

MARCOS JOSÉ DE JESUS PORTO

**A PROPORCIONALIDADE E AS MEDIDAS
CAUTELARES PESSOAIS**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2009**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MARCOS JOSÉ DE JESUS PORTO

**A PROPORCIONALIDADE E AS MEDIDAS
CAUTELARES PESSOAIS**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito à Banca
Examinadora do Centro Universitário Toledo sob
a orientação da Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal
Farras Napolini Sanches.

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2009**

PORTO, Marcos Jose de Jesus.
P853p A proporcionalidade e as medidas cautelares pessoais/Marcos
José de Jesus Porto; orientadora: Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal
Farras Napolini Sanches. Araçatuba, SP [s.n.], 2009.
102 f.

**Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário
Toledo - UNITOLEDO.**

1. Proporcionalidade; 2. Dignidade da pessoa humana; 3. Direitos
fundamentais; 4. Medidas cautelares pessoais.

341.46

MARCOS JOSÉ DE JESUS PORTO

**A PROPORCIONALIDADE E AS MEDIDAS CAUTELARES
PESSOAIS**

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da UNITOLEDO, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADORA: Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farras Napolini Sanches

1º

EXAMINADOR:

2º

EXAMINADOR:

Araçatuba, ____ de _____ de 2009.

*Aos meus pais José Porto Silvério e
Alvarina Maria de Jesus.*

*A minha irmã Martha Bethânia, ao meu
cunhado Reginaldo e aos meus queridos
sobrinhos Murilo e Rafaela.*

*Ao meu sogro Sebastião Simões de
Araújo e a minha sogra Laura.*

*A minha esposa Flavia Simões de Araújo
e a minha filha Tainá Simões Ruffing.*

Agradecimentos

A Deus, razão de tudo.

Aos meus pais, minha mais profunda gratidão pelas inestimáveis lições de vida.

À minha irmã, cunhados e sobrinhos, pelo companheirismo.

A meu sogro, pelos ensinamentos sem os quais não teria concluído este trabalho.

A minha esposa e à minha filha, pelo amor e pela compreensão.

NÃO SEI...

Não sei... se a vida é curta...

Não sei...

Não sei...

se a vida é curta
ou longa demais para nós.

Mas sei que nada do que vivemos
tem sentido,
se não tocarmos o coração das pessoas.

Muitas vezes basta ser:
colo que acolhe,
braço que envolve,
palavra que conforta,
silêncio que respeita,
alegria que contagia,
lágrima que corre,
olhar que sacia,
amor que promove.

E isso não é coisa de outro mundo:
é o que dá sentido à vida.

É o que faz com que ela
não seja nem curta,
nem longa demais,
mas que seja intensa,
verdadeira e pura...
enquanto durar.

Cora Coralina

PORTO, Marcos José de Jesus. A proporcionalidade e as medidas cautelares. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2009.

RESUMO

O presente trabalho visa a demonstrar como deve ser realizada a correta análise da proporcionalidade no que pertine as medidas cautelares pessoais. Apesar de ter sido utilizado no Brasil pela primeira vez em 1993, verifica-se que os julgadores resistem em aplicá-la, como regra geral, e quando dela se valem, dão interpretação inadequada a seus subprincípios. Levando-se em consideração a crescente evolução social, torna-se necessário empreender uma análise acerca das irrepreensíveis formas por meio das quais o direito deve se justapor aos conflitos surgidos. Para tanto, o emprego dos princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, assim como o estudo dos direitos comparado e interno, especialmente no âmbito do direito processual penal constitucional, constituem-se meios aptos a que se possa alcançar soluções para que o ordenamento jurídico seja aperfeiçoado de molde a garantir julgamentos justos. Constatando-se disparidades na interpretação e, de conseqüência, na aplicação do direito, devem ser buscadas corrigendas urgentes, sem as quais não pode haver efetivação de direitos, notadamente o direito à liberdade. É nesta perspectiva que a presente dissertação se insere, evidenciar, a partir da abordagem da proporcionalidade, fatores que podem permitir a harmonização das normas relativas às medidas cautelares pessoais aos postulados inscritos no Texto Constitucional vigente.

Palavras chaves: Proporcionalidade; Dignidade da pessoa humana; Direitos fundamentais; Medidas cautelares pessoais.

ABSTRACT

The present work seeks to demonstrate how the correct analysis of the proportionality should be accomplished in the one that concern the measures personal caution. In spite of it being used in Brazil, for the first time in 1993, it is verified that the judges resist in applying her, as general rule, and when of her they are been worth, they give inadequate interpretation your subprincípios. Being taken in consideration to growing social evolution, to do become necessary to undertake an analysis concerning the blameless forms through which the right should juxtapose if to the appeared conflicts. For so much, the employment of the beginnings constitutional, implicit or explicit, as well as the study of the rights compared and I intern, especially in the ambit of the penal procedural right constitutional, capable means are constituted what she can reach solutions so that the juridical to order is improved from mold to guarantee fair judgments. Being verified disparities in the interpretation and, of consequence, in the application of the right, urgent repairs should be looked for, without which it cannot have fixed of rights, especially the right to the freedom. It is in this perspective that interferes to present dissertation, to evidence, starting from the approach of the proportionality, factors that you/they can allow the harmonization of the relative norms to the measures personal cautions to the postulates enrolled in the effective Constitutional Text.

Key words: Proportionality; The human person's dignity; Fundamental rights; Measures personal cautions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
 CAPÍTULO I. PRINCÍPIO DA PORPORCIONALIDADE	16
1.1. Considerações gerais	16
1.2. Princípio da proporcionalidade como uma norma-princípio.....	26
1.3. Subsunção <i>prima facie</i> e intervenção em direito fundamental.....	30
1.4. Subprincípios do princípio da proporcionalidade	31
1.4.1. Adequação – <i>proibição de excesso</i>	31
1.4.2. Necessidade	33
1.4.3. Proporcionalidade em sentido estrito	34
1.5. O princípio da proporcionalidade como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.....	35
 CAPÍTULO II. AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO E O PAPEL DOS TRIBUNAIS	41
2.1. Espécies de medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro.....	49
2.1.1. Prisão em flagrante - medida de <i>cautela menor</i> ou de <i>subcautela</i>	50
2.1.2. Prisão preventiva	64
2.1.2.1. Aspectos gerais da prisão preventiva.....	65
2.1.2.2. Propostas de alteração legislativa	73
2.1.3. Prisão temporária.....	86
2.1.4. Liberdade provisória.....	92
 CONCLUSÃO.....	97
 REFERÊNCIAS	100

INTRODUÇÃO

As Revoluções Liberais dos séculos XVII e XVIII provocaram uma drástica alteração na relação cidadão-Estado. O homem, que até então era considerado um mero objeto, passou a ser visto como sujeito de direitos, justamente em face de sua condição de pessoa humana.

Precitadas revoluções influenciaram as legislações do mundo inteiro, tendo sido editadas declarações de direitos no continente americano (Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e Declaração de Independência dos Estados Unidos) e europeu (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

Traço característico de mencionadas declarações, bem como das constituições liberais delas provenientes, é a previsão expressa de uma série de direitos do homem, direitos fundamentais, os quais tem por objetivo conter as intervenções estatais abusivas no direito de liberdade do cidadão.

Os chamados direitos de *primeira geração*, relacionados ao direito de liberdade, exigiram, inclusive, uma mudança na forma de atuação do Estado, mormente no que pertine ao *jus puniendi*. Assim, o direito do Estado de punir o infrator da norma encontrou limitações rígidas, via da previsão de uma série de direitos e garantias processuais, todos ligados ao devido processo legal. Dentre mencionados direitos, destacam-se o da presunção de inocência e o da jurisdicionalidade, consagrados na Constituição da Virgínia de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Nota-se que, no que pertine à presunção de inocência, houve oposição por parte da Itália, a ponto do Código de Rocco, datado de 1930, não consagrá-la, pois que era tida como um excesso de individualismo e garantismo.

No Brasil a consolidação do Estado de Direito se deu com o advento da nova ordem constitucional, instaurada a partir da Magna Carta de 1988, a qual trouxe uma série de direitos e garantias fundamentais, com especial destaque para os chamados *direitos de primeira geração*, dentre eles o da liberdade, do devido processo legal, da jurisdicionalidade, da presunção de inocência etc..

Posteriormente foi verificada a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), bem como ao Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos, o que resultou num incremento das garantias asseguradas pelo texto constitucional.

Especificamente no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, observa-se que a previsão constitucional colocou em discussão vários dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro, notadamente aqueles relativos à obrigatoriedade da prisão preventiva. Tal questão justifica-se quando se observa que nosso estatuto processual penal data da década de 40 e, o que é mais grave, teve como inspiração o já mencionado Código de Rocco, editado por Mussolini, em 19 de outubro de 1930.

Com isso, a aplicação do princípio da inocência no Brasil tem se dado de forma lenta, gradual, com significativa contribuição da jurisprudência, mormente no sentido de impedir a aplicação de qualquer medida restritiva do direito de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. As exceções ficam por conta das hipóteses de preenchimento dos requisitos necessários à imposição de medida cautelar. Daí a escolha do tema: a proporcionalidade e as medidas cautelares pessoais.

Tal escolha justifica-se porque, mesmo com relação às medidas cautelares pessoais, marcadas pela intervenção no direito fundamental de liberdade do cidadão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem firmado parâmetros rígidos para a imposição das mesmas, com forte interferência do princípio da proporcionalidade, em suas três vertentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Dessa forma, as medidas interventivas no direito de liberdade só poderão ser fixadas quando se mostrarem adequadas e necessárias, ou seja, quando atingirem o fim pretendido e representarem meio menos gravoso a direito fundamental do indivíduo.

Dentro dessa nova perspectiva se discute, na atualidade, a possibilidade e a necessidade de adoção de medidas cautelares alternativas ou mesmo substitutivas à prisão, dentre elas a condução coercitiva, a obrigatoriedade de comparecimento perante a autoridade judiciária, sempre que instado, a proibição de se ausentar da comarca sem prévia autorização judicial, a obrigatoriedade de recolhimento domiciliar, dentre outras.

No caso do Brasil, nota-se um atraso na produção legislativa com relação aos países europeus, especialmente no que se refere à fixação de um rol de medidas alternativas ou substitutivas à prisão, bem como a obrigatoriedade do magistrado em fundamentar, de forma expressa, a imposição da medida cautelar escolhida.

Melhor seria se nosso país adotasse a via legislativa eleita por países como França e Itália, prevendo um rol gradativo de medidas cautelares e forçando o

magistrado a justificar a escolha, por intermédio da demonstração da necessidade e adequação da medida no caso concreto.

Mas, infelizmente, essa não é a escolha do legislador brasileiro, conforme restará evidenciado no presente trabalho. Afinal, não se extrai nem mesmo do projeto de reforma que tramita no Senado a intenção de vincular o magistrado à necessidade de fundamentação adequada quando da imposição de medida cautelar no processo penal. Ao que parece, continuará vigorando, na prática, duas medidas extremas – a liberdade provisória ou a prisão provisória (prisão em flagrante; prisão preventiva e prisão temporária). E mais, continuará sendo verificado o uso abusivo da liberdade mediante fiança, como se não existissem inúmeras medidas cautelares alternativas e substitutivas mais consentâneas com a finalidade buscada.

A fixação do princípio da proporcionalidade como uma norma-princípio e a definição de seus subprincípios, já no primeiro capítulo do trabalho, tem o condão de evidenciar a importância de tal instituto em momentos distintos, da elaboração e da aplicação da norma, justamente como forma de afastar as constantes ofensas a direito fundamental, sobretudo ao direito de liberdade, e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana.

Conforme será exposto também no primeiro capítulo, o processo penal representa o instrumento hábil para a resolução do conflito travado entre dois interesses conflitantes, o interesse garantista e o interesse punitivo do Estado. Todavia, tal instrumento só poderá cumprir a sua missão se forem respeitados os princípios norteadores do devido processo legal, dentre eles o da imparcialidade e o da jurisdicionalidade.

Mencionados princípios decorrem, na realidade, da escolha feita pelo legislador constituinte de instituir um verdadeiro Estado democrático de Direito.

Porém, tal escolha deve ser reafirmada cotidianamente, não só por intermédio da elaboração de normas procedimentais garantistas, mas, também, por intermédio de uma intervenção constante por parte do Poder Judiciário, a fim de afastar medidas interventivas em direitos fundamentais, a exemplo do que acontece com as recentes operações levadas a efeito pela Polícia Federal em nosso país.

As medidas cautelares não podem servir de instrumento de vingança, nem mesmo podem se revestir do caráter de exemplaridade, próprio das penas impostas por força de condenação transitada em julgado.

No segundo capítulo, serão definidas as espécies de medidas cautelares pessoais no processo penal, com ênfase para as prisões provisórias (prisão em flagrante; prisão preventiva e prisão temporária).

Especificamente no que pertine a prisão em flagrância delitiva, restará evidenciada a necessidade inarredável de acompanhamento do procedimento por defensor do acusado, inclusive com a possibilidade de acesso a todos os documentos já confeccionados e juntados aos autos de inquérito policial, à exceção daqueles relativos a diligências ainda não conclusas.

Já no que tange ao instituto da prisão preventiva, a primeira colocação é no sentido de que se trata de medida eminentemente cautelar, de natureza processual. Para alguns, definida como a prisão cautelar por excelência.

Será traçado um paralelo entre a prisão preventiva e a prisão em flagrante, a fim de demonstrar que a primeira busca a sua justificativa e fundamentação na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo; enquanto que a segunda visa a proteção do ofendido e a garantia da qualidade probatória.

Será, também, discutida, ainda no que se refere à prisão preventiva, a possibilidade de sua decretação, ex officio, pela autoridade judiciária. Para o prof. Eugênio Pacelli de Oliveira, tal possibilidade existe, tão-somente, no curso da ação penal, sendo inadmissível no curso das investigações policiais.

No caso da prisão em flagrante e da prisão temporária, restará provado que o que deve haver é o pedido de sua revogação, por não estarem mais presentes os motivos ensejadores ou por ter terminado o prazo legal previsto para a temporária, ou mesmo a anulação de tais prisões, caso presente alguma ilegalidade.

Constará que a prisão temporária tem finalidade distinta da preventiva, justamente no sentido de viabilizar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial. Tal prisão não pode ser decretada de ofício pela autoridade judiciária, e tem prazo de duração máximo previsto em lei.

Neste particular, se fixará uma observação de relevo, qual seja a de que o prazo previsto em lei é o prazo máximo, isto é, não há qualquer impedimento à fixação, pela autoridade judiciária, de prazo menor, desde que suficiente para o atingimento do fim pretendido.

No caso da prisão em flagrante e da prisão temporária, se provará que o que deve haver é o pedido de sua revogação, por não estarem mais presentes os motivos

ensejadores ou por ter terminado o prazo legal previsto para a temporária, ou mesmo a anulação de tais prisões, caso presente alguma ilegalidade.

Ficará consignado o registro de um posicionamento extremamente interessante, esboçado por Alberto Silva Franco, no sentido de considerar a prisão temporária como uma forma de regulamentação da malfada detenção para averiguações, prática esta típica do período autoritário.

Finalizando, será delimitado o instituto da liberdade provisória, tida por muitos como medida de contra-cautela, mas que, na verdade, representa verdadeira medida cautelar pessoal, pois que diverge claramente da liberdade plena, resultado do estado natural da pessoa humana.

No que se refere à delimitação do instituto da liberdade provisória, será apontada a existência de um rol legal de medidas substitutivas à prisão, dentre elas a liberdade mediante fiança, já que tal instituto deve ser aplicado, tão-somente, como substituição à prisão em flagrante, jamais em substituição à prisão preventiva e à prisão temporária.

A pesquisa se encerrará fazendo referências à opção legislativa constante da Lei dos Juizados Especiais Criminais, notadamente no que tange à substituição da prisão em flagrante pelo comprometimento do agente de comparecimento perante a autoridade judiciária, em data e horários determinados.

Relativamente à aplicação do princípio da proporcionalidade na decretação da prisão preventiva, restará evidenciado que o Brasil está longe de atingir, na sua plenitude, o verdadeiro Estado de Direito. Primeiro em decorrência da ausência de alternativas legais à medida cautelar restritiva da liberdade; segundo, pela falta de previsão expressa no sentido de obrigar a autoridade judiciária a evidenciar a necessidade da imposição da medida escolhida, especialmente quando se tratar da medida de encarceramento.

No campo das alterações legislativas propostas, se mostrará que pouco avanço haverá, também, com relação à tipificação mais clara e precisa dos pressupostos (lato sensu) da prisão preventiva. Assim, expressões vagas e imprecisas, tais como garantia da ordem pública e da ordem econômica, garantia da instrução criminal etc., continuarão fazendo parte do nosso ordenamento jurídico, possibilitando a imposição de medida sem a devida fundamentação.

O método a ser utilizado é o dedutivo, partindo-se de hipóteses genéricas (premissas maiores) para afirmações científicas (premissas menores apoiadas em pesquisas reais).

Empregar-se-á como fonte da pesquisa pretendida o direito estrangeiro, mas, principalmente, o interno, analisando-se, à luz da doutrina e jurisprudência alguns fatores relativos às medidas cautelares pessoais que são objetos de críticas constantes por parte dos estudiosos.

Desse modo, o objetivo deste trabalho é evidenciar que a prisão de qualquer cidadão, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deve ser medida de exceção, extrema, comportável, tão-somente, quando preenchidos os requisitos necessários e observados sempre os subprincípios do princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1.1. Considerações gerais

O surgimento do princípio da proporcionalidade, assim como a sua evolução, encontra-se indissociavelmente relacionado à busca pela proteção dos direitos e garantias individuais da pessoa humana. A doutrina, entretanto, é divergente ao apontar a sua origem. Para Avolio (1995, p. 53-54) “a noção de proporção remonta aos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, se confundindo com a própria noção de direito: o equilibrium da balança de Thémis”.

Luigi Ferrajoli (2006, p. 366) informa que o princípio da proporcionalidade remonta à Antiguidade, muito embora só consiga se impor à época do Iluminismo, quando amadureceram os pressupostos do direito penal moderno, dentre eles a legalidade, a certeza, a igualdade, a mensurabilidade e a preocupação com o cálculo da pena.

Evidenciando a antiga relevância do princípio da proporcionalidade, especialmente no que pertine à relação pena-delito, precitado pensador italiano (2006, p. 366) ensina que, muito embora não haja qualquer relação natural entre os dois institutos, tal fator não retira a necessidade de que a primeira seja adequada ao segundo em alguma medida.

No mais, Ferrajoli (2006, p. 366) informa que o *princípio da proporcionalidade*, expressado na máxima *poena debet commensurari delicto*, é um corolário dos princípios da legalidade e da retributividade, e tem nestes seu fundamento lógico e axiológico.

Buscando sustentar sua tese, Ferrajoli (2006, p. 415) ainda faz referências a inúmeros registros dos quais se extrai colocações relativas à aplicação do princípio da proporcionalidade na relação delito-pena¹.

¹ Pode ser interessante recordar que uma tese exatamente oposta foi sustentada por Aristóteles, que indicou este mesmo critério, mais do que como limite máximo, como limite mínimo: *o talião não é justo sem a regra da proporção [...] Se um arrancou um olho do outro, não é justo se contentar com arrancar um olho ao ofensor; porque é preciso que seu castigo seja maior conforme a regra da proporção, posto*

Suzana de Toledo Barros (1996, p. 34 e ss.), por sua vez, vê sinais do princípio da proporcionalidade nas teorias jusnaturalistas, surgidas na Inglaterra no século XVII, justamente em face do dever do soberano de respeitar os direitos inerentes à natureza humana.

Willis Santiago Guerra Filho (2000, p. 75-76) ressalta que o desenvolvimento da noção de proporcionalidade, a partir da idéia da existência de direitos inerentes ao homem, antecede ao surgimento do próprio Estado, podendo ser extraído da Constituição de João sem Terra, datada de 15 de junho de 1215².

Cesare Beccaria (2006, p. 31), por seu turno, relacionando a aplicação da proporcionalidade na seara penal, assevera:

para que toda pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, devendo, porém, ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas circunstâncias, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.

Para J.J. Canotilho (1998, p. 259-260) o princípio da proporcionalidade surgiu no século XIX e se restringiu ao campo do direito administrativo, notadamente as formas de se controlar a atuação administrativa sobre a liberdade do indivíduo.

Foi com o advento do pensamento iluminista (média das convicções da Europa ocidental “progressista” no século XVIII) que a aplicação da proporcionalidade

que o ofensor foi o primeiro que atacou e cometeu o delito. Ainda com mais severidade já se afirmou que na vida futura os delitos comportarão um castigo dez vezes maior (Luigi Ferrajoli, 2006, p. 415).

² INGLESA, Constituição. Disponível em: direitoshumanos.usp.br. <Acesso em 01.09.2008>.

PREÂMBULO: João, pela graça de Deus rei da Inglaterra, senhor da Irlanda, duque da Normandia e da Aquitânia e conde de Anjou, aos arcebispos, bispos, abades, barões, juizes, couteiros, xerifes, prebostes, ministros, bailios e a todos os seus fiéis súditos. Sabei que, sob a inspiração de Deus, para a salvação da nossa alma e das almas dos nossos antecessores e dos nossos herdeiros, para a honra de Deus e exaltação da Santa Igreja e para o bem do reino, e a conselho dos veneráveis padres Estevão, arcebispo de Cantuária, primaz de Inglaterra e cardeal da Santa Igreja Romana [...] e dos nobres senhores Guilherme Marshall, conde de Pembroke [...], oferecemos a deus e confirmamos pela presente Carta, por nós e pelos nossos sucessores, para todo o sempre, o seguinte: [...] 1. A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem, prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator (contentementum); a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressaltando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos. 2. Não serão aplicadas multas aos condes e barões senão pelos pares e de harmonia com a gravidade do delito. [...] 1. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. 2. Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça. (1) Outorgada por João sem Terra em 15 de Junho de 1215, e confirmada; seis vezes por Henrique III; três vezes por Eduardo I; catorze vezes por Eduardo III; seis vezes por Ricardo II; seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V, e uma vez por Henrique VI. Inglaterra. Disponível em: direitoshumanos.usp.br. <Acesso em 01.09.2008>.

apareceu efetivamente como instrumento de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana frente ao arbítrio do Estado. As revoluções burguesas do século XVIII, pautadas, sobretudo, na crença na intangibilidade do homem e na necessidade de respeito à sua dignidade, tiveram papel de destaque na inserção do princípio da proporcionalidade no âmbito constitucional.

Naquele momento histórico, os excessos punitivos estatais eram mais freqüentes em dois setores, o administrativo e o penal³, com destaque para o primeiro, justamente em decorrência do poder de polícia do Estado.

