de modo que a medida deve ser minimamente compatível para a realização do objetivo<sup>262</sup>. Em outras palavras, significa dizer, a medida é idônea quando o propósito almejado é facilitado pelo emprego do meio. Nesse contexto, se a intenção é evitar que o acusado se aproxime da vítima, a medida cautelar de apreensão de passaporte não se revela idônea ou, em caso de violência doméstica, em que se visa a afastar o agressor do ofendido, a medida de recolhimento domiciliar se mostra totalmente inadequada<sup>263</sup>.

Em uma análise superficial, apenas levando em consideração a premissa acima explicitada, é possível afirmar que qualquer medida cautelar do processo penal é adequada à efetivação do fim a que se dispõe atingir. Isto é, a prisão preventiva sempre será idônea para alcançar a garantia da ordem pública, da instrução criminal, ou para a aplicação da lei penal. Ocorre que o inciso II, do artigo 282, do CPP, determina que a adequação esteja associada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do transgressor e, não, meramente à realização do fim. Nesse contexto, é possível questionar se, ao se realizar a

---

<sup>262</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 152-158.

<sup>263</sup> GOMES; MARQUES, *op. cit.*, p. 52.



análise desses três vetores, para adequar a medida ao caso concreto, não se acaba por adentar nos juízos das parciais da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que a primeira refere-se à escolha da medida alternativa que menos restrinja direitos fundamentais, e a segunda pondera se o fim é importante o bastante, a ponto de justificar a restrição de direitos fundamentais pelo meio<sup>264</sup>.

Nesse ponto é importante referir a crítica feita por Edilson Bonfim, acerca da escolha gramatical feita pelo legislador. O jurista refere que o legislador não adotou a melhor redação ao compor o artigo, eis que se valeu de apenas dois dos requisitos da proporcionalidade, nada mencionando a respeito do terceiro, provocando uma confusão técnica e gramatical, ao transformar o trinômio em binômio, trazendo a este, fatores diversos e não correlatos. Desse modo, subordinou a adequação à gravidade do crime e a outros elementos, para a concessão de uma cautelar, coisas absolutamente diferentes. Nesse sentido, pode haver medidas adequadas, mas não proporcionais, ou seja, na ponderação final dos valores pode-se entender que a medida é demasiada para atingir a finalidade pretendida, tendo em vista a gravidade do crime, as circunstâncias do fato, e a personalidade do agente.

De fato há que ser compreendido o requisito da adequação como contendo implicitamente, a proporcionalidade em sentido estrito, para dar melhor coerência à matéria. Assim, pode-se afirmar que, do modo como foi colocada a palavra adequação na lei, ela apresenta um duplo significado, devendo seguir-se a análise do postulado da proporcionalidade, eis que mais técnico que a palavra do legislador<sup>265</sup>.

Retomando o exame da adequação, cabe referir o ensinamento de Luiz Flávio Gomes, que refere que a adequação deve estar relacionada a exigências qualitativas, quantitativas e subjetivas da medida. Assim, qualitativamente a medida será adequada quando as circunstâncias do fato orientarem o juiz na sua escolha. Nesse sentido, para evitar que o acusado ameace testemunhas, cabe sua prisão. Para evitar que se aproxime da vítima cabe a cautelar de proibição de aproximação. Já, em relação à idoneidade quantitativa, menciona que não pode haver excesso na escolha da medida, nesse sentido, a gravidade do crime seria a melhor orientação para a quantificação da medida cautelar, assim, sendo o crime de grande gravidade, como um latrocínio, a prisão preventiva poderá perdurar até a decisão definitiva. No que atine ao aspecto subjetivo da adequação, considerando que a medida é imposta a

---

<sup>264</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 158-160.

<sup>265</sup> BONFIM, *Reforma do código de processo penal*, p 29-33.

determinada pessoa, que terá seus direitos fundamentais restringidos, nada mais justo que a avaliação de suas condições pessoais, como seus antecedentes, conduta e personalidade. O autor alerta apenas para o fato de que a consideração dos antecedentes para adoção de uma medida pode consistir em um *bis in idem*, devendo o juiz tomar cuidado nessa fundamentação<sup>266</sup>.

Na visão de Denilson Feitoza Pacheco, uma medida cautelar será adequada se contribuir para as finalidades imediatas e mediatas da persecução criminal. Assim, imediatamente deve a medida colaborar para a formação da convicção do juiz, para dar início ao processo penal ou para a obtenção de uma sentença condenatória e, em contrapartida, de forma mediata, deve primar pela garantia da segurança pública<sup>267</sup>.

Cabe referir ainda que, ao mencionar o elemento da idoneidade para a aplicação da prisão provisória, Antônio Vieira afirmou que esta medida excepcional só pode ser considerada útil quando satisfizer alguma necessidade processual previamente prevista em lei, justificadora da sua existência. Para o jurista a garantia da ordem pública não constitui uma finalidade legítima da prisão preventiva, haja vista que tem funções características da pena, como retribuição e prevenção geral ou especial<sup>268</sup>. Mas, como visto anteriormente, essa circunstância é fundamentação legítima para a decretação da medida cautelar mais gravosa.

Por sua vez, a análise da necessidade impõe a obrigação de se investigar a existência de meios alternativos àquele que, primeiramente, foi escolhido pelo poder legislativo ou judiciário, como adequado, de modo que os outros meios devem realizar a finalidade em igual proporção e, em contrapartida, significar menos gravames ao direito fundamental envolvido. Isso significa dizer, que haverá dois momentos para a realização dessa verificação, no primeiro se analisará se os meios alternativos adequados disponíveis promovem de igual forma o fim. Em um segundo momento, se examinará qual desses meios alternativos tem a menor potencialidade para restringir os direitos fundamentais colateralmente afetados<sup>269</sup>.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a prisão preventiva foi o meio inicial escolhido pelo legislador e, que atualmente, as medidas cautelares diversas são os meios alternativos à sua aplicação. Dessa forma, as medidas surgiram de modo a extinguir o sistema cautelar do

---

<sup>266</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 52/53.

<sup>267</sup> PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 248-249.

<sup>268</sup> VIEIRA, Antônio. *Princípio da proporcionalidade e prisão provisória*. ibccrim. Disponível em <www.ibccrim.org.br> Acesso em 18/04/2013.

<sup>269</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 158-159.

tudo ou nada, que circundava entre a decretação da prisão ou a concessão de liberdade provisória. Assim, quando da averiguação da adequação da prisão processual ao caso, se faz imprescindível compará-la com as outras medidas alternativas, que se mostrem igualmente adequadas, verificando se atingem na mesma proporção as finalidades perseguidas e, também, se restringem em menor grau o direito fundamental à liberdade da pessoa afetada. Note-se que o exame da necessidade parte do pressuposto da adequação da medida ao caso e, no contexto aqui proposto, a prisão preventiva sempre será uma medida adequada, eis que realiza de forma integral as finalidades a que se propõe o procedimento cautelar. Por isso é importante partir da comparação da prisão preventiva com as demais cautelares, pois verificada a existência de uma cautelar que satisfaça na mesma proporção as finalidades requeridas ao caso, sem acarretar igual restrição ao direito de liberdade, que implica a prisão, deverá ela ser decretada.

Nesse contexto, é de se notar que este requisito da proporcionalidade é associado com o caráter excepcional da prisão cautelar, eis que faz dela uma medida subsidiária, ou seja, só será decretada quando evidenciada sua necessidade concreta, buscando o juiz analisar sempre, com prioridade, as alternativas menos invasivas ao direito de liberdade do acusado<sup>270</sup>.

O artigo 282, inciso I, do CPP, relaciona a necessidade das medidas cautelares diretamente às suas finalidades, que são a garantia da aplicação da lei penal, assegurar a investigação ou a instrução criminal e evitar a prática de novas infrações, quando expressamente previsto<sup>271</sup>. Lembrando que essas finalidades são instantâneas e que há as finalidades indiretas que se referem à garantia da segurança pública e da efetividade do processo penal.

Humberto Ávila, em relação aos fins mediatos e imediatos alcançados pelas medidas, aludiu que algumas delas podem atingir em maior grau a finalidade principal, e em menor grau os fins correlatos. Já outras podem mais intensamente atingir os fins correlatos e em menor proporção o fim principal. Dessa forma, é possível perceber a dificuldade na realização do exame da parcial necessidade, pois, além desses obstáculos, pode haver diferença na promoção dos fins, também, nos aspectos qualitativos, quantitativos e probalísticos, de modo que um meio pode realizar mais rapidamente o fim, mas outro meio pode realizar o fim com mais certeza, e assim por diante. Nesse sentido, o jurista concluiu que, na hipótese em que a

---

<sup>270</sup> VIEIRA, *Princípio da proporcionalidade e prisão provisória*, Disponível em <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em 18/04/2013.