Evidenciando a estreita ligação da teoria da proporcionalidade ao direito de polícia e à jurisdição administrativa, durante conferência realizada no ano de 1791, foi formulada a seguinte definição: *O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos.* (Paulo Bonavides, 2008, p. 407)

Mas a função mais relevante do princípio da proporcionalidade foi exercida sobre a produção legislativa estatal (fase de evolução do princípio da legalidade), pois que possibilitou a edição de normas jurídicas próprias do Estado de Direito.

Dentre as mencionadas normas jurídicas, ganha especial relevo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789⁴, que traz previsões limitadoras do poder estatal, tanto no âmbito administrativo (artigo 5)⁵ quanto na seara penal (artigo 7).⁶

Luigi Ferrajoli (2006, p. 506) lembra que a presunção de inocência e o princípio de jurisdicionalidade foram consagrados na Constituição da Virgínia de

³ Relativamente ao direito penal, Mariângela (2003, p. 41) vê na Lei do Talião a representação do conteúdo da concepção retributiva da pena, e a primeira forma encontrada para se estabelecer a qualidade da pena a ser imposta, o que foi repetido em todos os ordenamentos arcaicos, desde o Código de Hamurabi, a Bíblia e a Lei das XII Tábuas.

⁴ CIDADÃO, Declaração dos Direitos do Homem e do. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br.

⁵ Art. 5. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br.

⁶ Art. 7. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém, todo o cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br.

⁷ VIRGÍNIA, Declaração da. Disponível em: const1.blogspot.com.

⁸ Artigo 8º - Todo o poder de deferir as leis ou de embarçar a sua execução, qualquer que seja a autoridade, sem o seu consentimento dos representantes do povo, é um atentado aos seus direitos e não tem cabimento. Disponível em: const1.blogspot.com. <Acesso em 02.09.2008>.

Art. 9. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br. <Acesso em 02.09.2008>.

1776 – Bill of Rights⁷ - em seu artigo 8º⁸ - e nos artigos 7 e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Além disso, Ferrajoli registra a resistência italiana à presunção de inocência, a ponto de taxarem-na de *estranho e absurdo extraído do empirismo francês*.

A influência da oposição pregada pela Itália foi tamanha que o Código de Rocco, datado de 1930, não consagrou a presunção de inocência, a qual era vista como um excesso de individualismo e garantismo. (Ferrajoli, 2006, p. 507)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão inspirou a edição de outras declarações e de textos constitucionais pelo mundo inteiro, em especial nos países adeptos do constitucionalismo liberal, e continua em pleno vigor na França, por força do preâmbulo do texto constitucional de 1958¹⁰, integrando o chamado “bloc de constitutionnalité¹¹”, via do qual é realizado o controle de constitucionalidade por parte do Conselho Constitucional.

Antes, porém, havia previsões relativas à proporcionalidade em textos constitucionais, conforme se depreende das Constituições do rei de Sardenha de 1723 e 1729, particularmente no que tange à necessária proporcionalidade entre a pena aplicada e a quantidade de delitos cometidos. (Ferrajoli, 2006, p. 414)

Ainda no que concerne à proporcionalidade da pena, Luigi Ferrajoli (2006, p. 366) informa que o princípio se afirmou no Código Leopoldino de 1786 e, depois, no Código Napoleônico de 1810.

A Constituição Francesa de 1791¹², tanto em seu preâmbulo quanto no artigo 3º¹³, previu de forma expressa o princípio da legalidade, contribuindo para o

¹⁰ FRANCESA, Legislação. Disponível em www.artnet.com.br.

¹¹ A Constituição de 04 de Outubro de 1958 (actualizada em 03 de Outubro de 2000) Aquando do 40º aniversário da Constituição de 04 de Outubro de 1958, o Conselho constitucional pôs em linha no seu site uma rubrica especial com 20 perguntas-respostas sobre a Constituição, tratadas por especialistas de direito constitucional.

Preâmbulo: O povo francês proclama solenemente a sua adesão aos Direitos Humanos e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo preâmbulo da Constituição de 1946. Em virtude destes princípios e do princípio da livre determinação dos povos, a República oferece aos Territórios Ultramarinos que manifestem vontade de a ela aderir novas instituições baseadas no ideal comum de liberdade e fraternidade, concebidas com vistas a sua evolução democrática. Disponível em: www.artnet.com.br. <Acesso em 04.01.2009>.

¹² FRANCESA, Legislação. Disponível em www.artnet.com.br.

¹³ Preâmbulo - A Assembléia Nacional, desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos. Não há mais nobreza, nem pariatto, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justiças patrimoniais, nem qualquer dos títulos, denominações e prerrogativas que deles derivavam, nem qualquer ordem de cavalaria, de corporações ou

desenvolvimento do princípio da proporcionalidade. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos ¹⁴ exigia que as penas fossem proporcionais ao delito.

Na esteira do chamado constitucionalismo liberal merece destaque, ainda, a Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), elaborada no final da primeira Guerra Mundial, em um momento no qual a Alemanha vivia uma gravíssima crise em todos os setores: político, social e econômico. Até então, o princípio da proporcionalidade era considerado no direito alemão como um instituto típico de direito administrativo, e a doutrina tedesca a ele se referia de forma pouco apurada, apenas no sentido de exigibilidade ou de adequação. (Filho, 2005, p. 97)

Partindo da teoria da limitação do poder de polícia do direito administrativo francês, a Alemanha desenvolveu o conceito do princípio da proporcionalidade no âmbito constitucional, até desembocar na promulgação da Lei Fundamental de Bonn, que representa o marco inaugural do princípio da proporcionalidade ao nível constitucional. (Bonavides, 2008, p. 407 ss.)

Paulo Bonavides (2008, p. 411) lembra que o princípio da proporcionalidade não constou formalmente do texto da Lei Fundamental de Bonn, porém se tornou um dos princípios cardeais do Direito Constitucional alemão.

condecorações para as quais se exigiram provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascença, nem qualquer outra superioridade senão aquela de funcionários públicos no exercício de suas funções. Não há mais venalidades nem hereditariedade para qualquer cargo público. Não existe mais, para qualquer parte da Nação, nem para qualquer indivíduo, privilégio algum, nem exceção ao direito comum de todos os franceses. Não há mais corporações profissionais, de artes e ofícios. A lei não reconhece os votos religiosos, nem qualquer outro compromisso que seja contrário aos direitos naturais, ou à Constituição.

Art. 3º Os mesmos delitos serão punidos pelas mesmas penas sem distinção alguma de pessoas. A Constituição garante igualmente como direitos naturais e civis: a liberdade para todo homem ir, permanecer e partir sem poder ser impedido ou detido, senão em conformidade às formas determinadas pela Constituição; a liberdade para todo homem de falar, escrever, imprimir e publicar seus pensamentos, sem que os seus escritos possam ser submetidos a censura alguma ou inspeção antes de sua publicação, e exercer o culto religioso ao qual esteja ligado; a liberdade aos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas, cumprindo as exigências das leis de polícia; a liberdade de enviar, às autoridades constituídas, petições assinadas individualmente. O poder legislativo não poderá fazer nenhuma lei que possa prejudicar e obstaculizar o exercício dos direitos naturais e civis, consignados no presente título e garantidos pela Constituição. Mas como a liberdade consiste em só fazer aquilo que não possa prejudicar os direitos de outrem e a segurança pública, a lei pode estabelecer penas contra os atos que, ao atacarem a segurança pública ou os direitos de outrem, sejam nocivos à sociedade. Disponível em: www.artnet.com.br. <Acesso em 04.09.2008>.

¹⁴ Art. 11 - Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituía delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. Disponível em: direitoshumanos.usp.br. <Acesso em 04.09.2008>.

Todavia, foi no término da segunda Grande Guerra que o mundo viu surgir o texto mais completo e importante para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Apresentada como a tábua de salvação da humanidade, eis que surge, a 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.

Norberto Bobbio (Bobbio, 1992, pág. 27) dá uma noção clara da importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, sobretudo na construção de um sistema de valores universal. Infira-se:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. Os velhos jusnaturalistas desconfiavam – e não estavam inteiramente errados – do consenso geral como fundamento do direito, já que esse consenso era difícil de comprovar. Seria necessário buscar sua expressão documental através da inquieta e obscura história das nações, como tentaria fazê-lo Giambattista Vico. Mas agora esse documento existe: foi aprovado por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas; e, a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais.

Paulo Bonavides (2008, p. 574) sustenta que foi, justamente, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem que o humanismo político da liberdade alcançou o seu ponto mais alto no século XX. No mais, para o precitado jurista, a declaração corresponde a um documento de convergência e, ao mesmo tempo, uma síntese. Convergência de anseios e de esperanças; síntese por estampar, naquele momento histórico, direitos e garantias jamais consagrados em nenhum texto constitucional.

Não há dúvida de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 foi consequência de um processo iniciado a partir da não menos importante Declaração de Direitos dos Estados Norteamericanos, bem como da Revolução Francesa de 1789. Todavia, o que a difere é justamente a idéia de universalidade dos valores reconhecidos, especialmente os valores relacionados à liberdade e à igualdade.

Nesse aspecto, Norberto Bobbio (Bobbio, 1992, p. 29) ensina que a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a ser perseguido; não são uma existência, mas um valor.¹⁵

A importância do princípio da proporcionalidade para a elaboração do texto mencionado é evidente, sobretudo no que diz respeito às previsões concernentes aos direitos fundamentais de primeira geração – as *liberdades*. Nesse particular, observa-se a presença de previsões relativas à liberdade individual (arts. 1º e 3º)¹⁶, à igualdade (art. 7º e 10)¹⁷, à proibição de prisões arbitrárias (art. 9º)¹⁸, à presunção de inocência (art. 11)¹⁹, dentre outros.

Mas a verdade é que o princípio da proporcionalidade ainda carecia de um desenvolvimento mais acurado, especialmente no âmbito da teoria do direito. E a atmosfera pós segunda Guerra Mundial na Alemanha mostrava-se propícia. Afinal, era necessário buscar novas formas de aplicação das determinações legais, com especial destaque à dimensão valorativa (axiológica) do Direito. Era necessário superar a fase inicial do positivismo jurídico (primeira fase do Estado de Direito, pautada no princípio da legalidade), quando o sistema jurídico era visto como um conjunto fechado de regras, que justificou, em parte, as atrocidades perpetradas pelo regime nacional-socialista.

Nasce, dessa forma, a segunda concepção do Estado de Direito, pautada no princípio da *constitucionalidade*, quando o centro de gravidade da ordem jurídica foi

¹⁵ A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador. (Norberto Bobbio, 1992, p. 29)

¹⁶ Artigo 1.º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Disponível em: direitoshumanos.usp.br.

Artigo 3º. Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. <Acesso em 06.09.2008>.

¹⁷ Artigo 7.º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 10.º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida. <Acesso em 06.09.2008>.

¹⁸ Artigo 9.º Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado. <Acesso em 06.09.2008>.

¹⁹ Artigo 11.º 1-Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. 2. Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido. <Acesso em 06.09.2008>.

deslocado para a necessidade de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. (Bonavides, 2008, p. 398)

Nessa fase de desenvolvimento do Estado de Direito, destaca-se a Corte Constitucional alemã, por intermédio da elaboração de vasta jurisprudência vinculada às previsões da Lei Fundamental, mormente no sentido de reconhecer a inafastabilidade do controle de constitucionalidade das leis em seus três aspectos básicos: o da necessidade, o da adequação e, finalmente, o da proporcionalidade da medida restritiva (Bonavides, 2008, p. 403)

Winfried Hassemer (2007, p. 24) menciona que o Capítulo IX da Lei Fundamental alemã, todo dedicado à Jurisprudência, foi resultado de experiências negativas da história daquele país, marcadas por injustiças e terror.

Ainda de acordo com citado professor de Direito Penal da Universidade de Frankfurt (2007, p. 24), a mensagem da Lei Fundamental é dúplice: os direitos fundamentais dos homens e dos cidadãos devem ser bem definidos, garantidos e protegidos; os Poderes do Estado devem existir não apenas em uma organização estável, como também libertária.

Destaca, também, que apesar das críticas atuais²⁰, é ponto marcante da Lei Fundamental a independência conferida aos juízes, assim como a importância dada ao chamado *terceiro poder* (Justiça), sobretudo na tarefa de zelar pela observância dos direitos fundamentais. (Winfried, 2007, p. 24)

E o trabalho dos tribunais (sobretudo da Corte Constitucional alemã) resultou na elaboração de um conceito de princípio da proporcionalidade, bem como na fixação de seu conteúdo e de requisitos próprios, influenciando a maioria dos países europeus. Tanto que a Constituição Portuguesa de 1976²¹, em seu artigo 18²², traz o

²⁰ O terceiro poder traz consigo o Estado de Direito constituído, e ele deve, em razão da Constituição, realizar o seu papel [...]. Entretanto, os juristas deveriam refletir sobre como eles poderiam atualmente tornar claro, para seus círculos, o significado desse objetivo e dessa ética profissional. Na discussão sobre as respostas corretas à modernidade, a Justiça não se faz ouvir [...]. Ao invés disso, o terceiro poder encontra-se, no que tange à argumentação, com as costas para a parede [...]. A Lei Fundamental não merece uma justiça muda. (Winfried Hassemer, 2007, p. 33-34)

²¹ PORTUGUESA, Constituição, disponível em: www.cea.ucp.pt.

²² Artigo 18.º:

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Disponível em: www.cea.ucp.pt. <Acesso em 08.09.2008>.

critério da necessidade como parâmetro para a fixação de leis que restrinjam, de alguma forma, direitos e garantias fundamentais.

No que tange à fixação da sede material do princípio da proporcionalidade, a jurisprudência constitucional alemã teve de contar com o trabalho da doutrina, que, em um primeiro momento, entendia que o mesmo era derivado da garantia de intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, depois, fixou o entendimento de que mencionado princípio deriva mesmo do Estado de Direito. (Bonavides, 2008, p. 402)

Ponto interessante a se observar é que, muito embora o princípio da proporcionalidade tenha encontrado ambiente mais propício para o seu desenvolvimento na doutrina e jurisprudência alemãs, sua introdução no direito constitucional se deu primeiro na Suíça. (Bonavides, 2008, p. 407)

No escólio de Paulo Bonavides (2008, p. 396) praticamente todas as Cortes constitucionais européias passaram a fazer uso do princípio da proporcionalidade, na tentativa de dirimir colisões entre direitos fundamentais.

Assim se infere a importância do mencionado princípio como instrumento de interpretação, todas as vezes que se verificar antagonismo entre direitos fundamentais.

Dentro dessa nova perspectiva, que coloca o princípio da proporcionalidade como verdadeiro princípio de interpretação, ganha relevância o *princípio da concordância prática*, que se sustenta com base em duas premissas: no princípio da unidade da Constituição e na idéia de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais, pois que todas elas se colocam no mesmo plano. (Bonavides, 2008, p. 425)

O receio de que a aplicação prática do princípio da proporcionalidade pudesse representar um incremento dos poderes do juiz, em detrimento do raio de competência atribuída ao legislador, foi atenuado quando tal princípio, no exercício de sua função interpretativa, entrou em contato com a intitulada *interpretação conforme a Constituição*, instituto amplamente difundido na jurisprudência tedesca.

Foi o Tribunal Constitucional da República Federativa alemã que desenvolveu o conceito de *interpretação conforme a Constituição*, partindo da idéia de que, havendo a possibilidade de uma interpretação que conduza à compatibilização da

norma com a Constituição, deverá prevalecer tal interpretação sobre todas as demais interpretações possíveis.

Muito embora o Brasil tenha adotado o controle concentrado da constitucionalidade (previsto pela primeira vez na constituição austríaca de 1920, com base em projeto elaborado por Hans Kelsen), o certo é que a teoria alemã do princípio da proporcionalidade, notadamente no que se refere à sua denominação e ao seu conteúdo, vem norteadando o trabalho da nossa Corte Suprema na difícil tarefa de preservação dos direitos fundamentais.

Tanto assim que, desde o primeiro acórdão proferido em sede de controle da constitucionalidade, no ano de 1993²³, o Supremo Tribunal Federal fez uso da denominação clássica *princípio da proporcionalidade*, e adotou a construção doutrinária alemã para a aplicação prática de tal princípio.

E não há dúvida, também, de que a Constituição da República de 1988 tem como fundamento, dentre outros, o princípio da proporcionalidade, muito embora não o traga de forma explícita em seu texto. Afinal, a partir do momento em que o legislador constituinte definiu a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito e fixou como seu fundamento a dignidade da pessoa humana²⁴, fez uma escolha política elementar, qual seja *a de que o Estado e a sociedade estão centrados na pessoa e objetivam seu respeito e a promoção de uma vida digna, isto é, a escolha de que o Estado é feito para as pessoas, e não o contrário*. (Costa, 2008, p. 36-7)

Resta, assim, uma tarefa árdua, mas extremamente relevante para a doutrina e jurisprudência pátrias, qual seja a de introduzir com a máxima efetividade o princípio da proporcionalidade nas teses acadêmicas e nas decisões proferidas pelos magistrados, como forma de resguardar o cidadão em face dos constantes excessos estatais. Essa tarefa foi facilitada a partir do momento em que a teoria do direito conseguiu fixar o

²³ Acórdão que deferiu medida liminar de suspensão dos efeitos da lei paranaense nº 10.248, de 14.01.1993, *in verbis*: “Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, § 2º, e 238, além de violação ao *princípio da proporcionalidade e razoabilidade* das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida”. (Gomes, 2003, p. 39-40)

²⁴ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana; Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em 12.09.2008>.

conceito, o conteúdo e a estrutura de precitado princípio, como será demonstrado adiante.

1.2. Princípio da proporcionalidade como uma norma-princípio

A teoria do direito já nos permite fixar o conceito de princípio da proporcionalidade, bem como definir a sua estrutura e o seu conteúdo. Para tanto, necessário se mostra uma incursão, mesmo que rápida, na teoria da norma, com a finalidade de distinguir dois institutos, *princípios* e *regras*.

Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 53) lembra que a norma jurídica não é a única forma de manifestação dos direitos fundamentais, e mais, que tais direitos constituem uma realidade mais abrangente que a norma.

A própria teoria contemporânea do direito, surgida com o pós-positivismo e pautada, sobretudo, no caráter axiológico, passou a considerar a chamada *ordem jurídica subjetiva*, esfera jurídica em que se situam as situações jurídicas subjetivas derivadas dos direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente. A partir disso, o foco do estudo passou a ser todo o ordenamento jurídico, e não só a norma jurídica. (Willis, 2005, p. 2)

Nesse diapasão, interessante notar que a teoria do direito ampliou também o conceito de norma jurídica, traçando a distinção entre *normas-regras* e *normas-princípios*.

Robert Alexy (2008, p. 86) informa que a distinção entre regras e princípios não é recente, mas a seu respeito ainda imperam a falta de clareza e a polêmica. Seguindo, sustenta que há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, sendo que a delimitação em relação a outras coisas é obscura e a terminologia vacilante.

Ainda para Robert Alexy (2008, p. 87), tanto as regras quanto os princípios são normas, vez que dizem o que deve ser. Assim, *a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas*.

Outro importante papel desempenhado pela teoria contemporânea do direito foi o de apresentar soluções para os casos de conflitos, colisões entre regras, entre princípios, e entre regra e princípio. Para cumprir tal missão, o pós-positivismo jurídico elaborou uma metodologia que fez da hermenêutica o capítulo mais relevante do novo

Direito Constitucional, e mais, lançou mão de critérios axiológicos para a fixação de seus conceitos.

Desse trabalho surgiram conclusões interessantes relativamente aos dois institutos (regras e princípios), as quais merecem, nesta oportunidade, consideração. Vejamos.

Enquanto que as *regras* trazem a descrição de estado-de-coisas, fatos, os *princípios jurídicos* trazem referências diretas a valores. Assim, diante de determinado acontecimento mostra-se possível detectar, de plano, a regra aplicável, e ainda definir se foi a mesma observada ou violada. Já os princípios se apresentam como *determinações de otimização*, isto é, são cumpridos na medida das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente.

Como entende Dworkn (2002, p. 36), *as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada*. Com isso, diante de um fato concreto previsto numa regra a resposta a ser dada é, justamente, aquela prevista nesta mesma regra, a qual deve ser aceita por seus destinatários. Se uma regra é válida, os seus destinatários devem fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Não é por outro motivo que as regras contêm determinações no âmbito do possível.

Nota-se que os princípios, ao contrário das regras, podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo, em cada caso, das possibilidades reais e jurídicas. Tais possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras opostos, ou seja, conflitantes. Daí a característica própria dos princípios, a relatividade, a qual possibilita uma importante interação entre eles, sem o comprometimento de nenhum deles.

Por isso, Alexy (2008, p. 90) define os princípios como *mandamentos de otimização*, pois que são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas então existentes. Concluindo, menciona que o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado, justamente, pelos princípios e regras colidentes.

Assim, no caso de conflito entre regras (antinomia), uma delas necessariamente perderá a validade, seja em decorrência da introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito instaurado, seja em virtude da declaração de sua invalidade. Já no caso de colisão entre princípios, haverá o acatamento de um deles, sem o desrespeito completo do outro. É que os princípios possuem uma dimensão não verificada nas regras, a dimensão de peso ou de importância.

Outro importante diferencial é o grau de generalidade e abstração. Os princípios possuem um grau muito superior de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que as regras.

Não se pode perder de vista, ainda, a possibilidade de conflito entre princípio e regra. Em tal hipótese, prevalecerá sempre o primeiro, justamente em decorrência da carga valorativa (axiológica) que possui, não verificável na regra.

Dentro desse quadro, conclui-se que as normas definidoras de direitos fundamentais são consideradas *princípios*. Não se pode afastar a possibilidade de colisão entre essas normas, nem mesmo entre elas e os demais princípios e regras. E foi justamente buscando resolver a questão relativa aos conflitos entre princípios, e entre princípios e normas que surgiu o princípio da proporcionalidade, considerado, a partir de então, o *princípio dos princípios*.

O princípio da proporcionalidade determina, justamente, a busca por uma *solução de compromisso*, via da qual um dos princípios em conflito é mais respeitado que o outro, sem que isso signifique a desconsideração total do princípio sucumbente. Muito pelo contrário, deve-se procurar desrespeitar o mínimo possível qualquer dos princípios em jogo, pois que em seu núcleo essencial encontra-se a dignidade humana. (Willis, 2005, p. 80)

A fórmula política adotada pelo nosso legislador constituinte (Estado democrático de Direito) só é observada quando há o respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos. Nessa tarefa, o princípio da proporcionalidade assume sim a função de *princípio dos princípios*, pois que resolve, com precisão, os conflitos e os choques constantemente verificados, sobretudo entre direitos fundamentais da pessoa humana. (Willis, 2005, p. 73)

Mas a aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução de questões relevantes, surgidas quando da aplicação concreta do Direito, só se mostrou possível através da concepção, pela doutrina e jurisprudência, de pressupostos e requisitos próprios.

A doutrina dirigida para o âmbito constitucional e para a hermenêutica jurídica fixou alguns elementos, princípios parciais ou mesmo subprincípios próprios do princípio da proporcionalidade. São eles: *idoneidade*; *necessidade* e *proporcionalidade estrito senso*.

Não entendendo bastante, a doutrina, preocupada com a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo penal, justamente como forma de resolver as questões conflituosas decorrentes do interesse do Estado na ideal persecução penal, fixou pressupostos e requisitos próprios a serem observados para que o princípio da proporcionalidade fosse aplicado de maneira coerente e legítima.

Nicolas Gonzáles Cuellar Serrano (1990, pág. 69-149) ensina que os pressupostos do princípio da proporcionalidade se dividem em *formal* e *material*. O pressuposto formal corresponde à legalidade do ato praticado; já o pressuposto material, à justificação teleológica. No que tange aos requisitos, há os intrínsecos e os extrínsecos. Os primeiros, intrínsecos, coincidem justamente com os subprincípios definidos pela doutrina constitucional e pela hermenêutica jurídica, *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Os requisitos extrínsecos seriam a judicialidade e a motivação.

Denílson Feitoza Pacheco (2007, p. 137-8) não segue o pensamento do autor espanhol. Para ele, o princípio da legalidade não é um pressuposto específico da aplicação do princípio da proporcionalidade, nem mesmo seu fundamento jurídico. A justificação teleológica, por sua vez, nem pode ser considerada como princípio autônomo, mas como aspecto integrante da argumentação da proporcionalidade. Além disso, há inúmeras medidas interventivas em direitos fundamentais sem qualquer participação do Poder Judiciário, e as medidas interventivas administrativas *lato sensu* independem de motivação prévia.

Para mencionado autor (2007, p. 138), o princípio da proporcionalidade não possui um conteúdo material, devendo ser considerado como um princípio formal, que impõe a metodização da argumentação de intervenção dos direitos fundamentais.

Devem ser considerados como requisitos (ou conteúdos) do princípio da proporcionalidade apenas os subprincípios da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*, pois que se trata de elementos constitutivos de mencionado instituto jurídico, indispensáveis à sua validade.

Além dos requisitos supramencionados, dois institutos se mostram relevantes quando da aplicação do princípio da proporcionalidade, *subsunção prima facie* e *intervenção em direito fundamental*, motivo pelo qual será feita, na seqüência, uma breve análise acerca dos mesmos.

1.3. Subsunção *prima facie* e intervenção em direito fundamental

Antes da análise de cada subprincípio do princípio da proporcionalidade, importa fixar dois institutos relativos à aplicação de tal princípio, o da “subsunção” *prima facie* e o da intervenção em direito fundamental.

O primeiro, “subsunção” *prima facie*, encontra-se estritamente relacionado com a fase de aplicação prática do princípio da proporcionalidade. Faz-se necessário verificar se a norma ou posição jurídica supostamente afetada é “subsumível” em uma disposição de direito fundamental, isto é, se trata-se direta ou indiretamente de uma norma ou de uma posição jurídica de direito fundamental. (Polido, 2003, p. 611-686)

Em outras palavras, deve-se verificar se o sentido das premissas (analíticas, normativas e empíricas) se encaixa no enunciado normativo relativo a um direito fundamental. Em caso positivo, deve-se questionar, ainda, quanto à amplitude do sentido das premissas que se enquadram no enunciado de direito fundamental, pois que, quanto mais amplo for tal sentido, maior será o âmbito de regulamentação e de proteção do direito fundamental em questão. (Polido, 2007, pág. 141)

Os enunciados normativos de direito fundamental constam da própria Constituição da República de 1988 e dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados pelo Congresso Nacional.

O segundo instituto, *intervenção em direito fundamental*, justifica a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de proteção dos direitos fundamentais postos em risco, seja em decorrência da lei, da medida administrativa ou da medida judicial objeto de controle.

Vale ressaltar que a intervenção em direito fundamental pode acontecer de duas formas diversas, positiva ou negativamente. Na primeira, a lei, a medida administrativa ou a medida judicial afeta direito fundamental de forma desvantajosa; na segunda, tal direito fundamental é suprimido, a norma jusfundamental é, de fato, juridicamente eliminada.

J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 1258-1259) afirma que a restrição de direitos fundamentais acontece quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional é direta ou indiretamente limitado através da lei, ou seja, quando as leis restritivas de direitos diminuem ou limitam as possibilidades de ação

garantidas pelo âmbito de proteção da norma consagradora desses direitos, assim como a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental.

Superada esta primeira fase, convém definir os chamados subprincípios do princípio da proporcionalidade.

1.4. Subprincípios do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é considerado um princípio de natureza formal. Trata-se de um método que exige argumentações todas as vezes que uma lei, uma medida administrativa ou uma medida judicial realiza intervenções em direitos fundamentais. Tanto é verdade que, quando da aplicação de tal princípio deve o intérprete analisar, inicialmente, o subprincípio da *adequação*, também conhecido como subprincípio da *idoneidade*; na seqüência, e em sendo superado o subprincípio anterior, passará à análise do subprincípio da *necessidade*; por fim, analisará o subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu*.

A seguir, serão analisados, um a um, os três subprincípios do princípio da proporcionalidade. Infira-se:

1.4.1. Adequação – proibição de excesso

No caso do subprincípio da *adequação*, necessário mencionar as demais denominações. No direito alemão, *adequação* ou *idoneidade* (*Geeignetheit*), *aptidão* (*Tauglichkeit*), *apropriabilidade* e *utilidade* (*Zweckmäßigkeit*), e *aptidão do fim* (*Zwecktauglichkeit*). No direito constitucional brasileiro são utilizadas duas denominações, *princípio da pertinência* ou *princípio da aptidão*, conforme ensina Paulo Bonavides (2008, p. 403). Já no que tange ao direito penal brasileiro, fala-se em *princípio da utilidade do intervento punitivo*. (Correa, 1999, p. 151)

No subprincípio da *adequação*, analisa-se, primeiro, a existência de um fim constitucionalmente legítimo na medida interventiva de direito fundamental. Todas as vezes que o fim do meio interventivo for ilegítimo, ou então não existir qualquer fim, o instrumento interventivo mostra-se arbitrário. Já num segundo momento, analisa-se o meio interventivo, a fim de se confirmar a adequação do mesmo para a consecução do fim constitucionalmente legítimo.

Bernal Pulido (2003, p. 687-690) esclarece que o fim que fundamenta a intervenção em direito fundamental só pode ser considerado legítimo quando não estiver proibido, explícita ou implicitamente, na Constituição.

Assevera, ainda, o citado autor, que o fim pretendido pela intervenção pode até não estar previsto (autorizado), implícita ou explicitamente na Constituição, o que ele não pode é estar proibido na norma constitucional, repita-se, seja implícita ou explicitamente. (Bernal Pulido, 2003, p. 687-690)

Em suma, o fim pretendido com a medida interventiva deve ser constitucionalmente legítimo, e o meio utilizado para se atingir tal fim também deve encontrar guarida constitucional, sob pena de comprometimento da medida de intervenção.

Mas não é só. Mostra-se necessário, quando da aplicação do subprincípio da *adequação*, selecionar todas as medidas aptas à realização do fim pretendido pela medida interventiva (seja ela judicial, administrativa ou legislativa), a fim de possibilitar uma flexibilidade na escolha. Diante de cada caso concreto, analisam-se todos os meios constitucionalmente legítimos, extraíndo-se deles aquele que se mostrar mais adequado, tanto em qualidade quanto em quantidade. Não se faz, nesta ocasião, a análise do meio mais eficaz, o que deve ser objeto de consideração posterior, dentro do subprincípio da *necessidade*.

Traduzindo isto para o direito penal, caso o legislador pretenda erigir à categoria de crime determinada conduta humana, inclusive prevendo resposta penal (sanção), deverá evidenciar o bem jurídico a ser protegido pela futura norma penal, e mais, que tal bem jurídico seja carecedor e merecedor da proteção penal (fim). Não bastasse, deverá também evidenciar que a norma incriminadora e sancionatória (meio) se mostra adequada e capaz de proteger o bem jurídico selecionado, o que só será possível a partir da análise e consideração das condições ofertadas pelo sistema, mormente considerando o caráter subsidiário do direito penal.

É por tal motivo que Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 129-130) alerta para o fato de que o juízo de idoneidade da incriminação encontra-se relacionado com a avaliação acerca da efetividade da norma, sendo que a exigência de tal juízo é endereçada ao legislador, o qual, no momento da elaboração do tipo penal, deve-se atentar para a aptidão do mesmo para a obtenção da tutela do bem jurídico.

O princípio da idoneidade consiste, assim, num critério de caráter empírico (baseado na experiência), relativo à proibição de excesso, prevista no texto constitucional.

Concluindo, no subprincípio da adequação ou da idoneidade examina-se o fim pretendido pela norma interventiva em direito fundamental, o meio interventivo eleito e, por fim, a relação meio-fim, tudo buscando evitar excessos.

A tarefa de selecionar a medida menos ofensiva ao direito fundamental colocado em situação de risco é do próximo subprincípio, o da *necessidade*, como será evidenciado abaixo.

1.4.2. Necessidade

O segundo subprincípio, da *necessidade*, também é conhecido por princípio da *intervenção mínima*, princípio da *subsidiaridade* ou, então, princípio da *alternativa menos gravosa*.

Nesse subprincípio, a atividade estatal consiste na análise de todas as medidas restritivas anteriormente selecionadas, ou seja, daquelas medidas restritivas que se mostraram constitucionalmente legítimas e suficientes para a satisfação do fim pretendido, e a eleição da medida menos ofensiva para o direito fundamental colocado em situação de risco.

Há, inclusive, critérios a serem observados quando da escolha da medida interventiva menos gravosa a direito fundamental. O primeiro deles é o respeito necessário à intervenção mínima da esfera de direitos fundamentais dos sujeitos destinatários das medidas interventivas; já o segundo critério é o da otimização dos direitos fundamentais diante das restrições a serem estabelecidas; o terceiro e último critério é o da comparação acerca da eficácia do meio.

Extraí-se da obra de Paulo Bonavides (2008, p. 397) que o subprincípio da necessidade pode ser ilustrado pela seguinte máxima: *de dois males, faz-se mister escolher o menor*.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 84) extrai o fundamento material do princípio da necessidade na Constituição brasileira a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político como fundamentos do Estado democrático de Direito, bem como através da garantia de

liberdade inserida entre os direitos e garantias individuais. Concluindo, a mencionada autora faz referências ao extenso rol de direitos individuais e coletivos constante do título II, capítulo I²⁵, de nossa Carta Magna, que atuaria como um freio à criação e manutenção das normas penais.

1.4.3. Proporcionalidade em sentido estrito

O terceiro e último subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito, tem sido denominado, tão-somente, de proporcionalidade, e indevidamente de princípio da *proibição ou vedação de excesso*, no direito alemão.

Nesta terceira e última fase reside a necessidade de escolha entre os direitos em conflito. De um lado figura a necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais, sobretudo o da liberdade; de outro lado a importância da realização do fim pretendido pela medida interventiva legislativa, judicial ou administrativa.

Conforme já mencionado, esse terceiro e último subprincípio só será analisado caso superadas as duas fases anteriores, quais sejam a da *adequação* e a da *necessidade*. Com isso, a importância da intervenção no direito fundamental só será avaliada após se concluir pela legitimidade constitucional do fim e do meio perseguidos, da viabilidade do meio escolhido para a realização do fim, e, finalizando, a seleção do meio menos gravoso, ofensivo ao direito fundamental colocado em situação de risco.

Nota-se que a discussão travada no âmbito do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não reside mais na idoneidade da medida escolhida ao fim pretendido, nem mesmo na escolha do meio que menos agrida o direito fundamental restringido. Na verdade, o que se discute é a chamada *contrariedade fundamental*, verificada entre um princípio instrumental intervencionista e um princípio instrumental garantista.

Na chamada *colisão fundamental*, deve-se ponderar a dimensão de peso ou de importância da intervenção no direito fundamental e a importância, ou peso, da realização do fim pretendido pela medida interventiva, seja ela administrativa, judicial

²⁵ TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em 14.09.2008>

ou legislativa. Faz-se necessário, então, o desenvolvimento de regras claras para a aferição da dimensão do peso.

Bernal Pulido (2003, p. 760) desenvolveu regra própria para definir a dimensão do peso. Primeiro ele fala do *peso abstrato*. Nesse sentido, quanto maior a importância material de um princípio constitucional dentro do sistema da Constituição, maior será o seu peso na ponderação. Ao depois, o autor menciona o *peso concreto*. Aqui, quanto mais intensa for a intervenção no direito fundamental, maior será o peso desse direito na ponderação.

Resumindo de forma precisa a definição dos três subprincípios (*adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*), o prof. lusitano José Joaquim Gomes Canotilho (1996, P. 382 e ss) ensina que existirá *adequação* quando a sanção imposta for idônea à consecução do fim almejado e apropriada à hipótese prevista. Já com relação ao subprincípio da *necessidade*, tem o cidadão direito à menor desvantagem possível, devendo-se evitar a limitação desnecessária de direitos fundamentais, ou seja, o legislador deve adotar a medida eficaz menos restritiva de direitos. Por fim, pelo subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, examina-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma, ou em outras palavras, se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

1.5. O princípio da proporcionalidade como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais

Verifica-se, claramente, que a busca pela preservação de direitos fundamentais, e de consequência da própria dignidade da pessoa humana, desprezada por muitos julgadores quando se trata de medidas cautelares restritivas da liberdade pessoal, foi o fundamento principal da elaboração do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 88), os direitos fundamentais atuam como exigência e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Evidenciando a estreita ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, mencionado jurista gaúcho esclarece:

...verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

De fato, a dignidade da pessoa humana exige a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões, de todas as gerações, a começar pelos direitos da liberdade, os quais tem por titular o indivíduo, e são oponíveis ao Estado. Tais direitos correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, e traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando, portanto, uma subjetividade que é seu traço mais característico. (Bonavides, 2008, p. 563)

Ingo Sarlet (2008, p. 102) chama a atenção, ainda, para a função desenvolvida pelo princípio da dignidade da pessoa humana na construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional. Assim, além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos na nossa Carta Magna, especialmente no seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), há também direitos e garantias expressos ou implícitos em outras partes do texto constitucional, além dos direitos positivados nos tratados internacionais relativos a Direitos Humanos.

Realmente, esta parece ter sido a idéia do legislador constituinte brasileiro, especialmente quando se observa a redação conferida aos §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Republicana de 1988²⁶.

Retornando ao tema relativo aos direitos fundamentais de primeira geração, justamente aqueles direitos ligados à liberdade individual, nota-se que são direitos de

²⁶ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

resistência, de oposição perante o Estado. São direitos que valorizam o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, conforme ensinamento de Paulo Bonavides (2008, p. 562)

Nessa tarefa de oposição, de resistência frente ao arbítrio estatal, os direitos de liberdade encontram na presunção de inocência um instrumento verdadeiramente eficaz, capaz de afastar as constantes ameaças à dignidade da pessoa humana.

Na relação cidadão-Estado, o que legitima a atuação estatal, mormente no que se refere a seu *jus puniendi*, é o integral respeito à dignidade da pessoa humana, via da salvaguarda incondicional dos direitos e das garantias fundamentais previstos, expressa e implicitamente, no texto constitucional e em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Nesta difícil e constante tarefa de proteção dos direitos fundamentais, o processo penal exerce função de suma relevância, pois que representa um instrumento eficaz de garantia das liberdades individuais e, ao mesmo tempo, um instrumento legitimador da atuação estatal, mormente no que tange à concretização do *jus puniendi*. Analisando o tema relativo à dupla função exercida pelo direito processual penal, Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 42 e 43) informa que o direito processual penal é o ramo jurídico que intervém nos direitos fundamentais de maneira mais terrível, concreta, direta e inesperada, motivo pelo qual toda pessoa deveria ter noções básicas acerca do mesmo.

A intervenção do direito processual penal nos direitos fundamentais justifica-se em decorrência do papel desenvolvido por esse ramo do direito. As normas processuais penais regulam a investigação criminal e o processo penal. No primeiro caso (*investigação criminal*), tem-se um procedimento de caráter administrativo, desenvolvido pela “Polícia Judiciária”, visando reunir o mínimo (ou máximo?) de provas acerca da autoria e da materialidade delitivas, a fim de viabilizar o exercício da ação penal pelo órgão acusador. Já no segundo caso (*processo penal em sentido estrito*), tem-se um procedimento judicial, de caráter jurisdicional, traçado para concluir pela responsabilidade penal do processado e, conseqüentemente, pela aplicação de uma pena, ou então pela necessidade de sua absolvição.

O processo penal judicial (*processo penal em sentido estrito*) representa uma estrutura preestabelecida pelo Estado, no exercício do monopólio da justiça (proibição da autodefesa), via da qual será apurada a existência do delito, a fim de possibilitar a responsabilização do seu autor.

Para Aury Lopes Jr. (2006, p. 3): *O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena.*

Conforme é cediço, o direito penal material é desprovido de coerção direta, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo respectivo. Todavia, o processo penal deixou de ser um fim em si mesmo, passando a ser considerado um instrumento para que a jurisdição possa atingir suas variadas finalidades. Dentre essas finalidades destacam-se *as sociais, as políticas e as jurídicas*. No primeiro caso, o processo penal funciona como instrumento de pacificação das relações sociais, seja através da realização da justiça, seja por meio de seu caráter educacional. No segundo, o processo penal funciona como garantidor da liberdade individual, da participação do cidadão e da afirmação do Estado e de seu ordenamento jurídico. No último caso, o processo penal tem por escopo a atuação da vontade concreta do direito.

Aury Lopes Jr. (2006, p. 06), comentando acerca do princípio da instrumentalidade do processo penal (ou *princípio instrumental*), lembra que não deve existir pudor em afirmar que o processo é um instrumento, sendo essa a razão básica da sua existência. Ainda de acordo com o prof. Aury, o Direito Penal não teria qualquer eficácia sem a pena, e esta, por sua vez, seria inconcebível sem o processo.

Mas o renomado jurista acima citado faz um alerta importante. Faz-se necessário repelir processos penais geradores de estigmatização e de degradação. Nada justifica a instauração ou manutenção de um processo penal em situações desnecessárias e absurdas, como nas hipóteses de possibilidade latente de extinção imediata do feito, ou mesmo de sentença absolutória antecipada.

Porém, o próprio Aury Lopes Jr. (2006, p. 06) reconhece a existência de uma injustificada resistência em se admitir a possibilidade de extinção imediata do feito, ou mesmo de uma sentença absolutória antecipada, em casos específicos.

Essa resistência pode estar sendo superada a partir da recente reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Nesse sentido, a Lei Federal n. 11.719/2008, no intitulado *procedimento ordinário*, introduziu nova redação ao artigo 397²⁷ do nosso Estatuto Processual Penal, prevendo a possibilidade de julgamento antecipado, logo após a apresentação de resposta escrita pela defesa, no prazo de 10 (dez) dias, nas

²⁷ Art. 397 do CPP. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em 18.08.2008>

hipóteses de manifesta existência de causa excludente da ilicitude do fato, de existência de causa excludente da culpabilidade do agente (à exceção da inimputabilidade), e ainda, quando o fato narrado na peça acusatória evidentemente não constituir crime ou já estiver extinta a punibilidade do agente.

As recentes alterações legislativas no processo penal brasileiro encontram-se estritamente relacionadas com a idéia de garantismo que ecoa do texto constitucional, sobretudo do garantismo substancial.

O processualista Francesco Carnelutti (1997, p. 308) resumiu o papel do processo penal no Estado de democrático de Direito nos seguintes termos: *No Estado Democrático de Direito, a estrutura do processo penal deve ser tal que se reduza ao mínimo possível o risco de erro e, em segundo lugar, o sofrimento injusto que dele deriva.*

O prof. Heleno Fragoso, por seu turno, fixou:

O processo penal visa realizar a pretensão punitiva em face da ocorrência de um crime, mas visa também garantir o direito de liberdade, protegendo o cidadão contra a ação arbitrária da autoridade e assegurando amplamente ao suspeito e ao acusado o direito de defesa²⁸.

Concluindo, o renomado professor asseverou que: *Os direitos de liberdade são direitos humanos. O processo penal, em consequência, é instrumento de defesa dos direitos humanos*²⁹.

Mas se é verdade que o processo penal é um instrumento de garantia da liberdade, não é menos certo que é ele, também, instrumento de aplicação do direito penal, conforme já mencionado.

Na linha desse raciocínio, o princípio da instrumentalidade processual penal deve ser analisado sob dois prismas distintos: *princípio da instrumentalidade processual penal garantista* (ou princípio instrumental-garantista); *princípio da instrumentalidade processual penal punitivo* (ou princípio instrumental-punitivo).

Muito embora haja uma prevalência do princípio instrumental-garantista sobre o princípio instrumental-punitivo, não se deve perder de vista que o processo

²⁸ Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – nº 150, maio de 2005, p. 1.

²⁹ Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – nº 150, maio de 2005, p. 1.

penal exerce a importantíssima função de efetivação dos interesses públicos, sobretudo no que diz respeito à segurança pública.

Conforme bem exposto por Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 119), não se deve buscar um equilíbrio entre o processo instrumental-garantista e o processo instrumental-punitivo, mas, sim, um *desequilíbrio ponderado*, na medida em que não deve ser verificado um aniquilamento da perspectiva instrumental punitiva. E concluiu o renomado autor: ...; *em outras palavras, há um princípio prevalecente da liberdade, e não um princípio da supremacia da liberdade.*

Essa discussão ganha contornos interessantes quando se analisam as chamadas *medidas cautelares pessoais* no processo penal, dada a natureza jurídica de tais medidas e as previsões constitucionais ligadas ao direito de liberdade do cidadão e à presunção de inocência. É o que será analisado na sequência.

CAPÍTULO II – AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO E O PAPEL DOS TRIBUNAIS

Diferentemente do que ocorre com as penas definitivas (ex.: prisão definitiva), aplicadas, via de regra, quando já há sentença penal condenatória com trânsito em julgado, as medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro são marcadas pela provisoriedade. Não se cogita de execução provisória da pena no processo penal, mas de medidas acautelatórias restritivas de direitos fundamentais, as quais exigem o preenchimento de requisitos, dentre eles a demonstração da plausibilidade do *direito de punir (jus puniendi)* e do perigo concreto que a liberdade do suspeito, indiciado ou acusado representa para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou, então, para a segurança jurídica.

Justamente por restringir direitos fundamentais que as medidas acautelatórias pessoais no processo penal desafiam a consideração e a análise de princípios constitucionais próprios do Estado de Direito, dentre eles os princípios da *liberdade* e da *inocência*, expressos no texto constitucional, e o princípio da *proporcionalidade em sentido amplo*.

Já no preâmbulo do texto constitucional de 1988 consta a preocupação do legislador constituinte em instituir um verdadeiro Estado democrático de Direito, o qual deve assegurar ao cidadão, dentre outros, o direito à liberdade³⁰.