<sup>271</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 51.

aplicação da medida se refira a um caso individual, o que remete ao estudo aqui proposto, devem ser consideradas as particularidades pessoais e as circunstâncias do caso concreto, sendo que a necessidade do meio fluirá da análise casuística<sup>272</sup>.

Por fim, é de se inferir que o requisito da necessidade não impede a adoção da medida mais restritiva ao direito fundamental afetado no fato concreto, contanto que o órgão julgador se baseie em uma fundamentação aprofundada, capaz de justificar a adoção do meio mais oneroso, ou seja, a prisão preventiva. Assim, a prisão preventiva deve apenas ser decretada quando uma medida alternativa for considerada inadequada, por alguma razão, ao caso concreto, desde que, além disso, estejam preenchidos seus requisitos, circunstâncias autorizadoras e hipóteses de incidência ou cabimento, evidenciando, assim, seu caráter excepcional<sup>273</sup>.

Para elucidar essa questão, válida a menção ao exemplo trazido por Luiz Flávio Gomes. Assim, imagine-se uma situação em que o acusado deva ser impossibilitado de manter contato com a vítima. Nesse caso, há duas maneiras de se conseguir essa finalidade, a primeira é a decretação da prisão preventiva, e a segunda é a imposição da medida do inciso III, do artigo 319, do CPP, que é a proibição de manter contato com determinada pessoa. Assim, caberá ao juiz, em primeiro lugar, fazer a análise da adequação da medida. Nesse cenário hipotético, ambas as medidas são adequadas, eis que se dirigem à realização da finalidade proposta. Em segundo lugar, sua obrigação é verificar a necessidade, primando por optar pela medida alternativa, eis que menos restritiva do direito à liberdade. Porém, se as circunstâncias especiais do caso não indicarem a adoção dessa medida, eis que o acusado já descumpriu, anteriormente, essa determinação, pode o juiz, mediante decisão fundamentada, optar pela medida mais drástica<sup>274</sup>.

Nesse momento, passar-se-á à análise do requisito da proporcionalidade em sentido estrito, que perquire a realização de um juízo de ponderação, mensurando uma relação de equilíbrio entre fins e meio, mediante a comparação da importância da realização das finalidades e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, em jogo. Para Humberto Ávila é necessário o seguinte questionamento: “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as

---

<sup>272</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 158-159.

<sup>273</sup> GOMES; MARQUES, op. cit., p. 51-52.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 51

vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio?<sup>275</sup>”.

Como visto, esta é uma análise bastante subjetiva, que deve ser realizada mediante o exame do fato concreto. Geralmente um meio é adotado para alcançar uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo, que aqui se refere à proteção da segurança e à efetividade do processo penal, mas a sua adesão, em contraste, resultará na restrição de direitos fundamentais do cidadão, dentre eles, o direito à liberdade<sup>276</sup>. Caberá ao juiz averiguar quais desses bens jurídicos devem preponderar em determinado caso e, nem sempre será o interesse público, pois, como visto, pode haver a relativização da lei em favor de direitos e garantias individuais<sup>277</sup>. Nesse contexto, é que se extrai a importância de se dar uma margem de liberdade ao julgador, em relação à decretação das medidas restritivas de direitos fundamentais, eis que as circunstâncias e condições peculiares só se revelarão diante do caso concreto, devendo o exame da ponderação de bens acontecer com observância a isso<sup>278</sup>.

Luiz Flávio Gomes chama a atenção para a importância em se analisar todos os interesses envolvidos no conflito. Para ele, quando o conflito se refere à decretação ou manutenção da prisão cautelar ou de uma medida alternativa, é preciso a apreciação dos seguintes interesses: a) de um lado, tem-se os interesses do Estado, que versam sobre, o perfeito desenvolvimento do processo e de seus institutos, a realização do *ius puniendi*, considerando as consequências jurídicas esperadas da pena (substituição, sursis, regime), a importância da causa (gravidade da infração), a probabilidade de reincidência e de imputação (certeza de sentença condenatória), o rendimento da medida, entre outros; b) de outro lado, estão os interesses do cidadão afetado pela medida, tais como, a preservação do estado de liberdade, presunção de inocência, prejuízos da medida para sua saúde (contaminação por doenças), para sua vida familiar, profissional, social, restrição à intimidade, entre outros<sup>279</sup>.

Para melhor elucidar a realização do exame da proporcionalidade especial como parte do postulado geral, além de ser feito um juízo de equiparação entre os interesses individuais e públicos envolvidos no conflito, é imprescindível conjugá-lo com o chamado princípio da homogeneidade<sup>280</sup>, ou, na opinião de Antônio Vieira, mero desmembramento do próprio

---

<sup>275</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 160-161.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 160-161.

<sup>277</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 53.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 55.

princípio da proporcionalidade<sup>281</sup>. Esse princípio determina que a medida cautelar imposta no curso da investigação ou da instrução criminal não pode ser mais gravosa que o resultado final do processo, ou seja, que a pena aplicada por ocasião de condenação<sup>282</sup>.

Nesse sentido, é o regramento do parágrafo primeiro do artigo 283 do CPP, ao dispor que as medidas cautelares não se aplicam às infrações que isolada, alternativa e cumulativamente não forem cominadas pena privativa de liberdade. O que significa dizer que deve ser concedida liberdade provisória ao acusado quando se verificar que, ao final do processo, não será imposta uma pena privativa de liberdade em caso de condenação<sup>283</sup>.

Assim, em casos de crimes que admitam a transação penal, a composição civil, a suspensão condicional do processo, ou ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por uma alternativa, a imposição do cumprimento inicial da pena em regime aberto, ou a cominação de penalidade única de multa, não é aconselhável a decretação de uma prisão preventiva por força do princípio da homogeneidade<sup>284</sup>. Hodiernamente, parcela desse impasse já foi resolvida, eis que a prisão preventiva só pode ser decretada para crimes com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, exceto em razão de algumas condições especiais do caso, como a reincidência, mas esse regramento já consolidou, em parte, a ideia de que a segregação cautelar não pode ser mais gravosa que a eventual pena imposta ao delito.

Com efeito, admitir que a prisão processual seja decretada de modo a significar um malefício maior que a própria pena é assentir a realização de um ato desproporcional. De modo que, o acusado, que em perspectiva, puder vir a ser condenado a uma pena restritiva de direitos (por via da substituição), e que provisoriamente estiver segregado, poderá achar mais odioso o andamento do processo do que a sanção em si, o que acabará por desvirtuar as finalidades da própria pena. Nesses casos, é de se questionar a possibilidade de o acusado vir a renunciar o seu direito de defesa, por exemplo, não arrolando testemunhas, a fim de que o processo termine mais rapidamente, eis que é mais nefasta a ele a prisão provisória do que a própria pena. Nesse sentido, é de suma importância a percepção de que a prisão preventiva não pode significar adiantamento do cumprimento da pena, o que, em casos como esse,

---

<sup>281</sup> VIEIRA, *Princípio da proporcionalidade e prisão provisória*, Disponível em <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em 18/04/2013.

<sup>282</sup> GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 54.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>284</sup> VIEIRA, *Princípio da proporcionalidade e prisão provisória*, Disponível em <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em 18/04/2013.

acontecerá, eis que a medida cautelar acaba por ser mais prejudicial que a própria imposição da pena.

Imagine-se, por exemplo, um delito de estelionato simples, que admite a suspensão condicional do processo e, em caso de condenação, há a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. Nesse caso, em tese, não haveria a possibilidade de decretação da prisão preventiva, haja vista que não há homogeneidade entre a medida cautelar mais gravosa a ser decretada e a eventual pena concreta a ser aplicada. Porém, deve se considerar, sempre, que o fato concreto deve ser analisado em toda a sua abrangência, principalmente no momento em que se estiver realizando o exame do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, eis que a ponderação de valores se dá de acordo com cada caso<sup>285</sup>. Assim, considerando as condições pessoais do agente, como a reincidência ou mesmo a reiteração delituosa, haveria a possibilidade de decretação da prisão provisória, no caso acima, conforme os julgamentos dos Habeas Corpus números 70053750824, 70053703203 e 70053583308, todos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Por fim, é de se referir que a ideia de que a medida cautelar tem que ser homogênea com a pena eventualmente imposta, em caso de condenação, remonta aos ditames do princípio da proibição de excesso. Nesse sentido, uma medida cautelar não pode ser excessivamente mais gravosa que a pena imposta para o delito, na sua concepção concreta.

Como visto, a doutrina da proibição de excesso conjugada com a doutrina da proibição da proteção deficiente, também impulsiona uma solução proporcional dentro de um conflito de direitos fundamentais, eis que visam a um equilíbrio entre os interesses estatais protetivos e os interesses individuais do sujeito afetado.

Essas duas ideologias não exigem a ponderação técnica exprimida pelo postulado da proporcionalidade, embora sejam por alguns consideradas uma de suas faces. Na verdade, elas representam a busca de um ponto de harmonia, significando o limite máximo (proibição de excesso) e o limite mínimo (proibição da proteção deficiente), que devem ser considerados pelo juiz para a decretação de uma medida cautelar, visando à garantia de um direito fundamental e, em consequência, a restrição de outro<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> VIEIRA, *Princípio da proporcionalidade e prisão provisória*, Disponível em <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em 18/04/2013.

<sup>286</sup> FELDENS, *A constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 109-110.

Nesse sentido, pode ocorrer, em determinados casos, a garantia do direito de liberdade em detrimento da segurança pública, e, em outros, a garantia da segurança pública em detrimento do direito à liberdade de alguém. Porém, tais decisões somente serão tomadas diante de um caso concreto, mediante a análise de todos os interesses envolvidos, de modo que se pode concluir que as ideias de proibição de excesso e de proibição da proteção deficiente estão implícitas no juízo de ponderação do princípio da proporcionalidade, seja na análise da necessidade<sup>287</sup>, ou como considerado por Denilson Pacheco, no exame da proporcionalidade em sentido estrito<sup>288</sup>. Para tanto, não será preciso uma análise dissociada desses postulados, para a aferição da proporcionalidade das medidas cautelares ao caso, eis que esse princípios buscam, de igual forma, uma decisão equilibrada ao conflito de direitos fundamentais aqui exposto. Com efeito, se uma medida cautelar for considerada, em determinado caso, desproporcional em sentido amplo, será também ela considerada excessiva ou insuficiente, eis que no juízo de ponderação que irá determinar a escolha de uma medida alternativa ou a prisão preventiva, será necessária, para o exame completo desses postulados, a aferição das condições e circunstâncias peculiares do caso.

Portanto, é de se concluir que o que norteia a decisão do juiz serão sempre os interesses vinculativos do caso, apenas eles podem direcionar a uma decisão justa e proporcional. Esses interesses, conforme já visto, englobam os requisitos, hipóteses de cabimento e circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva, e também os pressupostos das medidas cautelares, não podendo estas últimas, por significarem medidas menos gravosas, serem decretadas indiscriminadamente, porquanto também significam restrição a direitos fundamentais. Após a configuração desses elementos, que por vezes se confundem com as parciais do postulado da justa medida, será possível a averiguação da proporcionalidade das medidas cautelares, diante de um caso concreto, haja vista que este constitui o momento em que haverá maior carga de subjetividade do julgador, devendo o mesmo primar pela decisão mais equânime à realidade fática.

---

<sup>287</sup> FELDENS, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 93-96.

<sup>288</sup> PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p.132.



### **3.4 A possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade no juízo de ponderação das cautelares**

Na explanação acima, foi possível perceber que há uma íntima relação entre o juízo de ponderação das medidas cautelares, incluindo a prisão preventiva, e o princípio da proporcionalidade. Assim, hipoteticamente, é de se deduzir que é cabível a aplicação do princípio da proporcionalidade para a escolha entre a decretação de uma medida cautelar diversa ou a medida acautelatória mais gravosa. Assim, não se poderia deixar de se analisar os casos reais, o que se faz no número de dois para que seja visualizada a aplicabilidade prática do instituto.

O primeiro refere-se ao processo número 109/2.11.0001673-6, que tramita junto à Primeira Vara Judicial da Comarca de Marau – RS. O presente expediente visa à apuração do delito do estupro de vulnerável, supostamente, cometido pelo acusado contra sua filha, criança, que, na época dos fatos, contava com seis anos de idade. Neste caso, o Ministério Público representou pela prisão preventiva do acusado, e a mesma foi decretada.

O segundo caso refere-se ao processo número 109/2.11.0001790-2, que tramita junto a Segunda Vara Judicial da Comarca de Marau – RS. Da mesma forma, os presentes autos objetivam a apuração de delito de estupro de vulnerável cometido, supostamente, pelo pai contra a filha, menor de quatorze anos de idade. Também, em relação a este fato, houve representação pela prisão preventiva do acusado por parte do Ministério Público, mas aqui fora determinada a imposição de uma medida cautelar diversa, qual seja, proibição do acusado de manter contato com determinada pessoa.

Antes de adentrar na análise do juízo de ponderação propriamente dito, é de se ressaltar que ambas as decisões judiciais foram proferidas por volta do mês de agosto do ano de 2011, logo após a entrada em vigor da nova lei das medidas cautelares. Mas, além disso, naquele momento, vigia na Comarca de Marau o regime de jurisdição compartilhada, sendo que as duas decisões foram proferidas pela mesma magistrada. Diante dessa discrepância na decretação de duas medidas cautelares opostas para dois casos muito semelhantes, é que surgiu a ideia do uso do princípio da proporcionalidade para a aferição do juízo de ponderação entre as medidas cautelares alternativas e a prisão preventiva.

Inicialmente, para o exame do juízo de ponderação dos dois casos acima narrados, há que se verificar a ocorrência do preenchimento de uma das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, eis que são objetivamente consideradas nos incisos do artigo 313, do CPP. Além

disso, não é exigido pela lei o preenchimento dessas hipóteses de incidência para a decretação da uma medida cautelar liberatória. Dessa forma, considerando que o estupro de vulnerável (previsto no artigo 217-A do CP) é crime doloso, coimado com pena privativa de liberdade máxima de quinze anos, resta preenchida a hipótese do inciso I do artigo 313 do CPP. Doutra banda, também se verifica possível o preenchimento da hipótese do inciso III, haja vista que os crimes em apreço se trataram de violência doméstica cometida contra criança, sendo cabível a decretação da prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência<sup>289</sup>.

Destarte, preenchido o pressuposto objetivo para a decretação da prisão preventiva, faz-se necessário o cotejo de seus dois requisitos típicos, o *fumus comissi delicti* e, posteriormente a esse, o *periculum libertatis*. O primeiro deles refere-se à demonstração da prova de materialidade e dos indícios de autoria. Como disposto, na primeira decisão, os indícios de autoria vêm comprovados:

[...] através do BO onde a avó da vítima, informou que a ofendida após retornar de uma visita com o pai, ora indiciado, noticiou estar com dores quando sentava e que teria dito que o mesmo a levou para dormir na sua cama. Além disso, a menor tem demonstrado temor do pai. Não se olvide, ainda, que conforme relato da avó, a mãe da menor, falecida há três semanas, teria relatado que [...] escondia-se debaixo dos móveis e que após a separação do casal, o ex-marido ameaçava-a de morte e de abusar da filha<sup>290</sup>.

Por sua vez, a prova de materialidade está estampada

[...] através do atestado médico da fl. 07, que descreve que a menor apresentava hímen complacente e hiperemiarúbia e pequenos lábios, bem como pela certidão da Delegacia de Polícia da fl. 08 que ressaltou que em contato com a médica-perita de Passo Fundo que efetuou o exame na criança constatou existência de abuso sexual pelo rompimento himenal cicatrizado, ocorrido há mais de 10 dias<sup>291</sup>.

Já, na segunda decisão, refere-se apenas que há indícios de autoria e que estes estariam demonstrados no relato da avó da vítima. Além disso, como fundamentada pela magistrada, a

<sup>289</sup> BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)> Acesso em 20/04/2013.

<sup>290</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Processo crime n. 109/2.11.0001673-6*. 1ª Vara Judicial da Comarca de Marau. Juiz de Direito: Caroline Subtil Elias. Marau, RS, 10 de ag. de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 23/04/2013.

<sup>291</sup> Ibidem, Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 23/04/2013.

materialidade estaria comprovada, indiretamente, no depoimento da avó da ofendida e no laudo psicológico realizado. Nesse caso, é de se ressaltar que não houve conjunção carnal e, sim, a prática de outro ato libidinoso, o que deixa o lastro probatório mais enfraquecido, principalmente no que tange a materialidade do delito, devendo se dar especial atenção à palavra das testemunhas, principalmente quem convive com a criança<sup>292</sup>.