No artigo 1º do texto constitucional consta o princípio da *dignidade da pessoa humana* como verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil³¹. De acordo com esse importantíssimo princípio jurídico-constitucional, a pessoa humana é dotada de um valor intrínseco, justamente em decorrência de sua condição humana.

³⁰ Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em 16.09.2008 >

³¹ Art. 1º da CR. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em 26.09.2008>

Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 27), analisando as relações existentes entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, lembra que a primeira vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano. Concluindo, Ingo sustenta que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana deve ser uma meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Da análise dessa estreita e indiscutível relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, conclui-se que todas as medidas interventivas em direitos fundamentais (sobretudo aquelas que prejudicam ou restringem o direito à liberdade) devem ser precedidas de uma avaliação prévia acerca de sua necessidade e adequação.

Não havendo tal avaliação (e em milhares de casos verdadeiramente não há), não se justifica a decretação de medidas restritivas do direito de liberdade do cidadão, sobretudo em sede de medidas cautelares pessoais, quando o fim almejado pode e deve ser atingido via da adoção de medidas menos ofensivas à dignidade da pessoa humana.

Prisões como aquelas que têm sido levadas a efeito pela Polícia Federal em nosso país, inclusive com o aval do Poder Judiciário (a quem compete autorizar as medidas cautelares pessoais no curso das investigações policiais), evidenciam que estamos longe de um verdadeiro Estado de Direito. Em verdade, tais procedimentos servem mais para expor os investigados à execração pública, como se condenados fossem.

Analizando o tema, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em seu editorial, e sob o título A Polícia Federal, o Poder Judiciário e as mega-operações³² fixou:

Alerta-se, por exemplo, para o uso de verdadeira parafernália bélica pela Polícia Federal, com evidente caráter cinematográfico, no cumprimento de mandados de prisão de indivíduos que nenhuma resistência demonstraram ao cumprimento das ordens judiciais. Alerta-se, ainda, para a indevida imposição de sigilo sobre o conteúdo das investigações e para o deferimento de medidas cautelares sem a necessária comprovação do *fumus boni iuris* e da necessidade, e sem a também necessária observância da proporcionalidade em relação às situações de fato e, por vezes, aos próprios delitos apurados. (grifo nosso).

³² Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – nº 175, junho de 2007, p. 1-2.

Na prática, não raras vezes investigados e acusados são reduzidos a conceitos abstratos, submetidos a tratamentos desumanos e degradantes, tudo em nome de uma alegada necessidade de combate à criminalidade organizada.

Não são raros os casos de inserção de preso provisório no mesmo ambiente ocupado por presos definitivos, inclusive presos condenados pela prática de crimes graves, em atividades típicas de organizações criminosas. Não são raros, ainda, os casos de encarceramento de mulheres que aguardam julgamento juntamente com presos do sexo masculino, favorecendo o desenvolvimento de um ambiente extremamente promíscuo, deplorável, em total afronta às previsões constitucionais³³ e à Lei de Execuções Penais (Lei Federal n. 7.210, de 11 de julho de 1984)³⁴. E o que é pior, tudo com a anuência (especialmente via de omissão) do poder público (leia-se: Ministério Público e Poder Judiciário).

A gravidade da situação justificou, inclusive, a intervenção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁵, que, no dia 10 de fevereiro do corrente ano, determinou a

³³ Art. 5º, XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Art. 5º, XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 30.09.2008>.

Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 30.09.2008>.

³⁴ Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. § 1º. A mulher e o maior de 60 (sessenta) anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 08.10.2008>.

³⁵ CNJ reabre processo contra juíza que determinou prisão de menor no Pará. Terça, 10 de Fevereiro de 2009. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou, na sessão plenária desta terça-feira (10/02), a abertura de processo administrativo disciplinar contra a juíza que determinou a prisão de uma menor no município de Abaetetuba (PA) em 2007. O Conselho revisou a decisão do Tribunal de Justiça do Pará (TJPA), que havia decidido pelo arquivamento de sindicância contra a juíza Clarice Maria de Andrade. O conselheiro relator do processo de revisão disciplinar, Mairan Gonçalves Maia Júnior, verificou que existiam dois fatos que justificavam a abertura do processo disciplinar – “a prisão da menor em cela masculina e a produção de documento falso encaminhado à Corregedoria do TJPA”. Com isso, o processo será instaurado pelo CNJ para prosseguimento das investigações.

A prisão da menor foi realizada no dia 21 de outubro de 2007 por tentativa de furto. A juíza Clarice Maria de Andrade, titular da 3ª Vara de Abaetetuba, teria sido comunicada sobre a prisão no dia 23 de outubro e, apesar disso, a menor ficou por 24 dias na delegacia da Abaetetuba. Somente no dia 14 de novembro o conselho tutelar do município foi avisado do fato.

Em sua defesa, a magistrada alegou que manteve a prisão da menor por ter observado as formalidades legais da prisão em flagrante e que não constatou a veracidade das informações de que seria comum a prática de manutenção de homens e mulheres nas mesmas celas nas delegacias de polícia do Pará. Além disso, afirmou não saber da prisão da menor na mesma cela dos presos masculinos e não saber que a menina era menor de idade.

A sindicância foi instalada pela Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior, em 23 de novembro de 2007, para apurar a responsabilidade da juíza Clarice Maria de Andrade. O caso ganhou repercussão nacional e a menor foi submetida à violência durante o período em que permaneceu na cela com os outros detentos.

A sindicância constatou a existência de documento falso apresentado à Corregedoria de Justiça do Interior. O documento seria a Certidão expedida pelo Diretor de Secretaria da 3ª Vara da Comarca de

abertura de processo disciplinar contra a juíza Clarice Maria de Andrade. Tal procedimento visa a apurar irregularidade consistente na prisão e manutenção de uma jovem de apenas 15 (quinze) anos em uma cela da delegacia de Abaetetuba, no Estado do Pará, na companhia de 20 (vinte) homens, no mês de novembro de 2007.

Durante o período do encarceramento da adolescente, ela foi estuprada e agredida pelos companheiros de cela.

Salo de Carvalho (2003, p. 212), com muita propriedade, analisou o tema relativo à responsabilização dos agentes públicos pela violação dos direitos fundamentais dos presos, e concluiu:

O fenômeno das violações dos direitos da pessoa presa, por parte da administração pública, é uma das realidades mais notórias do país. Inúmeros estudos empíricos demonstram o afirmado. Infelizmente, justifica-se por ser ‘variável histórica inevitável’, vista a natureza autoritária das prisões. (grifo nosso).

E arremata Salo de Carvalho (2003, p. 212):

A eficácia do modelo garantista somente pode ser alcançada quando o controle das atividades administrativas ocorra comissivamente pelo Poder Judiciário, exigindo do Poder Executivo o respeito à dignidade dos presos, suprindo-os de suas carências materiais e respeitando sua individualidade. Os subterfúgios utilizados pela administração não podem ser empecilho ou barreira à atuação judicial.

Essas questões reforçam a tese de que, para a decretação de qualquer medida acautelatória no processo penal, especialmente aquelas medidas pessoais (prisão provisória; prisão extrapenal; prisão sem pena), faz-se necessário, sobretudo, uma análise acurada acerca de sua necessidade, a fim de se resguardar a dignidade da pessoa

Abaetetuba, atestando a transmissão de fac-simile, em 8 de novembro de 2007, para a Corregedoria do Interior, que autorizava a transferência da presa da delegacia para a capital do Estado. O referido ofício só teria sido encaminhado no dia 20 de novembro de 2007, com data retroativa ao dia 7 de novembro. Apesar da recomendação da Corregedoria de Justiça do Pará pela abertura do Processo Disciplinar, o Tribunal do Estado decidiu, por 15 votos a 7, arquivar a sindicância. Dessa forma, não houve prosseguimento das investigações, o que impediu a responsabilização dos envolvidos na decisão. De acordo com o relatório do conselheiro Mairan Maia, “a decisão de não-instauração do processo administrativo disciplinar proferida em sessão Plenária do Tribunal de Justiça do Pará mostra-se, efetivamente, contrária a todas as evidências probatórias contidas na sindicância levada a termo pela Corregedoria das Comarcas do Interior do TJPÁ”. Disponível em: www.cnj.gov.br. <Acesso em 15.02.2009>.

humana. E nesse campo ganham relevo, também, os princípios da *liberdade individual* e da *inocência* (ou da não-culpabilidade).

Mas não é só o momento da decretação das medidas cautelares pessoais no processo penal que merece atenção. O cuidado deve ser redobrado também no momento das construções teóricas, no momento de elaboração das leis e de aplicação das normas, tudo como forma de se evitar a intervenção indevida nos direitos fundamentais da pessoa humana.

Parece um trabalho simples, mas não é. Na prática, equilibrar o interesse do Estado na proteção social e o interesse na proteção da dignidade da pessoa humana, na preservação dos direitos fundamentais, requer um contínuo esforço de interpretação das normas constitucionais, sobretudo aquelas normas de natureza processual penal.

Mas a intervenção em direitos fundamentais impõe a aplicação de um princípio mor, intitulado *princípio dos princípios*, justamente o princípio da proporcionalidade, verdadeiro princípio formal que exige a metodização da argumentação de intervenção em direito fundamental.

Assim, quando da decretação ou manutenção de uma medida cautelar pessoal no processo penal (repita-se: especialmente aquelas medidas cautelares restritivas do direito de liberdade) deve o operador evidenciar a presença de um fim legítimo na medida interventiva no direito fundamental de liberdade individual. No mais, deve também o operador se preocupar com a relação meio-fim, ou seja, evidenciar que o meio escolhido serve para o atingimento do fim pretendido. Além disso, o operador deve escolher, dentre os meios disponíveis para atingir o fim legítimo pretendido, aquele que atinja de forma menos gravosa os direitos fundamentais capazes de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Importante definir, neste contexto, as espécies de medidas cautelares pessoais em vigor no processo penal brasileiro. Antes, porém, importa chamar a atenção para um fenômeno cada vez mais freqüente na legislação infraconstitucional brasileira, qual seja a redução das hipóteses de cabimento de prisão-pena, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

E não tem como ser diferente. Afinal, com a instauração da nova ordem jurídico-constitucional de 1988 não tem mais lugar a prisão como efeito automático da sentença penal condenatória recorrível, nem mesmo a prisão automática, decorrente de decisão de pronúncia no procedimento do júri. Não subsiste, ainda, a imposição legal do dever de recolhimento à prisão para o acolhimento e análise de recurso interposto em

face de sentença penal condenatória; nem mesmo a possibilidade de deserção, em caso de fuga posterior.

De fato, prevalece a idéia de que, em tema de prisão e liberdade provisória torna-se, pois, absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria, para o fim de seu realinhamento com o sistema de garantias individuais previsto na Constituição republicana de 1988. (Eugênio Pacelli, p. 489)

Nesse sentido, já foi editada súmula pelo e. Superior Tribunal de Justiça, via de sua colenda Terceira Seção.³⁶

Importante destacar os votos proferidos pelos eminentes ministros Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da RCL n. 2.391, relativamente à aplicação do então vigente artigo 594, do Código de Processo Penal brasileiro³⁷.

Não menos relevante é julgado proferido por nossa Corte Suprema, no dia 05 de fevereiro do corrente ano (05 de fevereiro de 2009), em sede de Habeas Corpus intentado em favor de Omar Coelho Vitor (HC n. 84.078-MG)³⁸, onde restou

³⁶ Súmula n. 347 – STJ: o conhecimento de recurso de apelação pelo réu independe de sua prisão. Disponível em: www.stj.jus.br. <Acesso em 12.10.2008>.

³⁷ A execução antecipada ou provisória da pena ainda não transitada em julgado afronta o princípio constitucional da não-culpabilidade. Não restou espaço para a prisão processual, automática ou obrigatória, que tenha como único pressuposto a presunção de culpa. [...] Como toda medida cautelar, ela há de ser fundamentada; fundamentada na necessidade cautelar da prisão. Senão, a privação da liberdade será, de fato, antecipação da execução de pena. Disponível em: www.stj.jus.br. <Acesso em 16.10.2008>

³⁸ Por sete votos a quatro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu, nesta quinta-feira (5), o Habeas Corpus (HC) 84078 para permitir a Omar Coelho Vitor – condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado – que recorra dessa condenação, aos tribunais superiores, em liberdade. Ele foi julgado por tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV, e 14, inciso II, do Código Penal). Antes da subida do Recurso Especial (REsp) ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Ministério Público de Minas Gerais pediu ao Tribunal de Justiça daquele estado a decretação da prisão, uma vez que o réu, conhecido produtor de leite da região, estava colocando à venda, em leilão, seu rebanho holandês e suas máquinas agrícolas e equipamentos de leite. Esse fato, segundo o MP mineiro, estaria a demonstrar seu intuito de se furtar à aplicação da lei penal. O 1º Vice-Presidente do TJ-MG acolheu as ponderações do MP estadual e decretou a prisão. Como o REsp ainda não foi julgado e Vitor corre o risco de a ordem de prisão ser cumprida, ele impetrou habeas no STF, pedindo a suspensão da execução da pena. Também pediu que não se aplicasse a norma (artigo 637 do Código de Processo Penal) segundo a qual o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo. O caso: o processo foi trazido de volta a julgamento pelo ministro Menezes Direito, que pediu vista do processo em abril do ano passado, quando o relator, ministro Eros Grau, já havia votado pela concessão do HC. O processo deu entrada em março de 2004, tendo naquele mês o então relator, ministro Nelson Jobim (aposentado), negado e posteriormente concedido liminar. Ele mudou de posição diante da explicação de Omar Coelho de que vendera seu rebanho de leite para mudar de ramo de negócios. O caso começou a ser julgado na Segunda Turma do STF, que decidiu afetá-lo ao Plenário, que iniciou seu julgamento em abril do ano passado, quando Menezes Direito pediu vista. Debates: o processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram. Prevaleceu a tese de que a prisão de Omar Coelho Vitor, antes da sentença condenatória transitada em

reconhecido e assegurado, por maioria de votos (7 a 4), o direito do paciente de recorrer

julgado, contrariaria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (CF), segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Já os ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm “efeito suspensivo” (quando se suspende a sentença condenatória, no caso). Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram, também, que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário) não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil. Afirmaram, ainda, que país nenhum possui tantas vias recursais quanto o Brasil. Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França como exemplos de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau. Observaram, ademais, que a execução provisória de sentença condenatória serve também para proteger o próprio réu e sua família. Esta, entretanto, conforme o ministro Celso de Mello, “não é juridicamente viável em nosso sistema normativo”. Ele admitiu, no entanto, que a prisão cautelar processual é admissível, desde que fundamentada com base nos quatro pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal”. Críticas ao sistema penal: durante os debates, o ministro Joaquim Barbosa questionou a eficácia do sistema penal brasileiro. “Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REs), o processo jamais chegará ao fim”, afirmou. “No processo penal, o réu dispõe de recursos de impugnação que não existem no processo civil”, observou ainda Joaquim Barbosa. Segundo ele, em nenhum país há a “generosidade de HCs” existente no Brasil. Ele disse, a propósito, que há réus confessos que nunca permanecem presos. E citou um exemplo: “Sou relator de um rumoroso processo de São Paulo”, relatou. “Só de um dos réus foram julgados 62 recursos no STF, dezenas de minha relatoria, outros da relatoria do ministro Eros Grau e do ministro Carlos Britto”. “O leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu é imenso, inigualável”, afirmou. “Não existe em nenhum país no mundo que ofereça tamanha proteção. Portanto, se resolvermos politicamente – porque esta é uma decisão política que cabe à Corte Suprema decidir – que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o Recurso Extraordinário julgado por esta Corte, nós temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão”. Mundo de horrores: ao proferir seu voto – o último do julgamento – o ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto majoritário do relator, ministro Eros Grau. Apresentando dados, ele admitiu que a Justiça brasileira é ineficiente, mas disse que o país tem um elevado número de presos – 440 mil. “Eu tenho dados decorrentes da atividade no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que são impressionantes. Apesar dessa inefetividade (da Justiça), o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São 440 mil presos, dados de 2008, dos quais 189 mil são presos provisórios, muitos deles há mais de dois, mais de três anos, como se tem encontrado nesses mutirões do CNJ. E se nós formos olhar por estado, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar em alguns estados 80% dos presos nesse estágio provisório [prisão provisória]”. “Nos mutirões realizados pelo CNJ encontraram-se presos no estado Piauí que estavam há mais de três anos presos provisoriamente sem denúncia apresentada”, relatou ainda o ministro. “No estado do Piauí há até uma singularidade. A Secretaria de Segurança do Estado concebeu um tal inquérito de capa preta, que significa que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira. Muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público”. “Dos habeas corpus conhecidos no Tribunal, nós tivemos a concessão de 355”, informou o presidente do STF. “Isto significa mais de um terço dos habeas corpus. Depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias – saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, passando pelo STJ – nós temos esse índice de concessão de habeas corpus. Entre REs e AIs [agravos de instrumento] tratando de tema criminal, há 1.749, dos quais 300 interpostos pelo MP. Portanto, não é um número tão expressivo”. “De modo que eu tenho a impressão de que há meios e modos de lidar com este tema a partir da própria visão ampla da prisão preventiva para que, naqueles casos mais graves, e o próprio legislador aqui pode atuar, e eu acho que há propostas nesse sentido de redimensionar o sentido da prisão preventiva, inclusive para torná-la mais precisa, porque, obviamente, dá para ver que há um abuso da prisão preventiva”, assinalou Gilmar Mendes. “O ministro Celso de Mello tem liderado na Turma lições quanto aos crimes de bagatela. Em geral se encontram pessoas presas no Brasil porque furtaram uma escova de dentes, um chinelo”. “Portanto – concluiu – não se cumprem minimamente aquela comunicação ao juiz para que ela atenda ou observe os pressupostos da prisão preventiva. A prisão em flagrante só deve ser mantida se de fato estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva. Do contrário, o juiz está obrigado, por força constitucional, a relaxar [a prisão]. De modo que estou absolutamente certo de que esta é uma decisão histórica e importante do Tribunal. Disponível em: www.stf.jus.br. <Acesso em 15.02.2009>.

da decisão proferida pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tanto para o STJ quanto para o próprio STF, em liberdade, tudo em respeito à previsão constitucional relativa à presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII)³⁹.

Durante mencionado julgamento, foram verificados debates prolongados, tendo os insígnies ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie proferido votos contrários à concessão da ordem, por entenderem que o esgotamento da matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias, sendo que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm efeito suspensivo. No mais, precitados ministros ainda ponderaram que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) não assegura o direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como acontece no Brasil.

Chamou a atenção, em especial, uma colocação do ministro Joaquim Barbosa nos seguintes termos: *Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REExt), o processo jamais chegará ao fim.*

Tal declaração, ao que se observa, mais parece uma confissão de ineficiência e de lentidão do Poder Judiciário, o qual necessita, urgentemente, se aperfeiçoar para fazer frente às necessidades da sociedade brasileira.

Mas o que importa é que o princípio da presunção de inocência restou observado por nossa Corte Suprema, com o afastamento da possibilidade de execução provisória de pena.

Essa mudança de mentalidade, tanto por parte do legislador quanto do aplicador da norma processual penal tem tudo a ver com o garantismo constitucional, mais especificamente com o garantismo substancial já mencionado. Às previsões constitucionais relativas ao princípio da *presunção de inocência* e da *liberdade individual* deve ser conferida plena efetividade, justamente em respeito à dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil.

2.1. Espécies de medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro

³⁹ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 22.10.2008>.

Retornando ao tema relativo às espécies de medidas cautelares pessoais, convém fixar que a presente pesquisa ficará adstrita às espécies de *prisão provisória* (também conhecidas por *prisão extrapenal* ou *prisão sem pena*).

Não serão mencionadas as intituladas prisões civis, administrativas e disciplinares, dando-se especial atenção às espécies de prisões cautelares no processo penal brasileiro. A propósito, infira-se: a prática da infração penal faz surgir para o Estado a pretensão punitiva (*jus puniendi*), bem como a expectativa de imposição de sanção àquele que infringiu a norma penal. Todavia, a pretensão punitiva só pode ser exercida após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por força do que dispõe o texto constitucional de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII.⁴⁰

Acontece que, no intervalo compreendido entre a prática da infração penal e o trânsito em julgado da correspondente sentença penal condenatória poderá ser verificada alguma situação de risco para a prestação jurisdicional, ou, então, para a eficácia da atuação estatal. Essa situação de risco deve ser contornada via de providências urgentes, as chamadas medidas cautelares pessoais (ou acautelatórias), cujo conteúdo material, no mais das vezes, coincide com as penas privativas de liberdade previstas no nosso ordenamento jurídico.

Logicamente que a natureza jurídica das medidas cautelares pessoais no processo penal diverge da natureza das penas privativas de liberdade (prisão-pena), não só pela provisoriedade como também pela presunção de não-culpabilidade do agente, capaz de inviabilizar qualquer tentativa de cumprimento antecipado de pena.

Essa presunção de não-culpabilidade do agente representa aquilo que Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 490) denomina de *situação jurídica de inocente*, capaz de impor a necessidade de fundamentação judicial da medida privativa da liberdade do indivíduo, uma vez que só o Poder Judiciário pode determinar a prisão de um inocente.

Concluindo, Eugênio Pacelli (2004, p. 490) alerta que a fundamentação das medidas cautelares pessoais deve ser construída justamente em bases cautelares, ou seja, a prisão provisória deve ser decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da *indispensabilidade* e da *necessidade* da medida.

⁴⁰ Art. 5º, inciso LVII, da CR/88. – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 24.10.2008>.

É, justamente, a observância do princípio da proporcionalidade, em suas vertentes acima fixadas, exigível em todas as espécies de prisão provisória, conforme veremos na seqüência.

2.1.1. Prisão em flagrante - medida de cautela menor ou de subcautela

Dentre as medidas cautelares, ou melhor, subcautelares pessoais no processo penal brasileiro ganha destaque a *prisão em flagrante*.

Analisando o tema, o jurista Magalhães Noronha (1987, p. 162) destaca que flagrante é uma qualidade do delito, *está ele sendo cometido, praticado naquele momento, e, por isso, é patente e irrecusável*. Nessa situação, a prisão do infrator é permitida, mesmo que sem mandado judicial⁴¹, ante a evidência probatória relativa ao fato e a sua autoria. Tal prisão se justifica, assim, com base no interesse público, e como forma de assegurar a ordem pública ameaçada pela prática da infração penal.

Da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941⁴²) extrai-se a informação de que os institutos da *prisão em flagrante* e da *prisão preventiva* são definidos com mais latitude do que na legislação anterior. Especificamente no que pertine ao primeiro instituto (prisão em flagrante), o *clamor público* deixou de ser considerado condição essencial para a equiparação ao *estado de flagrância* dos casos em que o criminoso, logo após a prática do crime, empreende fuga.

Como justificativa da alteração, Francisco Campos registrou que o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação

⁴¹ Art. 5º, LXI, CR/88. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 01.11.2008>.

Artigo 282, CPP. “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 10.11.2008>.

⁴² BRASILEIRA, Legislação. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br

penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este⁴³.

Assim, de acordo com o atual Estatuto Processual Penal brasileiro basta que o agente, vindo de cometer um crime, seja perseguido pela autoridade pública, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração. É o intitulado *flagrante impróprio*, ou *quase-flagrante*.

Porém, para o reconhecimento da incidência do flagrante impróprio a legislação brasileira exige que a perseguição pela autoridade, por ofendido ou por qualquer pessoa se dê imediatamente após a conclusão da infração penal, ou então da sua interrupção por terceiros, não se admitindo tal modalidade de flagrante naquela hipótese em que o autor do delito é encontrado, ao depois, por força de denúncia anônima, sem nem mesmo ter empreendido fuga.

Nesse sentido, interessante o julgado proferido pelo e. Superior Tribunal de Justiça, via de sua 5ª Turma, no bojo da ação de habeas corpus de n. 23.650⁴⁴, tendo por relator o i. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

O *flagrante próprio* consiste naquela situação onde o agente está cometendo a infração penal, ou acaba de cometê-la. Por fim, *flagrante presumido* corresponde àquela situação em que o agente é encontrado logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração⁴⁵.

Relativamente ao *flagrante presumido*, Romeu Pires de Campos Barros (1982, p. 135) lembra que *nunca foi aceito em nossa legislação colonial e imperial*.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 504) tece críticas à opção do legislador, pois que, para ele bastaria a inclusão da expressão *é encontrado*, na definição

⁴³ BRASILEIRA, Legislação. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br

⁴⁴ PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE FUGA OU PERSEGUIÇÃO. ACUSADA PRESA EM SUA RESIDÊNCIA. RELAXAMENTO. Não caracteriza flagrante impróprio a hipótese em que a suposta autora do delito é encontrada em sua residência por agente policial, em diligências efetuadas a partir de denúncia anônima, porquanto o inciso III do art. 302 do Código de Processo Penal pressupõe que o agente, após concluir a infração penal, ou ser interrompido por terceiros, empreende fuga, e seja, logo após, perseguido pela polícia, pela vítima ou por qualquer do povo. 'A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária' (art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal). Recurso provido para relaxar a prisão da paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver presa. Disponível no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – ano 16 – n. 195 – fevereiro de 2009.

⁴⁵ Art. 302 do CPP. Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 18.11.2008 >.

do flagrante impróprio, ou quase-flagrante (inciso III, artigo 302, do CPP), para que ambas as situações restassem perfeitamente reguladas.⁴⁶

O intitulado *flagrante presumido* merece ser observado com maior rigor, vez que em tal hipótese a autoria é presumida, o agente traz consigo objetos relacionados com o delito, porém sem ter sido surpreendido no calor da ação delituosa.

Acontece que, para corrente doutrinária respeitável, a prisão em flagrante exige, para a sua configuração, a certeza visual do delito. Isto é, faz-se necessária a presença de pelo menos uma testemunha na cena do evento, e mais, faz-se necessário também que tal testemunha assista a ação criminosa, não bastando que apenas se aperceba de tal evento. (Delmanto Júnior, 1998, p. 77 – Scarance Fernandes, 1999, pág. 285).

Esse posicionamento esbarra na previsão do artigo 304, § 2º, do nosso Estatuto Processual Penal⁴⁷, assim como no entendimento fixado por nossa Corte Suprema⁴⁸.

Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 736) chama a atenção para o fato de que *flagrante delito* e *prisão em flagrante* são institutos jurídico-processuais diversos. O primeiro é a situação em que a pessoa a ser presa se encontra; já o segundo é mais amplo, pois que compreende, além do ato de prisão no momento do flagrante delito, a manutenção de tal prisão.

Nesse ponto, vale a observação do advogado criminalista e prof. de Processo Penal Luiz Antônio Câmara (1997, p. 148), no sentido de que a prisão em flagrante não é dotada de fins cautelares propriamente ditos, mas, na verdade, de fins *pre ou sub-cautelares*. Para mencionado jurista, medida cautelar propriamente dita é a manutenção da prisão decorrente do flagrante, a qual exige decisão fundamentada da autoridade judiciária, sempre com base nos fundamentos (ou pressupostos *lato sensu*) autorizadores da prisão preventiva.

⁴⁶ Parece-nos, contudo, que bastaria a inclusão da expressão *é encontrado* também na definição do flagrante impróprio, para que ambas as situações estivessem devidamente reguladas. (Eugênio Pacelli, 2004, p. 504)

⁴⁷ Art. 304, § 2º, do CPP. A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 24.11.2008>.

⁴⁸ A ausência de testemunhas não impedirá o auto de prisão em flagrante (art. 304, § 2º). Nesse caso, o estatuto processual exige que, com o condutor, pelo menos duas testemunhas assinem o auto. Nesse número mínimo de testemunhas, inclui-se, de acordo com a jurisprudência majoritária, o condutor. (STF: RTJ 51/566, RT 550/332, RT 545/411, RT 633/618, RT 665/297, RT 674/330, RJDTACRIM 9/199).

Aury Lopes Jr. (2006, p. 225) sustenta que o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante ao prever os casos excepcionais de cabimento da medida⁴⁹, todos marcados pela necessidade e pela urgência. Além disso, para referido autor há uma autonomia nítida da prisão em flagrante com relação à prisão preventiva dela decorrente. A primeira, prisão em flagrante, é marcada pela absoluta precariedade, vez que visa a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Já a segunda, prisão preventiva decorrente da prisão em flagrante, representa típica medida de natureza cautelar, pois que se dirige a assegurar o resultado final do processo (2006, p. 225).

Para a validade do flagrante a lei exige um cuidado todo especial, mormente no que tange à documentação dos fatos e a posterior comunicação à autoridade judiciária. Fala-se, inicialmente, na lavratura de auto de prisão em flagrante, ao depois em expedição de nota de culpa e, por fim, de expediente de comunicação da prisão em flagrante.

Analisando a importância de mencionada comunicação como fator de garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, Fábio Machado de Almeida Delmanto (2008, p. 153) lembra que:

a prisão em flagrante, embora em momento posterior à sua realização, deve também ser levada ao crivo da autoridade judiciária competente, que a relaxará se for ilegal ou concederá liberdade provisória nas hipóteses previstas em lei, devendo a prisão ser mantida apenas se presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Necessário observar que a Lei Federal n. 4.898, de 09 de dezembro de 1965, já considerava, e ainda considera abuso de autoridade a execução de medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais, bem como a falta de comunicação imediata à autoridade judiciária competente acerca da prisão ou detenção de qualquer pessoa⁵⁰.

⁴⁹ Art. 302 do CPP. Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 01.12.2008 >.

⁵⁰ Art. 4º, [...]

a. Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

Assim, o que legitima a prisão em flagrante e a sua manutenção, então, é a existência de auto de prisão em flagrante devidamente lavrado pela autoridade policial, acompanhado da nota de culpa e do indispensável comunicado imediato da prisão ao juízo competente.

Tal se justifica em face da necessidade inarredável de fundamentação da decisão judicial de recebimento da comunicação da prisão em flagrante, bem como da decisão de manutenção dessa prisão.

Não se pode mais admitir a continuidade de decisões judiciais que se limitam a fixar, quando do recebimento do flagrante, expressões como *aguarde-se o inquérito*, sem qualquer alusão à necessidade e à conveniência da manutenção da custódia preventiva. Não se pode permitir, ainda, a continuidade de decisões judiciais que se limitam a homologar o flagrante, pois que formalmente perfeito, e a decretar a prisão preventiva *para a garantia da ordem pública* ou mesmo *para a conveniência da instrução criminal*, sem qualquer referência ou vinculação a elementos probatórios constantes do caderno processual.

No entendimento de Aury Lopes Jr. (2006, p. 204), em casos assim não há que se falar em falta de fundamentação, mas, na verdade, na inexistência de decisão, vez que falta o suporte fático e legal mínimo para ingressar no mundo jurídico.

Dignas de registro são as ponderações do mencionado prof. Luiz Antônio Câmara (1997, p. 152) quanto à impropriedade da manutenção da prisão decorrente do flagrante por inação da autoridade judiciária, bem como acerca da necessidade de transmutação da prisão em flagrante em prisão preventiva. Infira-se:

No exercício de tal espécie de poder discricionário o magistrado não pode manter a prisão por simples inagir. A natureza de subcautela da prisão oriunda de flagrante e a própria lei impõem isso. Afirme-se com veemência que a prisão somente imporá sua manutenção quando se transmutar de prisão em flagrante para prisão preventiva, obedecida, inclusive, a garantia da tipificação legal, pois, inócurrense isso, todo o vigor da proteção conferida ao acusado com a enumeração taxativa dos casos de decretação de cautela esvai-se.

E conclui o professor Luiz Antônio Câmara (1997, p. 152):

b) [...];

c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 02.12.2008>.

Nítida a burla à lei quando se admite o protraimento automático da prisão em flagrante com reflexos voltados para o interior do processo cognitivo, co-existindo este com uma situação cautelar por ninguém provocada.

Extraí-se dos ensinamentos supra que o magistrado, no momento do recebimento do comunicado da prisão em flagrante, deve agir *ex officio*, ou seja, independentemente de provocação, no sentido de transmutar a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312⁵¹, ou mesmo conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

É nesse sentido, inclusive, que caminha o legislador brasileiro na proposta de alteração do Código de Processo Penal, conforme se infere da nova redação a ser conferida ao artigo 310⁵².

A fim de afastar qualquer dúvida quanto à natureza jurídica da decisão de homologação do flagrante, convém citar, novamente, os ensinamentos de Aury Lopes Jr. (2006, p. 226-7) Segundo o renomado jurista, o magistrado, quando do recebimento da comunicação do flagrante, deve atuar de forma sucessiva, em dois momentos distintos. No primeiro momento, deve ele analisar o aspecto formal da prisão em flagrante, sua legalidade ou ilegalidade; já num segundo momento, e em sendo superada a fase inicial com a consequente homologação do flagrante, deve a autoridade judiciária analisar a necessidade ou não da prisão preventiva.

De uma simples análise das previsões constitucionais, sobretudo daquelas constantes dos artigos 93, IX, e 5º, LXII⁵³, conclui-se que razão assiste ao nobre prof. Aury Lopes Jr. Afinal, de que adiantaria a exigência constitucional no sentido de forçar a comunicação imediata do flagrante à autoridade judiciária?

⁵¹ Art. 312 do CPP. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 12.12.2008 >.

⁵² Art. 310 do CPP. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, nas hipóteses previstas em lei. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 12.12.2008 >.

⁵³ Art. 5º, LXII, da CR - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 12.12.2008 >.

Art. 93, IX, CR - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 12.12.2008 >.

Vem perdendo força a tese jurídica de que o ato de recebimento do flagrante pela autoridade judiciária não contém cunho decisório, desnecessitando, portanto, de fundamentação. Tanto é verdade que a 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do *habeas corpus* de n. 40.761, proveniente do Estado de São Paulo, reconheceu a existência de coação ilegal em ato de recebimento de flagrante desprovido da perfeita fundamentação.⁵⁴

Aqui reside, justamente, o ponto de aplicação do princípio da proporcionalidade, via de seus três subprincípios, pela autoridade judiciária, em se tratando de manutenção da prisão em flagrante. Assim, quando da fundamentação da manutenção da custódia preventiva, deve precitada autoridade evidenciar a existência de um fim constitucionalmente legítimo na medida interventiva de direito fundamental (liberdade), e ainda, a necessidade dessa medida interventiva para a preservação dos interesses estatais, especialmente o interesse na manutenção da ordem pública.

Nota-se que as formalidades previstas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional para a elaboração do flagrante têm o condão de assegurar a observância irrestrita das garantias fundamentais, as únicas capazes de justificar o verdadeiro Estado de Direito.

Se para a realização da prisão decorrente de ordem escrita, fundamentada, emanada de autoridade judiciária competente, devem ser observados os princípios relacionados à dignidade da pessoa humana, muito mais se exige para a realização e manutenção da prisão em flagrante, especialmente considerando as hipóteses de *quase-flagrante* e de *flagrante presumido*.

Deve a autoridade responsável pelo flagrante comunicar, imediatamente, à autoridade judiciária competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada, a prisão e o local onde se encontra. No mais, deve também a mencionada autoridade informar ao preso sobre seus direitos constitucionais, dentre eles o de permanecer calado, e ainda, assegurar-lhe a assistência familiar e de profissional da advocacia.⁵⁵

⁵⁴ [...] sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (*CPP, art. 310, parágrafo único*), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação. Desse modo, tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do *habeas corpus*. (HC n. 40.761/SP, 6ª Turma, relator o ministro Nilson Naves, *DJ* de 22.05.2006). Disponível em: www.stj.jus.br. <Acesso em 12.12.2008 >.

⁵⁵ Art. 5º, inciso LXII, da CR- A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;” LXIII “ – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 16.12.2008 >.

Não subsiste mais, mormente em decorrência da nova ordem jurídico-constitucional instaurada a partir de 1988, a famigerada *prisão para averiguação*. Na verdade, tal modalidade de prisão já havia sido considerada inconstitucional antes mesmo da Carta Magna de 1988, sendo que a sua prática é considerada crime de abuso de autoridade, por força da Lei Federal n. 4.898/65.

Nesse particular, o Estado finalmente encontrou uma limitação rígida no seu propósito de punir o infrator da norma penal.

Lamentavelmente algumas autoridades policiais (sobretudo aquelas ligadas à Polícia Federal) ainda insistem em negar vigência e eficácia às normas constitucionais assecuratórias da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, são comuns os casos em que ao preso é negada a assistência de profissional da advocacia. E o que é pior, não são raros, inclusive, os casos de negativa de acesso aos autos de inquérito policial por advogados constituídos, em total afronta às disposições constitucionais e legais, inclusive da Lei Federal n. 8.906, de 04 de julho de 1994.⁵⁶

Não resta dúvida de que o sigilo do inquérito policial persiste, inclusive com relação ao profissional da advocacia, quanto aos atos de investigação, tanto na sua deliberação quanto na sua prática, desde que necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse social. Todavia, uma vez efetivada e formalizada a diligência deve-se permitir o pleno exercício do direito de defesa, inclusive com o acesso aos autos de inquérito pelo advogado.

Não permitir o acesso do advogado a todos os atos já documentados no inquérito policial é esvair os direitos constitucionais norteadores do Estado democrático de Direito, dentre eles o da ampla defesa, conforme fixou o i. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Dr. Gilmar Augusto Teixeira, quando do julgamento da Apelação Criminal n. 2007.050.06066⁵⁷.

⁵⁶ Art. 7º. São direitos do advogado:

I – exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

[...];

III – comunicar-se com seus clientes, pessoalmente e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

[...];

XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 12.12.2008 >.

⁵⁷ Processo penal. Inquérito Policial. Acesso aos autos pelo advogado. Embora a regra geral, prevista no art. 20, do CPP, disponha sobre o sigilo do inquérito policial, e a contida no art. 143, da Lei 8.069/90,

Este mesmo entendimento foi fixado pelo Plenário do e. Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, quando da apreciação do processo de Proposta de Súmula Vinculante (PSV), de iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no dia 02 de fevereiro de 2009, restando editada a 14ª Súmula Vinculante⁵⁸.

Durante o julgamento da mencionada Proposta de Súmula Vinculante, o ministro Celso de Mello afirmou: *A súmula vinculante, com o conteúdo proposto, qualifica-se como um eficaz instrumento de preservação de direitos fundamentais*. Já o ministro Marco Aurélio destacou que *a eficiência repousa na transparência dos atos praticados pelo Estado*. Concluindo, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha frisou: *Investigação não é devassa*⁵⁹.

Outro aspecto lamentável diz respeito à previsão legal relativa à incomunicabilidade de preso. De uma simples leitura do artigo 21, e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal⁶⁰, bem como do artigo 7º, inciso III (parte final), da supramencionada Lei Federal n. 8.906/94, infere-se que o legislador pátrio ainda trabalha com a possibilidade de se manter um preso incomunicável, tanto assim que

também seja direcionada em tal sentido, mas com o intuito de preservação da criança e do adolescente, não se pode olvidar que existe o contraponto no inciso XIV, da Lei n. 8.906/94, no que concerne à prerrogativa do advogado em examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que, conclusos à autoridade, podendo obter cópias das peças e tomar apontamentos. Não se lê, no referido dispositivo, qualquer distinção entre inquérito sigiloso ou não, o que impede uma interpretação restritiva ou condicionada do referido direito. Ademais, é perfeitamente possível a conciliação das duas normas, se entendido que o segredo, até mesmo em relação ao advogado, deve ser mantido somente quanto aos atos de investigação, tanto na deliberação, quanto na sua prática, quando necessários à elucidação do fato ou exigido pelo interesse social. No entanto, uma vez formalizada a diligência, em documento, deve-se permitir o exercício do direito de defesa até mesmo na primeira fase da persecução penal. Todo o indiciado tem o direito de permanecer calado, sendo-lhe assegurado um advogado (art. 5º, inciso LXIII, da CF). Não permitir ao advogado o livre acesso a todos os atos já documentados no inquérito policial é esvair os dois direitos acima citados, pois se o indiciado desconhece as provas contra ele já carreadas na fase inquisitorial, posto que sonegadas, não terá elementos para saber se o melhor é calar ou falar. Já o advogado, com absoluta ignorância do que já foi apurado, transforma a sua presença em mero cumprimento de uma formalidade, eis que a defesa técnica não pode ser construída por absoluto desconhecimento daquilo que permanece em segredo. (TJRJ – 7ª C. – AP 2007.050.06066 – rel. Gilmar Augusto Teixeira – j. 17.01.2008 – DOE 28.01.2008).

⁵⁸ Súmula Vinculante 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. www.stf.jus.br/portal/geral. <Acesso em 03.02.2009>.

⁵⁹ www.stf.jus.br/portal/geral.0. <Acesso em 03.02.2009>.

⁶⁰ Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de 3 (três) dias, será decretada por despacho fundamentado do juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963). Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 20.12.2008>.

assegura ao advogado o direito de se comunicar com o seu cliente, pessoal e reservadamente, em tal hipótese.

Fica difícil imaginar a construção de um verdadeiro Estado de Direito a partir da previsão legal de tão ultrapassada e antigarantista providência. Manter um preso incomunicável é medida típica de estado autoritário, dissociado dos mais comezinhos princípios relacionados à dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, faz-se necessário uma constante vigilância, tanto pelo elaborador da norma quanto pelo seu aplicador, inclusive com a utilização constante do princípio da proporcionalidade (*mormente da proporcionalidade em sentido estrito*), a fim de se evitar a elaboração e/ou aplicação de norma flagrantemente ofensiva aos direitos fundamentais da pessoa humana como é o caso da previsão relativa à incomunicabilidade de preso.

A autoridade policial, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais⁶¹, deve observância irrestrita às normas garantidoras da dignidade da pessoa humana, ou seja, às previsões relativas aos direitos e garantias fundamentais, não podendo reduzir o indiciado a mero objeto da investigação⁶².

Konrad Hesse (1984, p. 70), discorrendo acerca da imagem da pessoa na Lei Fundamental alemã fixou:

Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da ‘massa’ moderna. Ele é entendido, antes, como ‘pessoa’: de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família, igrejas, grupos sociais e políticos, das sociedades políticas, não em último lugar, também do Estado, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldado, mas também chamado a co-configurar responsavelmente convivência humana. Somente assim, entendido não só como barreira ou obrigação de proteção do poder estatal, o conteúdo do art. 1º da Lei

⁶¹ Art. 144, § 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 20.12.2008>.

Art. 4º, do CPP. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

⁶² A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a polícia judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial. (HC 73.271-SP, rel. Celso de Mello, citado em despacho no Inquérito 1.504-DF, rel. Celso de Mello, 17.06.1999, DJ 28.06.1999, p. 25).

Fundamental e os direitos do homem, dos quais o povo alemão por causa deste contudo, ‘com base de cada comunidade humana’, declara-se partidário, convertem-se em pressuposto da livre autodeterminação, sobre a qual a ordem constituída, pela Lei Fundamental, da vida estatal deve assentar-se.

A importância do respeito, pela autoridade policial, às normas constitucionais relacionadas com a dignidade da pessoa humana resulta do fato de que a figura humana jamais pode ser resumida a um conceito abstrato.

Dessa forma, o caráter sigiloso do inquérito policial⁶³ não retira a possibilidade, ou melhor, a necessidade de acompanhamento por defensor constituído ou nomeado, sob pena de determinadas previsões constitucionais se tornarem letra morta, a exemplo daquela previsão constante do artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Magna de 1988⁶⁴, que trata justamente do direito do preso de permanecer calado.

Merece aplausos a iniciativa de determinados delegados de polícia no sentido de assegurar ao preso em flagrante, antes mesmo de qualquer providência visando a formalização do procedimento, o acompanhamento por defensor constituído, ou, então, por representante da defensoria pública.

Por outro lado, merece reprovação a inércia de determinados Estados da Federação, sobretudo do Estado de Goiás, que insiste em desrespeitar determinação constitucional para a instalação da Defensoria Pública. Tal instituição, essencial à função jurisdicional do Estado⁶⁵, não só deve ser instalada como também deve funcionar em regime de plantão permanente, a fim de atender ao chamado de qualquer autoridade policial, seja a que hora for, para acompanhar flagrante.

Não basta a previsão inserida no artigo 306, e seu § 1º, do Código de Processo Penal⁶⁶, no sentido de determinar a comunicação da prisão à família do preso

⁶³ Art. 20, do CPP. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 20.12.2008>.

⁶⁴ Art. 5º, LXIII. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 20.12.2008>.

⁶⁵ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 22.12.2008>.

⁶⁶ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

§ 1º. Dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

ou a pessoa por ele indicada, e a remessa de cópia integral do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública.

Indubitavelmente, deve-se ir além nas exigências para a realização do flagrante, inclusive trabalhando com a hipótese de inversão do procedimento legal traçado, com a previsão do interrogatório do indiciado como sendo o último ato a ser realizado pela autoridade policial, antes do relatório e remessa ao Judiciário, a exemplo das alterações introduzidas no procedimento judicial pelas Leis ns. 11.689 e 11.719, ambas de 2008⁶⁷.

Esse parece ser o verdadeiro sentido das normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais, mormente considerando que vários atos praticados em sede de inquérito policial não podem ser repetidos em juízo, sob o crivo do contraditório.

Não se está falando aqui de se instaurar o contraditório na fase de inquérito policial. Defende-se, tão-somente, um acompanhamento permanente por parte do defensor do indiciado a fim de evitar abusos comumente praticados, dentre eles a costumeira tortura visando a uma confissão.