Deste modo, preenchidos os requisitos típicos das cautelares dos indícios de autoria e da prova de materialidade, possível o exame da presença do *periculum libertatis* aos casos. O *periculum libertatis* se expressa pelo preenchimento de uma das circunstâncias autorizadas previstas no artigo 312 do CPP, em relação à prisão preventiva. No que tange às medidas cautelares, a previsão está no inciso I, do artigo 282 do CPP<sup>293</sup>. Como anteriormente referido, as circunstâncias autorizadas da aplicação das cautelares, tanto em relação às medidas alternativas como em relação à prisão preventiva, se conectam intimamente às suas finalidades de garantir a aplicação da lei, a higidez probatória, evitar a reiteração das condutas delituosas entre outras. Dessa forma, nesse momento de percepção da existência de uma finalidade justificadora de uma medida cautelar, é necessário se adentrar na apreciação do postulado da proporcionalidade, partindo do seu pressuposto da adequação. Isso porque é na adequação que se verifica a afinidade entre os meios e os fins, ou seja, se o meio disponível é idôneo para atingir a finalidade proposta.

No primeiro caso, o meio, prisão preventiva, foi decretado, com a finalidade de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal. A fundamentação se deu nesse sentido:

---

<sup>292</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Processo crime n. 109/2.11.0001673-6*. 1ª Vara Judicial da Comarca de Marau. Juiz de Direito: Caroline Subtil Elias. Marau, RS, 10 de ag. de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 23/04/2013.

<sup>293</sup> MARCÃO, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, p. 336-337.

[...] tenho que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública, a fim de evitar a reiteração da violência sexual, pois o acusado é pai da criança e mantida a convivência, o abuso pode ocorrer novamente. Além disso, a prisão é necessária para a conveniência da instrução criminal, pois o representado possui vínculos afetivos familiares com a vítima, impondo-se sua prisão para a lisura da instrução processual, eis que sua proximidade poderá influenciar os depoimentos. Aliás, neste ponto, é necessário frisar que não é apenas por presunção que se antevê a possibilidade do Representando influir no depoimento da vítima e sua avó. Esta, aliás, ressaltou seu temor perante o investigado. No caso, entendo que a liberdade do réu compromete a segurança do sistema social. Há o *periculum libertatis* não apenas pela gravidade da conduta, mas pelo fato de que o Representando, repito, possuir laços familiares e afetivos com a vítima e, em liberdade poderia influenciar nos depoimentos da mesma<sup>294</sup>.

Assim, é possível perceber que a prisão preventiva foi considerada a medida adequada ao fato, eis que constituiria o meio idôneo para atingir a garantia de ordem pública, no sentido de evitar a reiteração da conduta delituosa, bem como para a manutenção da higidez probatória, porquanto aduzido pela vítima e pela testemunha grande temor ao indiciado. Portanto, não há dúvidas de que essa medida se projeta a atingir as finalidades com maior certeza, mais rápido e mais eficazmente que qualquer outra. Agora, a questão reside no fato, de ser ela realmente necessária ao caso. Será que outra medida cautelar diversa, menos restritiva ao direito à liberdade, não serviria para atingir as finalidades pleiteadas de igual forma? Nesse sentido, não seria o caso de ter a magistrada decretado a medida alternativa prevista no inciso III, do artigo 319 do CPP, que se refere à proibição do agente manter contato com determinada pessoa? Em uma consideração superficial, apenas com base nos elementos acima expostos, é possível concluir que a medida cautelar alternativa devia ter sido decretada, haja vista que atingiria as finalidades sem acarretar excessiva restrição ao direito de liberdade do transgressor.

Ocorre que, já adentrando no exame da proporcionalidade em sentido estrito, é possível perceber que essa medida cautelar seria insuficiente ao caso. Dessa forma, é preciso analisar todos os interesses envolvidos no conflito, para só após haver a decretação da medida cautelar. Nesse sentido, é necessário considerar a gravidade do crime, as condições pessoais do agente e da vítima, e a possibilidade além, da reiteração delituosa, de descumprimento da medida cautelar a ser imposta. Não é admissível que o juiz, ao decretar uma cautelar, não se atente a esses fatores. Desse modo, é de se considerar que o crime praticado é de uma brutalidade impensável, porquanto cometido contra criança de seis anos, pelo próprio pai,

---

<sup>294</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Processo crime n. 109/2.11.0001673-6*. 1ª Vara Judicial da Comarca de Marau. Juiz de Direito: Caroline Subtil Elias. Marau, RS, 10 de ag. de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 23/04/2013.

após a morte da mãe, ou seja, no momento em que a criança mais precisava de apoio, foi ela submetida a um castigo, ainda pior que a perda da mãe. Além disso, é de se considerar as condições da vítima, criança de apenas seis anos de idade, questionando inclusive, nesse ponto, o perigo de morte a que foi exposta pela agressão do pai. No mais, as condições pessoais do agente, indicam sua grande periculosidade, eis que tornou efetiva a ameaça perpetrada à mãe da vítima, no sentido de que abusaria da filha, caso esta não reatasse o casamento. Com efeito, mesmo depois da morte da mãe da ofendida, o acusado veio a estupra-la. Desta feita, é possível concluir que uma medida cautelar diversa da prisão preventiva seria insuficiente para garantir as finalidades pretendidas no caso, haja vista que a probabilidade de descumprimento da mesma era altíssima, principalmente se considerado que a única guardiã da vítima também é pessoa vulnerável e que ofereceria pouca resistência em caso de uma investida por parte do réu.

Portanto, é de se entender que a prisão preventiva, nesse caso, se revelou ser a medida proporcional, haja vista que garantiria com maior eficácia os interesses em jogo, mesmo que para isso tenha significado a restrição total da liberdade do acusado. Assim, a segregação cautelar é considerada suficiente, em relação à proteção e segurança da integridade física e mental da vítima e de sua avó. De igual modo, não pode ser considerada excessiva, em relação aos direitos do acusado, pois as circunstâncias e condições do caso a indicaram como medida cabível, revelando serem as demais cautelares desproporcionais ao caso, pois insuficientes para a garantia da ordem pública e da conveniência da instrução criminal. Assim, a restrição do direito de liberdade do réu se justifica, pois, a medida aplicada se direciona a atingir as finalidades pretendidas em seu máximo grau<sup>295</sup>.

No mais, restaram preenchidos os requisitos típicos, a hipótese de cabimento e, também, duas das circunstâncias autorizadoras, o que restou atestado em uma decisão devidamente fundamentada da autoridade competente (artigo 283 do CPP), de modo que não há que se questionar a legitimidade da prisão preventiva, nesse caso<sup>296</sup>.

No segundo caso, em que ocorreu a imposição de uma medida cautelar diversa da segregação processual, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade se torna um pouco mais difícil. Isso porque o CPP traz em seu artigo 282 os requisitos específicos das cautelares,

---

<sup>295</sup> PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 131-133.

<sup>296</sup> BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)> Acesso em 20/04/2013.

quais sejam a necessidade e a adequação, conjugados com fatores que não são condizentes à técnica trifásica do postulado da proporcionalidade, mas que a ela se referem em algum momento, como será visto a seguir<sup>297</sup>.

Em primeiro lugar, há que se referir que existe uma discussão doutrinária em relação ao requisito típico *fumus comissi delicti* para a decretação das cautelares. Questiona-se se há a necessidade de existência de indícios suficientes de autoria, ou se bastaria a mera probabilidade<sup>298</sup>, bem como se a prova inconteste de materialidade é obrigatória<sup>299</sup>. Com efeito, entende-se que o juiz deve averiguar essas questões, também dentro de um caso concreto.

No caso em testilha, ficou assentada a existência de indícios suficientes de autoria, bem como a prova de materialidade, ainda que indireta, eis que um exame de corpo de delito pouco esclareceria o fato, em razão de não ter havido conjunção carnal. Superado este ponto, passar-se-á à análise da existência do *periculum libertatis*. Esse requisito típico se expressa pelo preenchimento de uma das circunstâncias autorizadas previstas para a decretação das medidas cautelares no inciso I, do artigo 282, do CPP. Mesmo que o diploma legal faça menção à palavra necessidade, na verdade terá que ser feito, nesse momento, o exame do pressuposto da adequação, porquanto é o mesmo que verifica a idoneidade que o meio tem para alcançar o fim. Nesse contexto, importante considerar a possibilidade de o legislador ter inserido o vocábulo necessidade à lei, fazendo menção ao seu sentido literal, e não como referência ao princípio da proporcionalidade. Porém, supondo em sentido contrário, é de se ponderar a existência de um equívoco ou de um duplo sentido, haja vista que as finalidades de uma medida se relacionam a parcial da adequação e não da necessidade<sup>300</sup>.

A par disso, na hipótese em apreço, a prisão preventiva foi considerada medida inadequada, pois não visualizado, pela magistrada, o preenchimento das circunstâncias autorizadas da ofensa à garantia a ordem pública ou à conveniência da instrução criminal, motivos que ensejaram o pedido do Ministério Público. Restando a decisão fundamentada da seguinte forma:

---

<sup>297</sup> BONFIM, *Reforma do código de processo penal*, 29-33.

<sup>298</sup> NUCCI, *Prisão e liberdade*, p. 49-50.

<sup>299</sup> BONFIM, *op. cit.*, 26-28.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 26-29.

Quanto à alegada ofensa a garantia da ordem pública, apesar de o denunciado possuir antecedentes criminais, nenhum deles refere-se a crimes sexuais. No que tange à garantia da instrução criminal também não vejo fundamento para decreto da prisão, considerando que não há relatos de ameaças à vítima e à sua avó, com quem reside e detém a sua guarda, ou mesmo temor desta. Esta última apenas se manifestou no sentido de que as visitas do réu à filha-vítima fossem suspensas e, para tanto, há outra medida que pode ser aplicada, sem haver necessidade da prisão preventiva, que como, já ressaltado é a última medida que deve ser aplicada. Isso, aliás, vem referendado pela atual redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, em seus parágrafos 4º a 6º, dada pela Lei n. 12.403, de 04/5/2010, que ressalta que a prisão deverá ser decretada em último caso e somente se as medidas cautelares não forem suficientes. Assim, no caso em concreto, mostra-se ser o caso de, ao invés de decretar a prisão preventiva, aplicar outra medida cautelar menos drástica, qual seja, a ordem de proibição do réu de manter contato com a menor/vítima, bem como sua avó/guardiã, sob qualquer forma, até que se ultime o presente feito (artigo 319, III, do Código de Processo Penal). Assim, restará assegurada a integridade psicológica, sexual e física da vítima. Registre-se que o descumprimento da presente importará em prisão<sup>301</sup>.

Assim, é possível perceber que, na verdade, a prisão preventiva não seria uma medida, tecnicamente, inadequada a atingir as finalidades da garantia da ordem pública, eis que impediria a reiteração da conduta criminosa, ou da conveniência da instrução criminal, já que manteria o acusado afastado da vítima e da testemunha, impedindo-o de comprometer o conjunto probatório. Ocorre que, durante o exame da adequação, a magistrada não considerou que a liberdade do réu pudesse pôr em risco a garantia da ordem pública ou a instrução criminal, finalidades vislumbradas pelo Ministério Público, sendo, pois, considerada inadequada a medida de exceção. E já, partindo para a realização do exame da parcial da necessidade, a fim de averiguar a existência de um meio alternativo que realizasse o objetivo desejado, foi percebida a presença de uma medida cautelar (a do inciso III, do artigo 319, do CPP) que, comprometeria menos o direito à liberdade do acusado, atingindo, em igualdade de condições, a finalidade proposta, que, no caso, restou assentada apenas como a necessidade de suspensão do direito de visitas do réu à filha. Nesse ponto, a prisão preventiva foi considerada desnecessária, haja vista que verificada a existência de outra medida que atingiria a finalidade desejada, sem acarretar exagerada restrição ao direito de liberdade do réu.

Por fim, necessário se faz adentrar agora no estudo da proporcionalidade em sentido estrito, que requer a ponderação entre a importância da realização do fim e a intensidade de restrição aos direitos fundamentais do acusado<sup>302</sup>. Nesse ponto, importante referir que os

---

<sup>301</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Processo crime n. 109/2.11.0001790-2*. 2ª Vara Judicial da Comarca de Marau. Juiz de Direito: Caroline Subtil Elias. Marau, RS, 24 de ago. de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 23/04/2013.

<sup>302</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 160-161.

vetores estabelecidos no inciso II do artigo 282 do CPP, devem aqui ser analisados, porquanto constituem os interesses de maior relevância fática. Mesmo o artigo proferindo a expressão adequação, é nesse ponto que esses elementos merecem atenção, conforme preleciona o princípio da proporcionalidade<sup>303</sup>.

Assim, levando em consideração a medida diversa aplicada, é de se ponderar que não houve grande restrição aos direitos fundamentais do acusado, eis que apenas está impedido de manter contato com a filha (vítima) e com sua guardiã (testemunha). Em contrapartida, essa medida também assegurará o direito individual da ofendida, eis que não ficará mais em contato com o acusado, o que irá evitar o risco de o mesmo repetir o ato delituoso, bem como de ameaçá-la para que, por exemplo, mude a versão dos fatos.

No mais, é de ser revelado que o crime é grave, mas as circunstâncias do fato, de não haverem se comprovado as ameaças realizadas pelo réu à vítima ou à testemunha e, as condições pessoais do acusado, que não registra antecedentes pela prática de outros estupros, não indicam seja a prisão preventiva a medida proporcional. Conforme referido pela juíza, a prisão preventiva é medida de exceção e só poderá ser decretada quando as demais cautelares não se afigurarem adequadas, necessárias e proporcionais ao caso.

Portanto, é de se concluir que andou bem a julgadora ao decretar uma cautelar diversa ao caso, e não a prisão preventiva. Nesse sentido, restaram preenchidos os requisitos específicos das cautelares quais sejam adequação e necessidade, pois restou explanado que a medida era adequada ao caso considerando que atinge a finalidade proposta, bem como está de acordo com os elementos trazidos pela lei (gravidade do fato, condições do acusado e circunstâncias do fato). É também necessária, pois da comparação da medida mais gravosa com aquela prevista no inciso III, do artigo 319, do CPP, restou constatado que esta era mais benéfica ao acusado, bem como garantiria a realização da finalidade de afastar o mesmo da vítima, eis que imprescindível a satisfação dessa premissa, para o momento processual. Resta, de igual forma proporcional, pois da ponderação dos interesses envolvidos chegou-se ao entendimento de que não haveria necessidade de restringir totalmente a liberdade do acusado para que se efetuassem a proteção da vítima.

Em contrapartida, mesmo que de forma indireta, se satisfaz também a doutrina da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente, eis que a vítima não ficou desamparada, e o acusado não restou dizimado do seu direito individual, chegando-se à

---

<sup>303</sup>GOMES; MARQUES, *Prisão e medidas cautelares*, p. 51-55.



máxima efetivação dos direitos fundamentais envolvidos no conflito<sup>304</sup>. Nesse sentido, a medida cautelar deve ser considerada suficiente, pois visa a garantir a proteção dos direitos individuais da ofendida e da testemunha, bem como não pode ser tida como excessiva, eis que a magistrada absteve-se de aplicar ao caso a medida mais gravosa, primando pela conservação do direito de liberdade do réu, que apenas perderá este *status* caso venha a descumprir a medida imposta.

Por fim, a prisão preventiva, além de inadequada e desnecessária, foi considerada desproporcional e excessiva ao caso, revelando-se a medida de proibição de manter contato com determinada pessoa opção suficiente e proporcional, dado a apreciação da totalidade dos interesses envolvidos na colisão de direitos. Além disso, deve se considerar, sobretudo, que a prisão é medida excepcional e, sempre que possível, deve se primar pela adoção de uma cautelar diversa, tal como veio a ocorrer no caso concreto.

De outro modo, da comparação dos dois casos concretos é claramente perceptível que o primeiro se mostrou de maior gravidade, considerando a fragilidade da vítima, e as condições pessoais do acusado, impondo-se, assim, a decretação da medida excepcional. Já o segundo caso não se mostrou tão grave, eis que a violência perpetrada contra a vítima não foi tão intensa quanto à do primeiro fato, pois não houve conjunção carnal, além disso, o réu não mostrou significar perigo para a efetivação do processo, sendo a medida liberatória suficiente para garantir os interesses públicos e individuais que circundam o caso.

Logo, ponderando essas premissas é de se concluir que, mesmo, fazendo o uso do postulado da proporcionalidade, seja na sua modalidade trifásica, seja como proibição de excesso e proibição da proteção deficiente, a decretação de uma medida cautelar ou da prisão preventiva, direcionam-se, com especial atenção, as circunstâncias fáticas, eis que cada caso é único e deverá ser analisado com base nas suas particularidades. Por certo que o princípio da proporcionalidade visa a disciplinar e auxiliar a atuação do juiz, mas nem sempre sua técnica é aplicada como a doutrina diz que deve ser. O ponto mais importante que se pôde perceber pela análise dessas duas situações é que este postulado está presente nas decisões e serve para guiar a convicção do juízo, mesmo que de forma implícita.

---

<sup>304</sup>FELDENS, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 93-94.