Tal acompanhamento permitiria ao defensor constituído pelo indiciado, ou mesmo ao integrante da Defensoria Pública, diligenciar junto à autoridade judiciária visando a afastar ilegalidades e/ou abusos, mormente considerando a previsão constitucional relativa à inafastabilidade do controle jurisdicional⁶⁸. Além do que, asseguraria à própria autoridade policial a certeza de que sua atuação não seria objeto de questionamento posterior, inclusive por eventual abuso de autoridade.

Logicamente que o exercício pleno da ampla defesa requer o acompanhamento, já na fase de inquérito policial (ou mesmo antes dele), de defensor técnico, o qual deve ter irrestrito acesso não só aos procedimentos já instaurados como

⁶⁷ Art. 400 do CPP. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 23.12.2008>.

Art. 411 do CPP. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 23.12.2008>.

⁶⁸ Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 23.12.2008>.

também a seu constituinte. A única ressalva a ser feita é quanto aos atos de investigação ainda não concluídos pela autoridade policial.

A observância das normas definidoras das garantias fundamentais na fase do flagrante, seja para a sua realização ou mesmo para a manutenção da prisão em flagrante já efetivada, ganha relevo a partir da análise das medidas substitutivas previstas no Código de Processo Penal brasileiro. Afinal, diferentemente do que se verifica com relação à prisão preventiva, há na nossa legislação certa graduação de medidas substitutivas da prisão em flagrante.

De uma análise do nosso estatuto processual penal infere-se que são quatro as hipóteses de liberdade provisória, ou seja, de medidas substitutivas da prisão em flagrante já realizada, a saber: a) hipótese em que o acusado se livra solto; b) hipótese em que se livra mediante fiança policial; c) hipótese em que o acusado sai do cárcere por meio de liberdade provisória com fiança; d) hipótese em que o acusado sai do cárcere por meio de liberdade provisória sem fiança⁶⁹.

Nota-se, das hipóteses legais acima elencadas, um abuso da liberdade provisória mediante fiança como medida substitutiva à permanência da prisão em flagrante. Melhor seria se o legislador brasileiro inserisse no nosso estatuto processual penal novas e atualizadas medidas substitutivas, medidas estas mais consentâneas com as finalidades pretendidas, quais sejam a de resguardar o processo e a de assegurar os interesses da coletividade na manutenção da ordem pública.

Além do que, conforme fixado por Fábio Machado de Almeida Delmanto (2008, p. 143), extrai-se do texto legal uma verdadeira desproporcionalidade entre as exigências impostas àqueles que conseguiram *liberdade provisória com fiança* e aqueles outros que conseguiram *liberdade provisória sem fiança*. No primeiro caso, além do dever de prestar fiança e de comparecer perante a autoridade todas as vezes que for intimado, o beneficiário ainda fica proibido de mudar de residência sem prévia permissão, ou de ausentar-se por mais de oito dias, sem comunicar à autoridade do lugar

⁶⁹ Art. 321 do CPP. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança: I – no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II – quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 23.12.2008>.

Art. 322 – A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 23.12.2008>.

onde se encontra, sob pena de quebra da fiança prestada. Já no segundo caso, o acusado fica obrigado, apenas, a comparecer a todos os atos do processo.

Ao que parece, as alterações propostas pela Comissão de reforma do Código de Processo Penal não irão alterar, substancialmente, essa situação. Afinal, muito embora haja previsão no sentido de alargar as hipóteses de concessão de liberdade mediante fiança por parte da autoridade policial⁷⁰, o certo é que o instituto da fiança continuará sendo regido pelas atuais previsões do nosso Estatuto Processual Penal, por força de disposição expressa⁷¹.

Ainda nesse tema, não se pode perder de vista as previsões das Leis Federais ns. 9.099/95 (art. 69, parágrafo único) e 11.343/2006 (art. 48, § 2º), relativamente ao flagrante e à manutenção da prisão em flagrante.⁷² No primeiro caso, infere-se que a intitulada *Lei dos Juizados Especiais Criminais* manteve o flagrante para as hipóteses de crimes considerados de menor potencial ofensivo, porém alterou, substancialmente, a documentação desse instituto jurídico, assim como a manutenção da prisão dele decorrente. Não se fala mais em instauração de inquérito policial, mas de TCO (Termo Circunstanciado de Ocorrência), que nada mais é do que um arremedo de inquérito. No mais, não se mantém a prisão em flagrante quando o agente se compromete a comparecer em juízo, em data e horário determinados.

Para Fábio Machado de Almeida Delmanto (2008, p. 1390, há verdadeira proibição de se impor prisão em flagrante nos crimes de menor potencial ofensivo, da competência dos Juizados Especiais Criminais. Tal providência teria sido substituída

⁷⁰ Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena máxima de prisão não seja superior a quatro anos. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 23.12.2008>.

⁷¹ Art. 319. Parágrafo único. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (NR). Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 23.12.2008>.

⁷² Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários." Parágrafo único. "Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 23.12.2008>.

Art. 48, § 2º. Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 23.12.2008>.

justamente pelo comprometimento por parte do agente de comparecer em juízo, o que representaria verdadeira medida alternativa ao encarceramento cautelar.

Há entendimento no sentido de que a substituição do inquérito pelo termo circunstanciado, e do auto de prisão em flagrante pelo compromisso de comparecer perante o juízo do Juizado Especial Criminal não se traduz em um dever da autoridade policial (Pedro Henrique Demercian, 2009, p. 183).

Para citada corrente, a autoridade policial possui certa discricionariedade para decidir se, no caso concreto, deve ou não proceder na elaboração do termo circunstanciado, ou, ao contrário, providenciar a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Já no que pertine às previsões da intitulada *Lei Antidrogas*, a observação que interessa diz respeito à impossibilidade de imposição da prisão em flagrante nos casos de *posse de drogas para consumo pessoal*⁷³.

Não resta dúvida de que as inovações introduzidas pelos diplomas legais referidos representam também a observância, por parte do legislador, do princípio da proporcionalidade em suas três vertentes, a exemplo do que ocorre com as propostas de alteração do nosso Estatuto Processual Penal, especificamente no que tange às medidas cautelares que serão analisadas adiante.

2.1.2. Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma medida restritiva da liberdade, que pode ser decretada em qualquer fase do procedimento investigativo ou no transcorrer da instrução criminal.

Desnecessário afirmar que citada espécie não pode ser comparada com uma sanção penal e, somente poderá ser decretada *dentro daquele mínimo indispensável, por ser de incontestável necessidade, evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o ordenamento jurídico tutela*. (Filho, 2009, p. 638)

A não fixação de prazo para sua duração afronta a ordem jurídica processual constitucional, principalmente considerando que milhares de pessoas ficam meses e até

⁷³ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...].Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 24.12.2008>.

anos presas preventivamente sem que nenhuma penalidade, pela demora, seja imposta ao Estado.

2.1.2.1 – Aspectos gerais da prisão preventiva

Pacífico é o entendimento no sentido de que a prisão preventiva é uma medida eminentemente cautelar, de natureza processual. Para alguns, a prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, pois que, diferentemente das demais espécies pode ter duração equivalente à do próprio processo (Câmara, 1997, p. 110).

Enquanto que a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro na proteção do ofendido e, ao depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo. (Oliveira, 2004, p. 515).

No que pertine ao momento da decretação da prisão preventiva, não resta dúvida quanto à possibilidade da adoção de tal medida no curso do procedimento investigatório (inquérito policial) ou mesmo no curso da ação penal.

Relativamente à iniciativa da medida, extrai-se da redação do artigo 311, do Código de Processo Penal brasileiro⁷⁴, que a prisão preventiva pode ser decreta de ofício pela autoridade judiciária, ou atendendo a requerimento formulado pelo membro do Ministério Público ou, então, pela autoridade policial.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 528) não vê problema na possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva no curso da ação penal, porém é contrário a tal possibilidade na fase de investigação. Renomado autor sustenta seu posicionamento nas seguintes ponderações:

Quando, porém, cuidar-se de medidas destinadas a proteger a *efetividade da persecução penal*, isto é, providências que têm por objetivo assegurar a aplicabilidade do Direito Penal, na fase de investigação, tal a hipótese de prisões preventivas e temporárias caberá aos seus *destinatários*, isto é, destinatários da missão de *promoção ativa* da persecução penal, tanto sob a perspectiva dos

⁷⁴ Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial. Disponível em: www.presidenciadarepublica.gov.br. <Acesso em: 26.12.2008>.

meios (polícia), quanto dos fins (Ministério Público) a *iniciativa* para o exame de sua *necessidade*.

De outro lado, quando já tiver sido instaurada a ação penal, o juiz criminal deve dispor de instrumentais necessários à garantia da efetividade do processo, sobretudo porque o *interesse jurídico* posto ali não é e nem se assemelhar a um interesse de parte. A relação, ou relações jurídicas, ou, enfim, a situação jurídica que habita o processo penal é completamente distinta daquela(s) do processo civil. Não se busca naquele (processo penal) a satisfação de um interesse exclusivo *do autor*, mas de toda a comunidade jurídica, potencialmente atingida pela infração penal.

Não obstante os argumentos lançados pelo autor supracitado, o certo é que momento histórico de surgimento do nosso código de processo penal justificava tal previsão no sentido de possibilitar a decretação de prisão preventiva pela autoridade judiciária, *ex officio*. Afinal, nosso Estatuto Processual Penal foi elaborado num período autoritário, com influência do Estado Novo, onde se buscava privilegiar, sobremaneira, o Estado em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Conforme relembra o magistrado e professor Jayme Walmer de Freitas (2009, p. 19), uma das principais inspirações para a elaboração do Código de Processo Penal brasileiro foi o Código Rocco, editado por Mussolini, em 19 de outubro de 1930, pelo qual a liberdade da pessoa ficava subjugada ao extraordinário poder estatal, que avaliava sem critérios previamente definidos o interesse da coletividade.

Corroborando a tese supra, convém transcrever trecho da justificativa constante da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, onde o seu magnífico subscritor, Francisco Campos, fixou:

tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será *obrigatória*, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado⁷⁵.

Todavia, num autêntico Estado democrático de Direito como o que fora desejado pelo legislador constituinte de 1988⁷⁶, o qual tem como fundamento, dentre

⁷⁵ Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 26.12.2008>.

⁷⁶ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em: 26.12.2008>.

outros, a dignidade da pessoa humana, deve-se rediscutir a possibilidade de determinação pessoal e direta pelo juiz de medidas cautelares (ou subcautelares), ou ainda de diligências investigatórias. Tal previsão se enquadra mais no indesejado sistema inquisitivo, distanciando-se claramente dos postulados do sistema acusatório.

Analisando a questão relativa à necessidade de imparcialidade do órgão julgador, Aury Lopes Jr. (2006, p. 90) esclarece que o juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, tudo para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. E continua Aury: *A figura do juiz espectador em oposição à figura inquisitória do juiz ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório.*

Referindo-se aos elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, Luigi Ferrajoli (2006, p. 522) asseverou: *De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação.*

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 47), em sua obra intitulada *O papel do novo juiz no processo penal*, alerta que não basta definir as regras do jogo, mas ir além delas, *definindo contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo.*

A importância da garantia da imparcialidade, tanto objetiva quanto subjetiva do julgador, sobressai da própria previsão do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República de 1988⁷⁷, o qual prevê que a prisão de qualquer cidadão, no atual Estado de democrático de Direito, só se mostra possível mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, à exceção de três situações: no caso de flagrante delito; no caso de transgressão militar ou, por fim, no caso de cometimento de crime propriamente militar.

Essa evidente reserva de jurisdição se justifica no Estado democrático de Direito, ante a missão conferida ao Poder Judiciário de tutelar os direitos e garantias individuais (liberdades individuais). Porém, tal missão só poderá ser exercida na sua amplitude desde que respeitados diversos princípios constitucionais, dentre eles o da *imparcialidade* do órgão julgador.

Infelizmente tudo indica que o legislador brasileiro vai perder, mais uma vez, a oportunidade de corrigir tal distorção. Afinal, no projeto de reforma do Código de

⁷⁷ Art. 5º, LXI, CR- Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Disponível em: www.presidencia.republica.gov.br. <Acesso em: 26.12.2008>.

Processo Penal, mais especificamente no Título IX, sob a denominação *Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória*, consta previsão no sentido de possibilitar a decretação de medidas cautelares pessoais (dentre elas a prisão preventiva) pelo juiz, *ex officio*⁷⁸.

Noutra vertente, Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 758) informa que toda prisão (seja ela provisória ou definitiva) que não se enquadra nas exceções acima (prisão em flagrante; prisão disciplinar militar ou prisão administrativa disciplinar) deve ter como pressupostos: *a autoridade; a judicialidade da autoridade; a competência da autoridade; a ordem; a escrituração da ordem; a fundamentação da ordem; a autoritariedade da ordem; a judicialidade da ordem; a judicialidade da fundamentação; a autoritariedade da fundamentação*.

José Frederico Marques (2000, p. 411) ensina que a prisão preventiva possui quatro pressupostos: a natureza da infração; probabilidade de condenação (*fumus boni juris*); o perigo na demora (*periculum in mora*); o controle jurisdicional prévio.

No que pertine à *judicialidade*, a Magna Carta de 21 de junho de 1215, em seu item 39⁷⁹, a elevou a categoria de verdadeiro princípio do Estado de Direito. Com isso, a prisão do homem livre exige sempre prévia avaliação da autoridade judiciária competente.

Por outro lado, os pressupostos (*stricto sensu*) da prisão preventiva evidenciam o *fumus commissi delicti*, mais precisamente a prova da existência do crime e os indícios suficientes de sua autoria. Já os *fundamentos* da prisão preventiva demonstram o *periculum libertatis*, relacionados com a necessidade de garantia da ordem pública, com a conveniência da instrução criminal, com o assecuramento da aplicação da lei penal e, por fim, com a garantia da ordem econômica.

A necessidade de fundamentação da decisão (e não despacho) que decreta a prisão preventiva já consta do nosso Estatuto Processual Penal desde o ano de 1967, por força da redação conferida ao artigo 315, pela Lei Federal n. 5.349.⁸⁰ Todavia, nossos

⁷⁸ Art. 282, § 2º, CPP. Serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 26.12.2008>.

⁷⁹ Item 39: Sem julgamento leal dos seus pares, de conformidade com a lei da terra (*law of the land*), nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojado de seus bens, exilado ou prejudicado de qualquer maneira que seja. Disponível em: direitoshumanos.usp.br. <Acesso em 01.09.2008>.

⁸⁰ Art. 315. O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em: 26.12.2008>.

tribunais têm admitido que os magistrados adotem as alegações da autoridade policial ou do Ministério Público como fundamento da decretação da preventiva⁸¹.

Essa falta de rigorismo por parte dos tribunais no que pertine à fundamentação da prisão preventiva tem se mostrado pernicioso. Não são raros os casos de referências genéricas, tais como: *decreta-se a prisão preventiva do agente como forma de garantir a ordem pública, sem qualquer alusão a elementos objetivos constantes do caderno processual, sobretudo com relação à gravidade do delito e à condição do agente, bem como à necessidade e adequação da providência.*

Verifica-se, ainda, a existência de decisões judiciais que apenas mencionam tratar-se, na hipótese, de crime hediondo, de tráfico de drogas ou mesmo de criminalidade organizada, sem a menor demonstração da necessidade da custódia preventiva, via de elementos concretos constantes do caderno processual. Tais decisões colocam em descrédito as próprias instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, conforme reconhecido em julgado proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁸².

Aqui cabe lembrar a lição de Aury Lopes Jr.(2006, p. 204), para quem decisões dessa natureza nada representam, constituem-se, na verdade, ato inexistente, por não possuir o suporte fático e legal mínimo para ingressar no mundo jurídico.

Mas não são raros, também, os casos de julgados provenientes de nossos tribunais superiores onde resta fixada, de forma expressa, a necessidade de motivação (fundamentação) específica para a decretação da prisão preventiva⁸³.

Digna de nota é a frase fixada pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do HC n. 76.258, proveniente do

⁸¹ STJ, RSTJ, v. 46, p.17; STF, RTJ, v. 71, p. 416.

⁸² PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. A gravidade do fato, por si só, não basta para manter a segregação cautelar flagrancial como garantia da ordem pública, que exige, inapelavelmente, a demonstração da necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do autor do fato ou de terceiros; impedir a reiteração das práticas criminosas, lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial a do Poder Judiciário (HC 2008.00.2.016327-7, rel.: George Lopes Leite, DJU 09.01.2009). Disponível no Boletim do Instituto de Ciências Criminais – ano 16 – n. 195 – fevereiro.

⁸³ Com efeito, submetida, entre nós, à reserva de jurisdição, a prisão preventiva, como toda ordem judicial, pressupõe motivação específica – dever imposto pela Constituição Federal (art. 93, IX), do qual o juiz não se libera com a mera reprodução das expressões abstratas da lei (cf. STJ, 6ª T., HC 13178 SP, j. em 06.02.01, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 25.06.2001, p. 241) ou exprimindo sua opinião quanto à gravidade do tipo penal (cf. STF, 1ª T., RHC 68631/DF, j. em 25.06.91, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 137/287; 2ª T., RHC 60.608/RJ, j. em 08.02.83, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 110/560; STJ, 5ª T., RHC 11.332/PA, j. em 11.09.01, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 15.10.01, p. 272; HC 16.651/MG, j. em 12.06.01, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 13.08.2001, p. 195; HC 11.516/SP, j. 17.08.2000, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.10.2000, p. 178). Disponível em: www.stf.jus.br. <Acesso em 28.12.2008>.

Estado de São Paulo: ...a melhor prova da ausência de motivação de um julgado é que a frase enunciada, a pretexto de fundamentá-lo, sirva, por sua vaguidão, para a decisão de qualquer outro caso⁸⁴.

O que mais preocupa é ver decisões desprovidas da fundamentação devida também no âmbito dos órgãos colegiados, tribunais. Aqui, mais uma vez, convém fazer referências ao tratamento concedido ao cidadão. Reduz-se o acusado a meras abstrações, a conceitos vagos, tudo em nome de uma desenfreada e desnorteada luta contra a criminalidade organizada.

É, indiscutivelmente, uma das vertentes do chamado *direito penal do inimigo*, desenvolvido a partir da década de 80 pelo penalista alemão Günter Jakobs.

Conforme leciona o prof. Luiz Regis Prado (2008, p. 23), tal teoria mostra-se compatível com o *funcionalismo sistêmico*, fundada na distinção entre Direito Penal de cidadãos e Direito Penal de inimigos, como pólos existentes de um mesmo ordenamento jurídico, e na separação entre os conceitos de *pessoa* e *não-pessoa*.

Como bem fixou Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 755), o estado natural (ou normal) da pessoa é o da liberdade. A prisão é uma exceção. O indivíduo tem o direito de saber em que o juiz, concretamente, fundamenta sua decisão, até porque essa fundamentação judicial encontra-se vinculada à proteção de valores reconhecidos pela ordem jurídica como essenciais.

Aqui neste ponto uma observação importante deve ser feita. Para que a fundamentação judicial das decisões decretatórias das medidas cautelares pessoais (dentre elas a prisão preventiva) possa representar efetiva proteção dos valores reconhecidos pela ordem jurídica, sobretudo daqueles valores ligados à dignidade da pessoa humana, a autoridade judiciária deve, necessariamente, lançar mão do princípio da proporcionalidade em suas três vertentes: *adequação*; *necessidade*; *proporcionalidade em sentido estrito*..

Neste particular, melhor seria se o nosso Código de Processo Penal trouxesse previsão expressa em tal sentido, a exemplo das recentes legislações portuguesa⁸⁵ e italiana⁸⁶.

⁸⁴ Cf. STF, 1ª T., HC 76.258/SP, j. em 17.03.98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.04.1998, p. 00004. Disponível em: www.stf.jus.br. <Acesso em 28.12.2008>.

⁸⁵ Art. 193º do Código de Processo Penal Português. Princípio da adequação e proporcionalidade:
1. As medidas de coacção e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

Conforme mencionado em linhas pretéritas, tramita no Congresso Nacional brasileiro proposta de reforma do Código de Processo Penal, via de diversos projetos de lei, com especial destaque para o PL de n. 4.208/01, no que modifica o Título IX, o qual trata, justamente, *Da Prisão e da Liberdade Provisória*.

Pretende-se, com as alterações que estão sendo propostas, estabelecer critérios mais rígidos e razões para justificar a decretação de medidas cautelares pessoais restritivas do direito de liberdade no âmbito do processo penal.

Nesse sentido, as medidas cautelares restritivas do direito de liberdade só seriam admitidas quando comprovada a necessidade das mesmas para a aplicação da lei penal, para a investigação ou para a instrução criminal, e, nos casos expressamente previstos, como forma de se evitar a prática de novas infrações⁸⁷. Em resumo, se presente o *periculum libertatis*.

Não bastassem mencionadas exigências, a autoridade judiciária deverá evidenciar, quando da decretação da medida, a sua adequação à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou do acusado⁸⁸.

2. A prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação.

3. A execução das medidas de coação e de garantia patrimonial não deve prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requerer. ((Gonçalves, 2005, p. 420)

⁸⁶ ITALIANO, Código de Processo Penal. Disponível em: studiocelentano.it. <Acesso em: 28.12.2008>
272 Limitazioni alle libertà della persona

1. Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente Titolo.

273 Condizioni generali di applicabilità delle misure

1. Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza.

2. Nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto È stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione (50-54 c.p.) o di non punibilità (45-48, 85 s., 308, 309, 384, 599, 649 c.p.) o se sussiste una causa di estinzione del reato (150 s. c.p.) ovvero una causa di estinzione della pena (171 s. c.p.) che si ritiene possa essere irrogata. Disponível em: studiocelentano.it. <Acesso em: 28.12.2008>

272 Limitazioni alle libertà della persona

Tradução:

272 Limitações para a liberdade da pessoa.

1. A liberdade da pessoa só pode ser limitada como medida cautelar relativa a norma das disposições do Título presente.

273 Condições gerais de aplicação das medidas.

1. Qualquer pessoa só será submetida a medidas cautelares se houver sinais sérios de culpa que subsistem.

2. Qualquer pessoa se livrará da aplicação das medidas cautelares se se verificar que o fato foi cometido presença de uma causa de justificação (50-54 c.ps.) ou de não punibilidade (45-48, 85 ses., 308, 309, 384, 599, 649 c.ps.) ou se uma causa de extinção do crime subsiste (150 ses. c.p.) ou uma causa de extinção do castigo (171 ses. c.p.).

⁸⁷ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título serão aplicadas com base nos seguintes critérios: I – a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais;

⁸⁸ Art. 282. [...]

Não obstante as recentes alterações no Código de Processo Penal, sobretudo no que pertine ao procedimento⁸⁹, pouco avanço se observa no título relativo à prisão e à liberdade provisórias. As medidas cautelares no processo penal brasileiro continuam se resumindo as poucas e superadas medidas pessoais, restritivas do direito de liberdade, dentre elas a prisão preventiva e a prisão em flagrante, esta última verdadeira medida *sub-cautelar* ou *pré-cautelar*, conforme já demonstrado; além da prisão temporária prevista em legislação extravagante.