## CONCLUSÃO

Afigura-se ao fim do presente estudo apresentar, diretamente, o que fora extraído das considerações levantadas, podendo ser elencadas as seguintes conclusões:

1. A Constituição Federal incluiu em seu texto normas de caráter conflitante, ou seja, ao mesmo tempo em que previu garantias e direitos individuais, instituiu finalidades públicas, regulando, assim, simultaneamente, o direito fundamental e individual à liberdade e o direito fundamental, individual e social à segurança pública. Nesse sentido, é que se formou a possibilidade de realizar o estudo aqui proposto, haja vista que muitas vezes o Estado no seu dever de proteção e garantia da segurança pública, acaba por ter de adentrar na esfera individual da liberdade de alguém. Um desses casos é quando ficar demonstrada a necessidade de decretação de uma medida cautelar. Nesse ponto, é possível concluir que as medidas cautelares tem por finalidade direta a garantia da efetividade do processo penal e ou da ordem pública e, indiretamente, visam a proteção da segurança pública. Assim, no momento em que houver a imposição de uma medida cautelar, o sujeito submetido a ela, restará restrito, em maior ou menor intensidade, de seu direito à liberdade, a fim de que se atinja a segurança pública. Importante frisar que, a segurança pública além de ser uma das finalidades das medidas cautelares, se não a mais importante, é o direito fundamental que entra em conflito com o direito à liberdade individual. Dessa forma, se demonstra a importância da realização de um juízo de ponderação, a partir dos postulados da proporcionalidade e/ou da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente, a fim de verificar quando será necessária a restrição cautelar à liberdade do indivíduo e, em que grau isso deverá ser feito.

2. Antes de se adentrar no juízo de ponderação propriamente dito é preciso o preenchimento de alguns requisitos das medidas cautelares. Como o questionamento aqui proposto se dá entre a decretação da prisão preventiva ou de uma medida cautelar diversa, é preciso que seja sempre possível a decretação da primeira ao caso concreto. Ou seja, é necessário o preenchimento de uma das hipóteses de cabimento previstas no artigo 313 do CPP, eis que devem ser entendidas como requisito objetivo para a imposição da prisão preventiva. Assim, sem o preenchimento de uma delas a mesma não poderá ser decretada e, se

a mesma não puder ser decretada não há que se falar em juízo de ponderação, porquanto não haverá a necessidade de se comparar a prisão preventiva com outra medida cautelar.

3. Superado esse ponto, é preciso para a decretação de qualquer medida cautelar o preenchimento dos requisitos típicos, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O *fumus comissi delicti* vem expresso pelos indícios de autoria e prova de materialidade. É de se referir, que na doutrina há divergência em relação à verificação de indícios de autoria mínimos e da prova da materialidade para a decretação de uma medida cautelar diversa. Porém, para a decretação da prisão preventiva é pacífico que eles são imprescindíveis conforme determina o *caput*, do artigo 312 do CPP. Alguns autores referem que não seria necessária a comprovação da materialidade para se impor uma cautelar liberatória, mas precisariam haver indícios mínimos de autoria e, outros entendem que nem estes seriam necessários. De qualquer forma, como não há disposição legal nesse sentido, o que se pode concluir é que isso deve se dar conforme o entendimento do magistrado que irá decretar a cautelar, tal como ocorreu nas decisões analisadas acima.

4. Após isso, deve se verificar o preenchimento do *periculum libertatis*, que nada mais é do que a satisfação de umas das circunstâncias autorizadas trazidas pela lei. Nas medidas cautelares alternativas elas estão estampadas no inciso I do artigo 282 do CPP e na prisão preventiva estão no *caput*, do artigo 312 do CPP. Assim, para a decretação de uma ou de outra medida é necessário o preenchimento de, pelo menos, uma dessas circunstâncias. É de se afirmar que essas circunstâncias se referem às finalidades que devem ser atingidas com a execução de uma medida cautelar e, se relacionam intimamente com o subprincípio da adequação, como se verá a seguir.

5. Antes de se adentrar no juízo da adequação do postulado da proporcionalidade é preciso fazer algumas críticas à redação do artigo 282, do CPP. O legislador usou o verbete necessidade ao se referir às finalidades e circunstâncias autorizadas das medidas cautelares, mas, como pode se perceber essa não foi a melhor escolha, pois causou uma confusão com o que se entende sobre o postulado da proporcionalidade. Da mesma forma, usou a palavra adequação para fazer alusão a questões que servem para delimitar as particularidades do caso concreto. Assim, o legislador trouxe para a lei, apenas dois dos pressupostos do postulado da proporcionalidade e, além disso, correlacionou-os com fatores que não traduzem seus verdadeiros significados. Primeiro porque, ao se referir às finalidades que as medidas cautelares devem atingir não deveria ter usado a palavra necessidade, se a intenção era fazer referência ao postulado da proporcionalidade, pois essa análise é realizada na adequação. Ora,

sem sombra de dúvidas, que há a necessidade de preenchimento de uma das circunstâncias autorizadoras para a decretação de uma medida cautelar. Nesse sentido, pode se concluir que a palavra necessidade guarda um duplo sentido, porquanto necessário o preenchimento de uma das circunstâncias autorizadoras para impor o cumprimento de uma cautelar e, em contrapartida, evoca-se o postulado da proporcionalidade. Mas, vale lembrar, que as finalidades das medidas se referem ao juízo realizado na adequação. De igual forma, é de se deduzir que o mesmo ocorreu com o verbete adequação, disposto no inciso II do artigo 282 do CPP. No entanto, os vetores ali expressos lembram o exame do pressuposto da proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, igualmente, a medida terá que ser adequada à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente, revelando, pois, seu significado literal. Por fim, é de se dizer que essa confusão é de cunho formal, pois não vai influir, diretamente, no juízo de ponderação das medidas cautelares, eis que em algum momento do exame, todos esses fatores serão analisados.

6. Quando se realiza o exame de adequação, conforme determina o princípio da proporcionalidade, é preciso verificar se o meio visa a atingir minimamente o fim colimado. Porém, é de se considerar que a medida cautelar será sempre adequada para realizar a finalidade a que se destina. Isso porque, as finalidades imediatas são dadas pela lei (no artigo 312, *caput*; no inciso I, do artigo 282, e, também nos próprios incisos do artigo 319, do CPP) e, qualquer finalidade intermediária buscada pelo processo penal visa, no fim das contas, garantir a segurança pública. Nesse ponto, é de recordar que a prisão preventiva é apta para atingir todas as finalidades que qualquer outra medida esteja direcionada, ou seja, ela abrange a garantia da ordem pública, a proteção da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal. Assim, pode se dizer que ela será sempre medida adequada ao fim, o que demonstra a relevância da sua comparação com outra cautelar, a fim de se preencher as demais parciais da proporcionalidade. Nesse sentido, o que é feito no juízo de adequação de uma medida cautelar do processo penal, em primeiro lugar, é a investigação da existência de configuração, no caso concreto, de uma das circunstâncias autorizadoras necessárias à decretação da medida. Assim, por exemplo, verificado e provado o risco de fuga, deve se decretar uma medida cautelar que tenha por escopo garantir a aplicação da lei penal, sendo essa, pois, sua finalidade no caso concreto. Em segundo lugar, se verifica qual das medidas do rol, além da prisão preventiva, será adequada para garantir a finalidade. Por certo que neste caso, a medida de proibição de manter contato com determinada pessoa se mostra absolutamente inadequada, mas como já dito, a finalidade é dada pela lei, então irrelevante a realização dessa investigação. De igual

forma, a medida será considerada inadequada se, ao caso, não se demonstrar configurada uma das circunstâncias autorizadoras, carecendo, portanto da relação meio e fim exigida para a aplicação do postulado da proporcionalidade, haja vista que ausente a finalidade a ser atingida pela aplicação da medida. É de se concluir, que é no exame da adequação que se constata o suprimento de uma circunstância autorizadora no caso concreto, cumprindo o que a lei exige nos artigos 312, *caput* e 282, inciso I, do CPP. E desse preenchimento já deflui a finalidade, razão de existir de uma medida restritiva de direitos.

7. Após isso, deve se passar a averiguação do pressuposto da necessidade. A necessidade se direciona a verificar a existência de um meio alternativo que, restrinja menos o direito de liberdade do indivíduo, mas que atinja em igualdade de condições as finalidades perseguidas, quais sejam garantia da segurança pública e da eficácia processual. No estudo proposto há especial dificuldade em se cumprir esse postulado. Primeiro porque, os meios alternativos à prisão preventiva já estão dispostos na lei e, eles surgiram na intenção de diminuir a restrição integral do direito de liberdade cautelarmente, sendo, pois, irrelevante a investigação de sua existência (pois, já existem), o que acaba por frustrar, um pouco, o presente exame. Em segundo lugar, os meios alternativos são diferentes entre si, não só no que atine ao grau de restrição do direito fundamental em jogo, mas também no grau de promoção das finalidades. Dessa forma, percebe-se que a prisão preventiva sempre restringirá com mais intensidade o direito à liberdade individual do que qualquer outra medida cautelar alternativa, mas, em contrapartida, atingirá em maior proporção as finalidades propostas. E isso se dá, principalmente porque, a eficiência das medidas liberatórias no alcance das finalidades colimadas é limitada, eis que subordinada à fiscalização pública. Nesse sentido, é mais fácil recolher alguém que, ameace o andamento do processo, ao cárcere, do que aplicar uma medida cautelar que necessite de fiscalização para ser eficaz, ou seja, essa medida só vai atingir a finalidade a que se destina, em igualdade de condições que a medida mais gravosa, se houver forte fiscalização do seu cumprimento. Mas como é sabido, em um país como o Brasil, isso é quase uma utopia.

Cabe aludir, que uma boa medida substitutiva da prisão, nos casos mais graves, em que esta se mostrar a melhor opção, seria o monitoramento eletrônico, porquanto visa a atingir em igualdade de condições as finalidades almejadas. Ocorre que, atualmente, diante da ausência de estrutura e de lei regulamentando seu uso, o mesmo não poderá ser aplicado, devendo o juiz se direcionar a decretação das outras cautelares.

Assim, a necessidade traz, em si, a concepção da excepcionalidade da prisão cautelar. Mas, por outro lado, seu juízo de ponderação apenas indica a existência de outras medidas cautelares menos gravosas sem, contudo, direcionar a escolha do juiz a mais proporcional ao caso. Nesse sentido, é preciso sair da análise desse pressuposto com todas as medidas encontradas que se mostrarem, de alguma forma, necessárias ao caso. Em outras palavras, tanto as que restrinjam mais, quanto as que restrinjam menos o direito fundamental em jogo; tanto as que atinjam mais a finalidade, quanto as que a atinjam menos. Isso porque, será apenas na análise da proporcionalidade em sentido estrito, após a consideração de todos os interesses envolvidos, que se verificará no caso concreto se, se deve primar pela realização máxima da finalidade, ou se, se deve restringir o menos possível o direito à liberdade do agente para atingi-la. Pois, como já visto no presente estudo as medidas cautelares alcançam em diferentes graus as finalidades, restringindo também em diferentes proporções o direito fundamental afetado.

8. Nesse momento, é possível perceber que a análise desses dois requisitos da proporcionalidade já está dada, em parte, pela lei. Primeiro, na adequação, as finalidades já estão expostas no Código de Processo Penal que, indica qual medida cautelar diversa da prisão se destina a atingir determinada finalidade. E, quando isso não está explícito, o juízo de ponderação é bastante simplório, não havendo dúvidas nesse sentido. Assim visualizada qual a finalidade que se quer atingir (ou, em outras palavras, qual circunstância autorizadora está presente ao caso), basta realizar a escolha da(s) medida(s) mais adequada(s). Veja-se é imprescindível o preenchimento de uma circunstância autorizadora, no caso concreto, para que se satisfaça o pressuposto da adequação e, ainda, para que se possibilite a aplicação do postulado da proporcionalidade. Segundo, na necessidade, as medidas alternativas já estão previstas na lei, sendo irrelevante a investigação de sua existência. Ademais, elas surgiram com a finalidade de diminuir a segregação cautelar, ou seja, por certo que são menos restritivas ao direito de liberdade do agente do que a prisão preventiva. Nesse ponto, o maior questionamento circunda em torno da diversidade do grau com que as cautelares diversas atingem as finalidades, eis que deficiente a fiscalização para a garantia da sua obediência. Além disso, é apenas diante da análise das condições particulares do caso que se chegará a conclusão do que é mais importante, se restringir menos o direito fundamental à liberdade, ou atingir em maior intensidade à finalidade da segurança pública e eficácia do processo. Por isso a importância de se conduzir todas as medidas necessárias à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

9. A proporcionalidade em sentido estrito requer uma relação de equilíbrio entre fins e meios. Assim, se compara a relevância em se satisfazer a finalidade com a importância e intensidade da restrição ao direito individual ocasionada pelo emprego do meio. No presente caso, o meio destina-se a alcançar a finalidade pública e, também direito fundamental, da segurança social que está sendo ameaçada pelo agir ilícito do indiciado ou do acusado, seja pelo fato de querer frustrar a produção da prova, seja por tencionar fugir a fim de não ser submetido aos ônus do processo penal ou, ainda, porque o crime por ele praticado abalou as bases mais sólidas da ordem pública. Por outro lado, o meio, na consecução das finalidades, atingirá principalmente, o exercício do direito fundamental à liberdade do agente, entre outros direitos a ele correlatos.

Nesse ponto, os interesses do Estado entram em choque com os interesses do cidadão. Assim, o poder estatal ao primar pelo bom desenvolvimento do processo, a fim de ver preservada a segurança pública, que foi afetada pela prática de um delito, adentra na esfera individual de uma pessoa de modo a afetar seus interesses e direitos à liberdade, à presunção de inocência (pois a medida é cautelar, não há condenação definitiva), à intimidade, causando alguns outros prejuízos à vida cotidiana da mesma, através da aplicação de uma medida cautelar restritiva. Desse modo, se revela a importância de realizar a ponderação de todas as circunstâncias peculiares ao caso na escolha de uma medida cautelar restritiva da liberdade, visando a sua individualização. Por isso reafirma-se a importância de se realizar a análise dos elementos do artigo 282, inciso II, do CPP nesse momento, e não no juízo da adequação, que como, já referido, não serve para análise dessas condições. Por certo que esses fatores estão expressos na lei a fim de adequar a medida cautelar alternativa ao fato concreto, mas quando se fala na aplicação do postulado da proporcionalidade, eles não poderão ficar adstritos apenas à análise da aplicação das medidas alternativas à prisão (qual delas optar, se a aplicação deve ser cumulativa ou não).

O que se quer dizer é que se devem considerar esses fatores, também para realizar a escolha entre a medida mais gravosa ou uma alternativa, eis que auxiliam na singularização desta ao caso. Portanto, após o juiz analisar as condições pessoais do agente, a gravidade do crime, as circunstâncias do fato, a probabilidade de reiteração criminosa e de descumprimento da medida imposta, entre outros fatores que achar conveniente, deverá, pois, aplicar a medida mais proporcional ao caso. Por isso que se deve submeter todas as medidas consideradas adequadas e necessárias ao juízo da proporcionalidade em sentido estrito, pois é somente aqui

que será realizado o julgamento mais importante do conflito em exame, que é a sua subsunção da medida ao fato realístico, diante da avaliação das condições peculiares.

**10.** Por outro lado, outra forma de realização do juízo de ponderação nas medidas cautelares é mediante a utilização dos postulados da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente. A proibição da proteção deficiente representa o limite mínimo imposto pela Constituição Federal para a proteção de um direito. Assim, ela age em prol da vítima e da sociedade, eis que necessitam da tutela estatal para a garantia da ordem e da segurança pública. Em outras palavras, ela é a proteção que o poder pública precisa oferecer aos cidadãos contra atos cometidos por terceiros. Assim, se o Estado não proteger um direito de forma suficiente à sua efetivação, ocorre o desrespeito a esse postulado. Dá para afirmar ainda, que nos casos em que se deixar de aplicar a prisão preventiva, mesmo quando ela se mostrar ser medida indispensável, haverá o descumprimento dessa concepção. Já, a proibição de excesso representa o limite máximo ao agir estatal quando da aplicação de uma medida restritiva de direitos, de modo a evitar decisões arbitrárias. Nesse sentido, esse postulado é a proteção que o indivíduo tem de não se ver privado cautelarmente de sua liberdade por uma decisão ilegítima. Assim, ao se aplicar uma medida restritiva de direitos deve se certificar de que a mesma não irá representar restrição excessiva ao direito de liberdade do agente e, nem mesmo, proteção insuficiente à finalidade que se busca atingir, ou seja, a segurança pública.