A respeito dessa falta de alternativas legais para a fixação de medidas cautelares alternativas ou mesmo substitutivas à prisão, Denílson Feitoza Pacheco (2007, p. 249) registrou:

Para garantir o direito fundamental de liberdade, bem como os demais direitos fundamentais, a situação do juiz brasileiro, na atualidade, é muito difícil, pois passa diretamente da liberdade provisória para a medida extrema da prisão provisória e vice-versa, em razão de o ordenamento legal não possuir uma gradação de medidas cautelares pessoais que melhor satisfaça as peculiaridades do caso concreto.

Diversas e interessantes propostas de alteração foram e continuam sendo apresentadas, inclusive com base na legislação alienígena, sobretudo de países como Itália, Portugal, Espanha, Alemanha, Argentina e México.

Frise-se que todas as propostas visam melhor disciplinar os institutos relativos às medidas cautelares pessoais, dentre elas, obviamente, a prisão preventiva, e colocar as medidas restritivas de liberdade individual como última razão, justamente em decorrência dos postulados dos princípios da legalidade, da inocência e da proporcionalidade, dentre outros.

Verifica-se um atraso injustificado por parte do legislador brasileiro, pois que a adoção de medidas substitutivas ou alternativas à prisão provisória já constava da Recomendação de n. [80] 11, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em data de 27 de junho de 1980⁹⁰.

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Disponível em: www.presidencia.republica.gov.br. <Acesso em 28.12.2008>.

⁸⁹ Lei Federal n. 11.689/2008 e Lei Federal n. 11.719/2008. Disponível em: www.presidencia.republica.gov.br. <Acesso em 28.12.2008>

⁹⁰ ESTRANGEIRA, Legislação. Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Disponível em: www.gddc.pt. <Acesso em: 28.12.2008>.

Nessa Recomendação constam, inclusive, algumas medidas alternativas ao encarceramento provisório, dentre elas a promessa de o acusado comparecer perante a autoridade judiciária quando solicitado, a obrigação do acusado residir em determinado endereço, a proibição de sair de determinados lugares ou de neles adentrar sem prévia autorização, a obrigação de se reportar, periodicamente, a certas autoridades, a retenção de passaporte ou outro documento de identificação etc..

No caso do Brasil, dentre mencionadas propostas algumas merecem especial atenção, motivo pelo qual serão elas avaliadas, a partir de então. Antes, porém, insta salientar que ficou acertado entre o deputado federal João Campos (PSDB-GO) e o senador Demóstenes Torres (DEM-GO) que os três projetos de Reforma Processual Penal: *Inquérito Policial*, *Recursos e Medidas Cautelares* serão apreciados e aprovados ainda no primeiro semestre do corrente ano (2009), o que reacende as esperanças de avanços quanto às intituladas medidas substitutivas, ou mesmo alternativas à prisão provisória, as chamadas medidas cautelares diversas da prisão⁹¹.

2.1.2.2. Propostas de alteração legislativa

Retornando ao tema relativo às propostas de alteração já existentes, interessantes se mostram as idéias de Luiz Antônio Câmara⁹². A primeira delas diz respeito à possibilidade de instauração de debate contraditório prévio acerca da necessidade de imposição da medida cautelar restritiva do direito de liberdade. Assim, excetuadas aquelas situações de emergência, em que a necessidade acautelatória exige pronta e imediata intervenção em direito fundamental, instaurar-se-ia um debate, logicamente com o envolvimento do defensor do indiciado ou acusado, o qual serviria para a colheita de provas suficientes para a demonstração da existência dos pressupostos (lato sensu) necessários à decretação da medida interventiva.

⁹¹ Três projetos da Reforma Processual Penal: *Inquérito Policial*, *Recursos e Medidas Cautelares*, em tramitação no Senado, serão apreciados e aprovados ainda no primeiro semestre de 2009. É o que ficou acertado em conversa entre o deputado federal João Campos (PSDB-GO), que coordenou o Grupo de Trabalho da Câmara Federal, e o senador Demóstenes Torres (DEM-GO), que deve assumir a presidência da Comissão de Constituição e Justiça do Senado. As três propostas visam tornar mais rápida e simples a tramitação dos processos. Disponível em: waldineia.ladislau@ojc.com.br. <Acesso em 15.01.2009>.

⁹² CÂMARA, Luiz Antônio. Reflexões em torno das medidas cautelares pessoais no projeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: www.camaraeassociados.com.br. <Acesso em 02.01.2009>.

Em países onde o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana já consta dos diplomas legais há previsão, inclusive, de determinação pela autoridade judiciária de diligências visando a colheita de provas, tudo como forma de se evitar a decretação de medidas cautelares pessoais desprovidas da indispensável necessidade. Exemplo disso é a França, onde equipes de oficiais diligenciam na busca de elementos de convicção capazes de possibilitar ao juiz averiguar a necessidade de imposição de medida restritiva, ou, então, escolher dentre aquelas medidas que se mostrarem constitucionalmente legítimas e suficientes para a satisfação do fim pretendido aquela que menos agrida o direito fundamental colocado em situação de risco⁹³.

Fala-se, também, em contraditório diferido, isso quando não for possível realizá-lo previamente, sob pena de se frustrar a cautela necessária. Nessa hipótese, decreta-se a medida cautelar e, ao depois, realiza-se o debate necessário, também sob o crivo do contraditório, a fim de manter tal medida, ou, caso contrário, afastá-la ou até substituí-la.

Na verdade, o contraditório diferido já existe, vez que após a efetivação da prisão a defesa tem a oportunidade para tomar as providências que entender necessárias.

Analizando o projeto de reforma do Código de Processo Penal⁹⁴, infere-se que há previsão no sentido de possibilitar a instauração de um contraditório preliminar, ressalvados, porém, os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida a ser imposta⁹⁵. Todavia, nenhuma previsão há acerca da instauração de um contraditório diferido, o que necessita ser reparado pelo Senado Federal, considerando que o projeto, na atualidade, se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa, tendo como Relator o senador Demóstenes Torres.

Outra proposta interessante diz respeito à criação de um elenco legal de medidas cautelares. O atual Código de Processo Penal se resume a prever a prisão preventiva, sendo as demais espécies prisionais meras manifestações desta.

Ressalte-se que essa escassez de hipóteses de medidas cautelares pessoais inibe o magistrado no momento da decretação da medida. Muito embora possa ele, o

⁹³ CÂMARA, Luiz Antônio. Reflexões em torno das medidas cautelares pessoais no projeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: www.camaraassociados.com.br. <Acesso em 02.01.2009>.

⁹⁴ PLC - Projeto de Lei da Câmara nº 111/2008, vinculado ao Projeto de Lei n.º 4.208/2001. Disponível em: senado.gov.br. <Acesso em: 02 de janeiro de 2009>.

⁹⁵ Art. 282, § 3º. Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. Disponível em: www.presidenciadarepublica.gov.br. <Acesso em 02.01.2009>.

juiz, lançar mão do intitulado *poder geral de cautela*, instituto típico do processo civil, são raríssimos os casos de decisões judiciais impondo medidas cautelares pessoais de natureza extrapenal.

Na prática, verifica-se que a maioria dos magistrados do nosso país não se sente segura para aplicar medida alternativa mais branda que a prisão provisória, justamente em face da mencionada ausência de previsão legal expressa, inclusive com a gradação das medidas cabíveis. Porém, o princípio da legalidade não pode servir como justificativa para o desrespeito contínuo a direitos fundamentais, notadamente ao direito de liberdade.

Assim, não resta dúvida quanto à possibilidade de aplicação analógica ao processo penal das normas definidoras do *poder geral de cautela*.

Todavia, mais conveniente se mostra uma imediata reforma do nosso estatuto processual penal, ou mesmo a elaboração e aprovação de um novo diploma processual penal, com a definição de outras medidas cautelares, mormente considerando que as medidas cautelares restritivas do direito de liberdade devem ser utilizadas, tão-somente, quando as demais se mostrarem insuficientes para o atingimento do fim pretendido.

Verifica-se da proposta de reforma em tramitação no Congresso Nacional (Projeto de Lei da Câmara n. 111/2008) a intenção de instituir medidas cautelares diversas da prisão⁹⁶; todavia, não se observa a preocupação do legislador em fixar uma graduação, isto é, uma ordem legal a ser observada pelo julgador no momento da fixação da medida, o que poderá justificar uma continuidade na inobservância do princípio da proporcionalidade, sobretudo dos subprincípios da *adequação* e da *necessidade*.

⁹⁶ Art. 319 do CPP. As medidas cautelares diversas da prisão serão as seguintes: I – comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência fixa e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; VII – internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração; 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 a ordem judicial. Parágrafo único. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (NR). Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em 02.01.2009>

Conforme ponderado por Fernando Vernice dos Anjos (2008, p. 2), não é concebível que uma medida cautelar restritiva do direito de liberdade seja mais grave do que o próprio fim que se pretende cautelar (pena restritiva de direitos ou qualquer medida diversa da prisão).⁹⁷

A definição legal de uma graduação entre as medidas cautelares tem o condão de efetivar as garantias individuais relacionadas à dignidade da pessoa humana. Assim, inicia-se com medida que atinja em menor escala direito fundamental do indivíduo, e ainda, que atinja direito fundamental de menor relevância frente ao direito de liberdade, tão-somente admitindo-se a medida restritiva da liberdade (prisão) quando todas as anteriores se mostrem insuficientes.

Deveria o legislador brasileiro seguir o exemplo da Itália, adotando, na sua completude, o *princípio da necessária pluralidade de medidas e da sua graduação*, vez que tal princípio é corolário da adequação e da proporcionalidade. (Delmanto, 2008, p. 196)

Verifica-se que o legislador italiano, ao prever a pluralidade de medidas alternativas, bem como a graduação das mesmas, atuou em estrita observância aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos subscritos por aquele país, dentre eles a Convenção Européia, também conhecida como Tratado de Roma. (Delmanto, 2008, p. 195). É isso o que deveria fazer o legislador brasileiro.

No caso brasileiro, dentro dessa escala de graduação das medidas cautelares papel de relevo assumiria a medida de *obrigação de permanência na habitação*, prevista no Código de Processo Penal português⁹⁸. Tal medida foi inserida pelo legislador português entre a prisão preventiva (art. 202⁹⁹) e as proibições de

⁹⁷ Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – ano 15 - n.º 184.

⁹⁸ PORTUGUESA, Legislação. Disponível em www.portolegal.com.

⁹⁹ Artigo 202.º - Prisão preventiva

1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando:

a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos; ou

b) Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.

2 - Mostrando-se que o arguido a sujeitar a prisão preventiva sofre de anomalia psíquica, o juiz pode impor, ouvido o defensor e, sempre que possível, um familiar, que, enquanto a anomalia persistir, em vez da prisão tenha lugar internamento preventivo em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento análogo adequado, adaptando as cautelas necessárias para prevenir os perigos de fuga e de cometimento de novos crimes. Disponível em www.portolegal.com. <Acesso em 24.02.2009>

permanência, de ausência e de contato (art. 200¹⁰⁰), sendo que, justamente por esse motivo é considerada uma medida intermediária.

Interessante notar que o legislador português, atento às previsões relativas ao princípio da *necessária pluralidade de medidas e de sua graduação*, criou inclusive um rol de hipóteses de *obrigação de permanência na habitação*, obedecendo, na seqüência prevista, a gravidade de cada medida. A propósito, infira-se:

- 1) não se ausentar, isto é, não se ausentar em nenhum momento, sendo aí a permanência total;
- 2) não se ausentar sem autorização – que pode ser concedida tanto para curtos períodos, em ocasiões esporádicas e excepcionais (como casamento, cerimônias fúnebres), como para períodos certos e determinados, com alguma regularidade -, hipótese em que a permanência será parcial;
- 3) em qualquer das hipóteses anteriores, mas relativa à sua própria habitação ou de outra habitação em que se encontre no momento residindo.

Preocupado com a eficácia da medida, o legislador português fez inserir, no artigo 201¹⁰¹, n. 2¹⁰², do Código de Processo Penal, a possibilidade de utilização de

¹⁰⁰ Artigo 200º - Proibição de permanência, de ausência e de contactos

1 - Se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, o juiz pode impor ao arguido, cumulativa ou separadamente, as obrigações de:

- a) Não permanecer, ou não permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação, freguesia ou conselho ou na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habitem os ofendidos seus familiares ou outras pessoas sobre as quais possam ser cometidos novos crimes;
- b) Não se ausentar para o estrangeiro, ou não se ausentar sem autorização;
- c) Não se ausentar da povoação, freguesia ou conselho do seu domicílio, ou não se ausentar sem autorização, salvo para lugares predeterminados, nomeadamente para o lugar do trabalho;
- d) Não contactar com determinadas pessoas ou não frequentar certos lugares ou certos meios.

2 - As autorizações referidas no número anterior podem, em caso de urgência, ser requeridas e concedidas verbalmente, lavrando-se cota no processo.

3 - A proibição de o arguido se ausentar para o estrangeiro implica a entrega à guarda do tribunal do passaporte que possuir e a comunicação às autoridades competentes, com vista à não concessão ou não renovação de passaporte e ao controlo das fronteiras.

4 - A aplicação das medidas previstas neste artigo é cumulável com a da medida contida no artigo 198.º Disponível em www.portolegal.com. <Acesso em 24.02.2009>

¹⁰¹ Artigo 201.º - Obrigação de permanência na habitação

¹⁰² 2 - Para fiscalização do cumprimento da obrigação referida no número anterior podem ser utilizados meios técnicos de controlo à distância, nos termos previstos na lei. Disponível em www.portolegal.com. <Acesso em 24.02.2009>

meios eletrônicos à distância para a fiscalização do cumprimento da obrigação de permanência na habitação.

No Brasil, poder-se-ia adotar a idéia de pulseiras eletrônicas de monitoramento, atualmente em fase de experiência com presos do regime semi-aberto no Estado de Goiás.

Insuficiente se mostra a previsão constante do projeto de reforma do Código de Processo Penal no que pertine ao recolhimento domiciliar como medida substitutiva, ou mesmo alternativa à prisão preventiva. Afinal, a proposta é no sentido de se aplicar tal medida substitutiva em hipóteses bem definidas, tais como: quando se tratar de pessoa maior de setenta anos; quando se tratar de pessoa sujeita a severas consequências de doença grave; quando se tratar de pessoa necessária aos cuidados de menor de sete anos de idade, ou de deficiente físico ou mental; quando se tratar de gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

A nosso ver, a medida cautelar de recolhimento domiciliar, repita-se, sob monitoramento permanente, pode ser utilizada pelo legislador de forma muito mais ampla, abarcando inúmeras outras hipóteses além daquelas previstas no projeto de reforma¹⁰³. Afinal, tal medida trás inúmeras vantagens para a sociedade, para o acusado e, principalmente, para o próprio Estado. Basta verificar que o acusado não restará privado do convívio familiar e o Estado deixará de arcar com despesas extremamente elevadas, decorrentes da construção e da manutenção de presídios. Isso sem falar na observância ao subprincípio da *necessidade*, através da escolha de um meio apto à realização dos fins pretendidos (preservação da sociedade e garantia do processo), mas ao mesmo tempo menos ofensivo às garantias fundamentais do acusado.

Mas o que se extrai do projeto de reforma é o uso abusivo da liberdade provisória mediante fiança, muito embora tenha sido corrigida parte das imperfeições já mencionadas, relativamente à desproporção verificada entre as exigências para a liberdade provisória sem fiança e aquelas exigências para a liberdade provisória mediante fiança.

É lamentável verificar do projeto de reforma previsão no sentido de possibilitar à autoridade policial o arbitramento de fiança nos casos de infração cuja

¹⁰³ Art. 318 do CPP. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar nas seguintes hipóteses: I – pessoa maior de setenta anos; II – pessoa sujeita a severas consequências de doença grave; III – pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de sete anos de idade, ou de deficiente físico ou mental; IV – gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Disponível em: www.presidenciadarepublica.gov.br. <Acesso em 02.01.2009>

pena máxima de prisão não seja superior a quatro anos¹⁰⁴. E lamentável, ainda, verificar a preocupação do legislador em elevar sobremaneira o valor da fiança, com a possibilidade de sua concessão a crimes cuja pena máxima seja superior a quatro anos¹⁰⁵.

Conforme é sabido, o instituto da fiança, a exemplo das *Cartas de seguro*, da *homenagem* e dos *fiéis carcereiros*, remonta ao período das Ordenações do Reino, particularmente às Ordenações Filipinas do século XIV, e visa assegurar, em caso de condenação, o pagamento das custas, a satisfação do dano *ex delicto* e o pagamento de eventuais multas.

Não resta dúvida acerca da importância de mencionado instituto, inclusive como sucedâneo da prisão em flagrante. Todavia, não deve o legislador resumir as medidas alternativas, ou mesmo substitutivas, tão-somente ao instituto da fiança, pois que inúmeras outras possibilidades se apresentam.

Talvez esse apego exacerbado por parte do legislador brasileiro ao instituto da fiança se explique, justamente, pelo fato de que, até o ano de 1977 a única modalidade de liberdade provisória então existente era mediante fiança, à exceção daquelas hipóteses em que o réu se livra solto e da constatação imediata da presença de uma excludente de ilicitude.

Outra hipótese viável e interessante é a já propalada fixação da proibição de deixar a cidade ou então o país, inclusive com a retenção de documentos de identificação do indiciado ou acusado, dentre eles o passaporte.

Tais medidas restritivas, embora limitem em parte a liberdade de locomoção do indivíduo, não chegam a ser tão ofensivas a direito fundamental quanto o recolhimento ao cárcere, o qual representa, na atualidade, verdadeira antecipação de pena, em afronta à previsão constitucional relativa à presunção de inocência.

Há quem diga que tais medidas já se encontram presentes no nosso código de processo penal naquelas hipóteses de liberdade provisória, evidenciando o caráter operante do princípio da proporcionalidade. (Jayme Walmer Freitas, 2009, p. 25)

Certamente, melhor seria se constassem de referido diploma como alternativas ou substitutivas às prisões provisórias, dentre elas a prisão preventiva, como

¹⁰⁴ Art. 322 do CPP. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena máxima de prisão não seja superior a quatro anos. Disponível em: www.presidenciadarepublica.gov.br. <Acesso em 02.01.2009 >

¹⁰⁵ Art. 325 do CPP. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: III – de dez a duzentos salários mínimos, quando o máximo da pena de prisão cominada for superior a quatro anos. Disponível em: www.presidenciadarepublica.gov.br. <Acesso em 04.01.2009>

já existente nas legislações portuguesa e italiana, inclusive na forma de elenco legal, conforme mencionado.

Subsiste, ainda, a possibilidade de fixação de outras medidas cautelares diversas daquelas restritivas do direito de liberdade. Assim, naquelas hipóteses em que o agente se vale de cargo, emprego ou função pública para o exercício, em tese, de prática criminosa, pode-se falar na suspensão do exercício de tais atividades, isso enquanto se aguarda o desfecho final do processo, com a prolação de sentença com trânsito em julgado.

Ora, se é a permanência no cargo, emprego ou função pública que está viabilizando o cometimento de crime por parte do indiciado ou acusado, suspende-se o exercício da atividade pública e com tal medida cautelar se atinge o fim desejado, desnecessitando, assim, de medida extrema como a prisão.

O Código de Processo Penal francês¹⁰⁶, em seu artigo 138¹⁰⁷, traz previsão equivalente, prevendo a possibilidade de proibição do acusado de exercer certas

¹⁰⁶ FRANCESA, Legislação. Disponível em www.legifrance.gouv.br.

¹⁰⁷ Article 138. Le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave.

Ce contrôle astreint la personne concernée à se soumettre, selon la décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, à une ou plusieurs des obligations ci-après énumérées :

1° Ne pas sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention ;

2° Ne s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat ;

3° Ne pas se rendre en certains lieux ou ne se rendre que dans les lieux déterminés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention ;

4° Informer le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention de tout déplacement au-delà de limites déterminées ;

5° Se présenter périodiquement aux services, associations habilitées ou autorités désignés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention qui sont tenus d'observer la plus stricte discrétion sur les faits reprochés à la personne mise en examen ;

6° Répondre aux convocations de toute autorité, de toute association ou de toute personne qualifiée désignée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention et se soumettre, le cas échéant, aux mesures de contrôle portant sur ses activités professionnelles ou sur son assiduité à un enseignement ainsi qu'aux mesures socio-éducatives destinées à favoriser son insertion sociale et à prévenir le renouvellement de l'infraction ;

7° Remettre soit au greffe, soit à un service de police ou à une brigade de gendarmerie tous documents justificatifs de l'identité, et notamment le passeport, en échange d'un récépissé valant justification de l'identité ;

8° S'abstenir de conduire tous les véhicules ou certains véhicules et, le cas échéant, remettre au greffe son permis de conduire contre récépissé ; toutefois, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention peut décider que la personne mise en examen pourra faire usage de son permis de conduire pour l'exercice de son activité professionnelle ;

9° S'abstenir de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, ainsi que d'entrer en relation avec elles, de quelque façon que ce soit ;

10° Se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, notamment aux fins de désintoxication ;

atividades de natureza profissional ou social, à exceção do exercício de cargos eletivos e de responsabilidades sindicais, quando o delito for cometido no exercício ou em razão do desempenho dessas atividades, e quando se tema pelo cometimento de um novo delito.

A mesma saída pode ser utilizada para aqueles casos em que o indiciado ou acusado se valha de cargo de direção em empresa privada para o cometimento, em tese, de crime. Proíbe-se o exercício de tal cargo, até o término da ação penal, como forma de afastar a possibilidade de reiteração criminosa.