**11.** Em uma ligeira análise, seria possível afirmar, de acordo com o pensamento de alguns autores estudados, que essas duas noções se encontram inseridas no elemento da necessidade. Na medida em que, a proibição de excesso indicaria o meio que, dentre outros adequados disponíveis, menos onerasse o direito individual afetado, e a proibição da infraproteção indicaria que para o cumprimento da finalidade colimada inexistiram, ao caso, medidas alternativas mais suaves. Ocorre que, no momento em que se valorar qual deve ser o nível de restrição de um direito individual, para que o meio atinja de forma ideal a finalidade desejada, já está por se adentrar no juízo da proporcionalidade em sentido estrito. E como já referido, para a antinomia aqui proposta, a única forma de se realizar a aplicação de uma medida restritiva de forma justa é mediante a análise do caso concreto. Portanto, para se chegar à conclusão de quando deverá a restrição do direito à liberdade se dar em seu grau máximo, para que se realizem as finalidades perseguidas, deve se analisar minuciosamente todas as condições e interesses que circundam o caso concreto e, isso é feito na análise do elemento da proporcionalidade em sentido estrito. Desse modo, é de se perceber que o juízo de equilíbrio expressado pela proibição de excesso e pela proibição da infraproteção apenas



será verificado diante da análise casuística, eis que é ela que irá indicar se a medida restritiva ao direito de liberdade é suficiente para atingir suas finalidades de garantir a segurança pública e a efetividade do processo, e não excessiva em relação ao direito individual limitado.

**12.** Nesse contexto, não seria necessário se realizar um estudo dissociado dos postulados da proporcionalidade e da proibição de excesso e proibição da proteção deficiente, pois em algum momento o juízo de ponderação que é feito em um ou em outro se confunde, mais especificamente no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Por outro lado, se mostra extremamente relevante, para se chegar a solução aqui buscada, a análise da integralidade das circunstâncias especiais de cada caso. Dá para afirmar ainda, que enquanto o postulado da proporcionalidade exige um juízo metódico de ponderação (teorema trifásico), as concepções da proibição de excesso e da proibição da proteção deficiente (para a problemática aqui referida as concepções devem ser estudadas conjuntamente) incidem diretamente na análise das premissas mais importantes do julgamento em questão, ou seja, a mensuração das condições do fato. E como visto, é só depois de se analisarem os interesses fáticos que se chegará a medida mais proporcional ao caso.

**13.** Cabe ainda, considerar que os autores estudados, ao analisarem os casos hipotéticos isoladamente em cada pressuposto da proporcionalidade, não conseguiram abranger o conteúdo real do postulado. Em outras palavras, ao usaram casos diferentes para explicar a adequação, a necessidade ou a proporcionalidade em sentido estrito e, não um único caso aplicando as três, acabaram por confundir e adentrar, por vezes, na análise no elemento subsequente. Para entender o legítimo funcionamento do postulado da proporcionalidade é preciso aplicá-lo a um caso concreto, ou mesmo hipotético, do início ao fim e, não apenas um ou dois dos seus elementos. Isso porque, dependendo do caso em que o mesmo será aplicado, dos direitos envolvidos e das finalidades a serem alcançadas, é que se amoldará o juízo de ponderação e, por vezes, o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito podem se mesclar. O que se quer dizer, é que a aplicação do postulado na teoria, se difere de sua aplicação na prática. O fato é que, mesmo seguindo um juízo de ponderação com base naquilo que está expresso na lei, conjugando com um dos postulados estudados ou com todos, haverá sempre a ideia da justa medida entre a decretação de uma prisão preventiva ou uma medida cautelar diversa.

**14.** Por fim, independente de como o juízo de ponderação é realizado, se pelo postulado da proporcionalidade ou pelo da proibição de excesso associado com o da proibição da proteção deficiente, deve-se satisfazer sempre todos os requisitos legais exigidos,

principalmente aqueles objetivos que possibilitam a realização da comparação entre as medidas (art. 313 do CPP). Simultaneamente, e não menos importante, deve se proceder à análise das circunstâncias e interesses envolvidos no caso concreto, pois é isso que vai determinar a individualização da medida ao caso. Assim, com base nesse entendimento, se pondera se ao caso deverá a finalidade (garantia da segurança pública e da efetividade do processo penal) ser realizada em seu grau máximo decretando-se a prisão preventiva ou se, deve se optar em restringir em menor grau o direito à liberdade do indivíduo afetado, aplicando uma medida cautelar diversa. Ainda, cabe frisar que as medidas cautelares surgiram como forma de enfatizar o caráter excepcional da segregação cautelar, devendo-se sempre primar pela decretação de uma delas, a fim de resguardar a medida mais gravosa aos casos em que realmente esteja demonstrada a sua necessidade. Portanto, é possível perceber que a decretação de uma medida cautelar, ao caso concreto, está vinculada a percepção do juiz acerca das condições fáticas, pois são elas que vão direcionar a uma escolha proporcional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, BA, n. 4, v. 1, 2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 25 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BELO, Warley. **A prisão preventiva e a presunção de inocência**. ibccrim. Disponível em <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em 24 ago. 2012

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 18 maio 2011.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 32.607** – RS, do 6ª Turma. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, 13 de jun. de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 25 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 38.681** – MS, do 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 07 de mar. de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 25 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 14.270** – SP, do 6ª Turma. Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 19 de mar. de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 25 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 855-2** – PR, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 06 de mar. de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 20 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 958-3** – RJ, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de mai. de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 100.828** – MG, da 1ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 de mai. de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 95.483** – MT, da 1ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de set. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 80.717-8** – SP, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de jun. de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 90.063** – SP, do 1ª Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 27 de mar. de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 77.052** – MG, do 2ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de jun. de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 855 - PR.**, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 01 de jul. de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 20 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação crime n. 70003435021**, da 6ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, RS, 13 de dez. de 2001. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 08 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo crime n. 109/2.11.0001673-6**. 1ª Vara Judicial da Comarca de Marau. Juiz de Direito: Caroline Subtil Elias. Marau, RS, 10 de ag. de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 23 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo crime n. 109/2.11.0001790-2**. 2ª Vara Judicial da Comarca de Marau. Juiz de Direito: Caroline Subtil Elias. Marau, RS, 24 de ag. de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 23 abr. 2013.

CÂMARA, Paulo Sette. **Reflexões sobre segurança pública**. Belém: Universidade da Amazônia, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÉRICO, Laura. **Die Struktur der verhältnismäßigkeit**. Deutsch: Broschiert, 2001.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Humberto. **Princípios constitucionais do processo penal brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

FERNANDES, Og (coord.). **Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência dos tribunais de direitos de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GALETA, Diana Urania. **Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità**. Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Nota 18, 1994.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Magno Federici; TRINDADE, Hugo Vidal. A Compatibilidade entre a Presunção da Inocência e a Prisão Preventiva. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre: Síntese, n. 53, v. 9, p.18-33, 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

GUZELLA, Tathiana Laiz. **Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso na ordem tributária-penal**. Conpedi. Disponível em: <[www.conpedi.org.br/anais/36/15\\_1128.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/15_1128.pdf)> Acesso em: 01 de abr. 2013.

LIMA, Marco Antônio Ferreira Lima; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e medidas liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. **Evolução do código de processo penal**. tjsr. Disponível em: <[http://www.tjsr.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao\\_Codigo\\_Processo\\_Penal.pdf](http://www.tjsr.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf)> Acesso em: 12 maio 2011.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. De acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. Tradução Cristina Murachco.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Atualização do processo penal: Lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011**. O capítulo se incorporará a 15 ed. do Curso de Processo Penal, 2011. Inédito.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Das condições da ação penal condenatória**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

PINHEIRO, Luiz Eduardo de Souza Sant'Anna. **Nova lei das prisões**. fesmp. Disponível em: <<http://www.fesmp.com.br/upload/02/830663034.pdf>> Acesso em: 24 ago. 2011.

SANTOS, Tiago Macedo dos; UBEDA Edson Luis Ruiz. **Fiscalização das medidas cautelares diversas á prisão: novas atribuições e desafios da polícia judiciária ou utopia?** .pc.ms. Disponível em <[http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id\\_comp=2053&id\\_reg=7195&voltar=lista&site\\_reg=160&id\\_comp\\_orig=2053](http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id_comp=2053&id_reg=7195&voltar=lista&site_reg=160&id_comp_orig=2053)> Acesso em: 01 jun. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, IBCCRIM, a. 12, v. 47, p. 100-122, 2004.

SILVA, David Medina da. **Prisão e liberdade na Lei n° 12.403/2011.** mp.rs. Disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/prisao\\_e\\_liberdade\\_david\\_medina.pdf](http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/prisao_e_liberdade_david_medina.pdf)> Acesso em: 16 ago. 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Cláudio. **Princípios de processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WUNDERLICH, Alberto. **Princípio da presunção de inocência e a natureza jurídica da prisão preventiva.** ibccrim. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em: 24 ago. 2012.

VIEIRA, Antônio. **Princípio da proporcionalidade e prisão provisória.** Ibccrim. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)> Acesso em: 18 abr. 2013.