Logicamente que deve ser reservada ao magistrado certa margem de discricionariedade, a fim de verificar se a medida alternativa, ou mesmo substitutiva prevista em lei se mostra legítima e suficiente, no caso concreto, para o atingimento do

11° Fournir un cautionnement dont le montant et les délais de versement, en une ou plusieurs fois, sont fixés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, compte tenu notamment des ressources et des charges de la personne mise en examen ;

12° Ne pas se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale, à l'exclusion de l'exercice des mandats électifs et des responsabilités syndicales, lorsque l'infraction a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités et lorsqu'il est à redouter qu'une nouvelle infraction soit commise. Disponível em www.legifrance.gouv.br. <Acesso em 24.02.2009>

Tradução: Artigo 138

A Supervisão judicial pode ser ordenada pelo juiz investigando ou o juiz de custódia. A pessoa é submetida a exame judicial se incorrer na penalidade de prisão. Esta supervisão compele a pessoa para se submeter a uma ou mais obrigações enumeradas daqui por diante, de acordo com a decisão do juiz investigando:

1° não deixar os limites territoriais fixados pelo juiz investigando ou juiz de custódia;

2° não deixar o domicílio ou a residência fixada pelo juiz investigando ou juiz de custódia;

3° não ir para a certos lugares ou só ir para os lugares determinados pelo juiz investigando ou juiz de custódia;

4° notificar o juiz investigando ou juiz de custódia de qualquer viagem além dos limites determinados;

5° comparecer periodicamente antes dos serviços autorizados pelas autoridades designadas para se obrigarem a observar confidência rígida em relação às ações permitidas;

6° responder a convocação de qualquer autoridade, associação ou pessoa qualificada designada pelo juiz investigando ou juiz de custódia e se submeter a supervisão no trabalho, ou freqüência a lições de medida sócio-educacional projetadas a favor de sua reinserção a sociedade, bem como para prevenir nova ofensa;

7° entregar toda a identidade (documentos), especialmente o passaporte, para o escritório de tribunal ou para delegacia de polícia em troca de dar recibo da prova de identidade;

8° se privar de dirigir todos ou certos tipos de veículo e, se necessário, utilizar licença de condução para o trabalho. Porém o juiz investigando ou juiz de custódia pode decidir se a pessoa pode dirigir para trabalhar;

9° se privar de ver, enquanto se encontrando e especificamente contactando por qualquer meios as pessoas identificadas pelo juiz investigando ou juiz de custódia;

10° se submeter a exame médico, tratamento ou cuidado, ou hospitalização com a finalidade de desintoxicação;

11° trabalhar para garantir a quantia de que necessitar, de acordo com a determinação do juiz investigando ou juiz de custódia;

12° não se ocupar de certas profissões ou atividades sociais, inclusive mandatos eleitorais ou atividades sindicais, quando o ofensor estava comprometido no desempenho destas atividades e for provável o cometimento de novo delito.

fim perseguido. E mais, subsiste sempre a possibilidade de agravamento da medida, sempre que a anteriormente fixada se mostrar insuficiente, ou mesmo quando houver o descumprimento das condições impostas.

Em casos envolvendo relações familiares, pode-se falar em suspensão do exercício do poder familiar, ou mesmo na já prevista necessidade de afastamento do indiciado ou acusado do lar, a fim de resguardar os interesses da prole ou mesmo do companheiro.

Neste particular, convém mencionar as previsões da Lei Federal n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, a intitulada *Lei Maria da Penha*, na seção relativa às medidas protetivas de urgência¹⁰⁸. Tais medidas, a nosso ver, se enquadram perfeitamente na definição de medidas cautelares alternativas ou substitutivas, até porque, quando da imposição das mesmas, ainda não há, em tese, sentença condenatória com trânsito em julgado capaz de justificar a imposição de prisão-pena.

No caso, a previsão da possibilidade de suspensão da posse ou a restrição do porte de armas e da proibição de aproximação com a ofendida podem inviabilizar a reiteração da prática criminosa.

De outra banda, a proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas, por qualquer meio de comunicação, pode assegurar a devida instrução criminal, sem a necessidade de imposição de prisão.

Além da mencionada margem de discricionariedade que deve o legislador reservar ao juiz na escolha do meio necessário aos fins pretendidos, repita-se, não se pode perder de vista, ainda, a possibilidade de agravamento da medida cautelar, inclusive via da fixação do mencionado recolhimento domiciliar ou até mesmo recolhimento ao cárcere, isso em caso de inobservância da medida alternativa anteriormente fixada.

¹⁰⁸ Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios. Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em 04.01.2009>

Dentro de uma perspectiva garantista, porém, interessante seria que o legislador brasileiro seguisse o modelo adotado no ordenamento jurídico alemão. Conforme registra Mireille Delmas-Marty (2005, p. 62), no direito germânico o magistrado fica obrigado a substituir a prisão fundada em risco de fuga por medidas de controle judicial, dentre elas a obrigação de comparecer em juízo e a obrigação de não deixar determinado local sem autorização judicial, sempre que o objetivo da prisão provisória puder ser obtido por medidas mais brandas.

Nota-se que a criação desse rol legal de medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar traria inúmeros benefícios, a começar pela redução drástica no número de presos provisórios em nosso país. Além disso, há que se considerar o caráter educativo de tais medidas substitutivas e alternativas. Afinal, muito embora sejam medidas menos drásticas que o recolhimento ao cárcere, sempre sobrar a possibilidade legal de substituição de tais medidas, com a conseqüente conversão em medida restritiva do direito de liberdade individual (recolhimento à prisão), no caso de descumprimento das condições impostas.

Todavia uma ressalva deve ser feita. Não basta mera alteração legislativa para solução do problema. Faz-se necessário um envolvimento de todo o aparato estatal, assim como da sociedade na fiscalização do cumprimento das medidas cautelares apontadas para que elas possam atingir o fim pretendido.

No mais, faz-se necessário, ainda, resolver um antigo e grave problema, qual seja a morosidade da máquina judiciária, sob pena de tais alterações legislativas justificarem o atraso excessivo no julgamento dos processos que resultaram na imposição das medidas alternativas ou substitutivas acima propostas.

Em várias varas criminais espalhadas pelo nosso país a máxima é o processamento e julgamento rápido daquelas ações judiciais relativas a réus presos provisoriamente. Aqueles procedimentos relativos a réus soltos não raras vezes são atingidos pelo instituto da prescrição, justamente em decorrência da citada morosidade da máquina judiciária, o que coloca em risco o interesse estatal na ideal punição do infrator da norma jurídica (pode de punir).

Outra proposta relevante diz respeito à tipificação mais clara e precisa dos pressupostos (*lato sensu*) da prisão preventiva. Tem sido freqüente a crítica por parte de juristas quanto à imprecisão das expressões constantes do nosso estatuto processual penal. Assim, fala-se em substituição das expressões *garantia da ordem pública e da ordem econômica* tão-somente pela expressão *probabilidade de reiteração criminosa*.

Dessa forma, fica o juiz vinculado à demonstração, via de elementos objetivos constantes do caderno processual, da probabilidade de que o agente venha a praticar, caso solto, nova infração penal.

Neste mesmo sentido é o entendimento com relação ao chamado pressuposto cautelar instrumental. Assim, a expressão *conveniência da instrução criminal*, constante do atual diploma legal, deve ser substituída por expressão mais garantista, tal como *necessidade para a produção probatória*. (Câmara, 2009, p. 2)

Já no que se refere à chamada *cautela final*, extraída da expressão *para assegurar a aplicação da lei penal*, a melhor redação seria *necessidade de assegurar a execução de sentença penal condenatória*, e mais, *havendo prova de intenção de fuga pelo acusado*.¹⁰⁹

Analizando a proposta de reforma remetida pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, infere-se que pouco avanço houve no que pertine à maior clareza na tipificação dos pressupostos da prisão preventiva. Nota-se que persistem expressões imprecisas, vagas, tais como: *necessidade para aplicação da lei penal; para a investigação ou instrução criminal*¹¹⁰. A única alteração relevante diz respeito à inclusão da previsão *...e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais*;

Igualmente interessante e garantista é a proposta de fixação na legislação do dever de atuação *ex officio* da autoridade judiciária naquelas hipóteses de revogação da medida cautelar restritiva do direito de liberdade (prisões provisórias). Com isso, uma vez cessados os motivos que levaram à decretação da medida restritiva de liberdade (*probabilidade de reiteração criminosa; necessidade para a produção probatória; necessidade em face da intenção de fuga do acusado*), deve o juiz revogá-la, independentemente de provocação, ou mesmo substituí-la por uma das medidas menos gravosas constantes do elenco acima proposto (medidas substitutivas à prisão provisória).

¹⁰⁹ Câmara, Luiz Antônio. Reflexões em torno das medidas cautelares pessoais no projeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: www.camaraeassociados.com.br. <Acesso em 10.01.2009>

¹¹⁰ PLC - Projeto de Lei da Câmara nº 111/2008, vinculado ao Projeto de Lei nº 4.208/2001. Art. 282do CPP – As medidas cautelares previstas neste Título serão aplicadas com base nos seguintes critérios: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais. Disponível em: senado.gov.br. <Acesso em 10.01.2009>.

Ao que parece, bastaria uma adequação da previsão do artigo 316, do atual Código de Processo Penal¹¹¹, justamente no sentido de compelir o magistrado a atuar de ofício, e mais, de permiti-lo proceder na substituição mencionada.

Além das alterações legislativas acima mencionadas, todas relativas à prisão provisória, em especial à prisão preventiva, urgente se mostra a necessidade de revogação de todos os dispositivos legais permissivos das chamadas prisões obrigatórias, ou automáticas, decorrentes de pronúncia ou de condenação não transitada em julgado; bem como da previsão legal relativa ao instituto da deserção do recurso de apelação, no caso de fuga posterior do condenado. Tais previsões jamais se enquadrarão na nova ordem jurídica instaurada com o advento do texto constitucional de 1988, pois que ofensivas ao princípio da *presunção de inocência*.

Conforme registrado por Luigi Ferrajoli (2006, p. 510): *O elemento mais dilacerante e aberrante foi indubitavelmente aquela invenção fascista da obrigatoriedade da prisão.*

Nesse particular, a proposta de reforma do Código de Processo Penal prevê a revogação do § 2º e incisos do art. 325, dos arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do artigo 408, todos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal¹¹².

Muito embora possa parecer inviável, convém reforçar a idéia de fixação, pelo legislador, de prazo máximo para a manutenção da prisão preventiva de indiciado ou acusado. Afinal de contas, não devem subsistir prisões provisórias (dentre elas a preventiva) excessivamente longas, tão-somente por conta da morosidade da máquina judiciária, mormente considerando a previsão constitucional que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação¹¹³.

Nesse sentido, leciona Luiz Antônio Câmara (1997, p. 121-2):

distintamente do que ocorre em outros países (Itália e Portugal, por exemplo) nosso ordenamento jurídico processual, não estabeleceu um

¹¹¹ Art. 316 do CPP. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 10.01.2009>

¹¹² Art. 2º - Ficam revogados o § 2º e incisos do art. 325, os arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do art. 408 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 10.01.2009 >

¹¹³ Art. 5º, LXXVIII, da CR/88 - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 12.01.2009 >

prazo para duração da prisão provisória (aqui tomado o termo em sentido amplo, compreendendo também os casos de flagrante). A interdição de prolongamento da medida de cautela é, entre nós, construção pretoriana, vindo a consolidar-se, a partir de elaboração jurisprudencial, que o prazo máximo na primeira instância para conclusão do processo (vale dizer, com o proferimento da sentença, inclusive) é de oitenta e um dias. Tal soma abarca os prazos especificados em Leo para a conclusão de todos os atos processuais compreendidos entre a prisão do acusado e o proferimento de sentença.

Tal prazo máximo de duração da prisão preventiva seria fixado com base no prazo global, previsto em lei, para a realização dos atos processuais indispensáveis à apuração dos fatos em cada procedimento traçado; além, é claro, de um prazo razoável para a apreciação dos recursos cabíveis. Encerrado esse prazo de duração, o indiciado ou acusado seria posto imediatamente em liberdade, independentemente de ordem judicial, a exemplo do que acontece com a prisão temporária.

Nesse contexto, convém transcrever ponderação de Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 527):

Em resumo: a regra é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para a prática dos atos processuais instrutórios, somente admitindo-se a sua não-observância em situações excepcionais, em que se exija uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância.

2.1.3. Prisão temporária

A Lei Federal n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que dispõe sobre o instituto da *prisão temporária*, é resultado da Medida Provisória n. 111, inspirada no anteprojeto do reforma do Código de Processo Penal elaborado por José Frederico Marques, nos idos de 1970.

Não se extrai de mencionado diploma legal qualquer preocupação do legislador em definir a natureza jurídica da prisão temporária, restando à doutrina tal tarefa. Para alguns estudiosos, a exemplo de Rogério Lauria Tucci (1993, p. 339-340), a prisão temporária representa o encarceramento prévio do indiciado, no lapso temporal entre a iniciação da *informatio delicti* e o momento em que se verifica a possibilidade de imediata reunião dos elementos necessários à decretação da prisão preventiva.

Julio Fabbrini Mirabete (1997, p. 392) por sua vez, define o instituto da prisão temporária como sendo *uma medida acauteladora, de restrição da liberdade de*

locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.

Daí se infere que a prisão temporária, muito embora se enquadre no rol das medidas cautelares pessoais, possui especificidades capazes de distingui-la das chamadas cautelares típicas, a exemplo da prisão preventiva. Primeiro, a prisão temporária tem natureza acessória, pois que se destina, inicialmente, ao resultado do inquérito policial onde é decretada, e só ao depois à estruturação do processo principal. No mais, a prisão temporária é marcada pela provisoriedade, vez que a sua duração é limitada pela lei. Por fim, a prisão temporária exerce função instrumental, justamente por representar meio e modo de assegurar a tutela ao inquérito policial e ao processo.

Neste particular, Jayme Walmer de Freitas¹¹⁴ (2009, p. 107) fala em *tutela meio* (legitimidade da investigação policial) e *tutela fim* (necessidade de angariar substrato material ao órgão acusador para a interposição da ação penal).

Alberto Silva Franco (1992, p. 241-242) aponta duas razões para o surgimento do instituto da prisão temporária no ordenamento jurídico pátrio: o aumento da criminalidade e a necessidade de se regulamentar a malfadada prática policial da detenção para averiguações.

Nos termos da legislação em vigor, a prisão temporária só poderá ser decretada por autoridade judiciária competente, em face de representação da autoridade policial ou mesmo de representante do órgão ministerial. Diferentemente do que se observa das previsões relativas à prisão preventiva, a prisão temporária não pode ser decretada de ofício.

Além disso, tal prisão tem prazo de duração preestabelecido, 05 (cinco) dias, prorrogável por igual período, no caso de extrema e comprovada necessidade.

Esgotado o tempo de prisão temporária fixado pelo magistrado, deve o preso ser colocado imediatamente em liberdade, salvo na hipótese de ter sido decretada sua prisão preventiva, conforme previsão do art. 2º, § 7º, da LPT¹¹⁵. O desrespeito a tal

¹¹⁴ Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Disponível em: www.presidenciadarepublica.gov.br. <Acesso em 14.01.2009 >

¹¹⁵ Art. 2º, § 7º - Decorrido o prazo de 5 (cinco) dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva. Disponível em: www.presidenciadarepublica.gov.br. <Acesso em 14.01.2009 >.

previsão legal constitui crime de abuso de autoridade, previsto na alínea *i*, do artigo 4º, da Lei n. 4.898/64¹¹⁶.

Mencionado prazo sofre substancial alteração em se tratando de crime considerado hediondo ou equiparado a hediondo, por força da previsão do artigo 2º, § 4º, da Lei Federal 8.072, de 25 de julho de 1990¹¹⁷. Nesses casos, o prazo de duração da medida é de 30 (trinta) dias, também prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

A doutrina brasileira tentou encontrar uma explicação plausível para esse novo prazo fixado pela Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), mas chegou à conclusão de que nada de razoável existe.

Neste particular, Alberto Silva Franco (1992, p. 165) deduziu que o alongamento do prazo da prisão temporária, nos casos de crimes hediondos ou assemelhados, teve por objetivo único e exclusivo estigmatizar eventuais autores desses crimes, especialmente considerando que *os delitos etiquetados como ‘hediondos’ já constavam do rol de crimes graves explicitado na Lei 7.960/89*.

Rogério Lauria Tucci (2004, p. 290), por seu turno, classificou o prazo de prisão temporária fixado pela Lei 8.072/90 de inconstitucional, por ofensa ao *substantive due process* *law*.

Inúmeras críticas também foram verificadas quanto às previsões legais relativas aos requisitos necessários para a decretação da prisão temporária¹¹⁸. Antônio

¹¹⁶ Art. 4º, *i* – prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 14.01.2009>

¹¹⁷ Art. 2º, § 4º. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 14.01.2009>

¹¹⁸ Art. 1º Caberá prisão temporária: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – quando houve fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: *a) homicídio doloso* (art. 121, *caput*, e seu § 2º); *b) seqüestro ou cárcere privado* (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); *c) roubo* (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); *d) extorsão* (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); *e) extorsão mediante seqüestro* (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); *f) estupro* (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); *g) atentado violento ao pudor* (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); *h) rapto violento* (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); *i) epidemia com resultado morte* (art. 267, § 1º); *j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte* (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285); *l) quadrilha ou bando* (art. 288), todos do Código Penal; *m) genocídio* (arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1.10.1956), em qualquer de suas formas típicas; *n) tráfico de drogas* (art. 12 da Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976); *o) crimes contra o sistema financeiro* (Lei 7.492, de 16.06.1986). Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 14.01.2009>

Scarance Fernandes (1999, p. 290) lembra que a má redação da Lei n. 7.960/89, sobretudo de seu art. 1º, levou a doutrina e a jurisprudência a interpretá-la de variadas formas, tudo buscando evitar a sua inaceitabilidade no sistema jurídico e a sua conseqüente inconstitucionalidade.

Após inúmeras discussões, chegou-se à conclusão de que, no corpo dos três incisos do artigo 1º constam os requisitos para a decretação da prisão temporária. A fumaça do bom direito (*fumus boni juris*) decorre da plausibilidade de dano proveniente da conduta do suspeito ou indiciado, desde que haja fundadas razões de autoria ou de participação em um ou mais dos tipos penais referidos no inciso III, do supramencionado artigo 1º, da Lei 7.960/89. Além disso, mostra-se imprescindível a existência de prova, mesmo que provisória, acerca da materialidade delitiva.

A natureza da infração também deve ser considerada para a decretação da medida, pois que integra o pressuposto da fumaça do direito (*fumus boni juris*).

Das previsões dos incisos I e II do art. 1º, infere-se a presença do indispensável *periculum in mora*, ou *periculum libertatis*. Do primeiro inciso, verifica-se que a medida deve ser decretada quando necessária para o sucesso da investigação policial, tendo cunho instrumental, vez que *destinado a amealhar subsídio probatório para o inquérito ameaçado com eventual fuga do suspeito ou indiciado*. (Jayme Walmer de Freitas, 2009, p. 107-108).

Ainda no que tange ao primeiro inciso, convém fixar que não basta tratar-se de caso de difícil elucidação, ou mesmo de decretação da preventiva como forma de facilitar o trabalho policial. Faz-se necessário evidenciar que o indiciado, solto, dificulta ou frustra a produção de provas.

Já da redação do inciso II, extrai-se a necessidade da prisão temporária naquelas hipóteses em que o indiciado ou suspeito se nega a ser identificado, vez que eventual fuga resultaria no fracasso total da investigação policial.

A já mencionada imperfeição na redação da Lei 7.960/89, sobretudo de seu artigo 1º, provocou outra discussão interessante acerca dos requisitos legais para a decretação da custódia temporária. Afinal, os incisos I, II e III devem ser cumulados para efeito de aplicação da medida ou a satisfação de um só deles já seria suficiente?

Quatro entendimentos diversos foram esboçados, sendo eles: basta a satisfação de qualquer um dos incisos para que se mostre possível a decretação da

temporária; é exigível a satisfação dos três incisos, cumulativamente; exige-se a cumulação do inciso III (*fumus commissi delicti*) com um dos dois incisos anteriores (*periculum libertatis*); exige-se, em qualquer caso, a presença dos requisitos da prisão preventiva.

A posição mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência é no sentido de admitir a decretação da prisão temporária quando o *fumus commissi delicti* previsto no inciso III, do artigo 1º, vier cumulado com o *periculum libertatis* constante do inciso I ou do inciso II. O terceiro entendimento, portanto, é o dominante.

Não é demais mencionar que o elenco de crimes previsto no inciso III e alíneas do art. 1º, da Lei 7.960/90 é taxativo, não tendo sido ampliado pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90).

Mas a questão que mais interessa na presente obra é discutir acerca das medidas alternativas ou substitutivas à prisão temporária, a serem aplicadas com base no princípio da proporcionalidade, em seus três subprincípios.

Considerando que a finalidade da prisão temporária é legitimar a investigação policial (tutela-meio) e angariar substrato material ao órgão de acusação para a interposição da ação penal (tutela-fim), resta uma dúvida: seria possível atingir tal finalidade via da adoção de medidas alternativas à prisão temporária? A resposta deve ser positiva. Afinal, mostra-se perfeitamente possível afastar o perigo da ineficácia das investigações criminais com a adoção de medida menos ofensiva ao direito fundamental de liberdade, a exemplo da medida de condução coercitiva.

Evidenciando a desnecessidade da prisão temporária para a eficácia das investigações criminais, Roberto Delmanto Júnior (2001, p. 156-158) lança o seguinte questionamento:

Se imprescindível é o necessário, o indispensável, em que reside a indispensabilidade da prisão do indiciado para a investigação, estritamente falando? Para interrogá-lo ou fazê-lo participar de acareação? Para tomar parte em reconstituição? Para ser submetido a reconhecimento?

Após lembrar que o acusado, em face do direito de silêncio, não tem o dever de se auto-incriminar, podendo responder ou não às perguntas da autoridade policial, o renomado jurista conclui:

Nesses casos, a condução coercitiva, se realmente indispensável para a tentativa de realização do ato, seria mais razoável, desde que motivada. 'Imprescindível', assim, não seria a prisão, mas simplesmente a condução.

Assim, a condução coercitiva constitui-se em verdadeira medida alternativa à prisão temporária, vez que assegura não só a realização do interrogatório como também a realização de quaisquer atos que necessitem da presença do indiciado.

Por outro lado, o perigo de fuga do indiciado poderia restar afastado mediante a adoção de medida alternativa, a exemplo da proibição de o indiciado se ausentar da comarca em que reside, ou então do país, inclusive com a possibilidade de busca e apreensão de documentos, dentre eles o passaporte. No mais, poder-se-ia falar na requisição à Polícia Federal para evitar a saída do indiciado do país, nos controles de aeroportos e de fronteiras sob sua responsabilidade.

Caso emblemático citado por Denílson Feitoza Pacheco (2007, p. 256), diz respeito à hipótese de representação, pelo Ministério Público, da prisão temporária de vários empresários envolvidos em organização criminosa. Infira-se:

Em um segundo exemplo, o Ministério Público requereu a prisão temporária de vários empresários que teriam constituído uma organização criminosa que praticava crimes contra as relações de consumo, contra a ordem tributária e contra o meio ambiente, relativos à adulteração de combustíveis, bem como a expedição de vários mandados de busca e apreensão domiciliares.

Cerca de cem policiais e o Ministério Público já estão mobilizados conjuntamente para cumprir os mandados judiciais de prisão temporária e de busca e apreensão no dia seguinte, se o juiz os conceder. A grande maioria dos policiais não sabe que operação será realizada, mas somente seus superiores. Apesar de verificar que os pressupostos de decretação da prisão temporária se encontram presentes, especialmente a imprescindibilidade das prisões para a investigação criminal, o juiz resiste em decretá-las, especialmente por considerar a condição de empresário das pessoas a serem presas e o prazo de duração da prisão temporária.

Diante disso, o Ministério Público esclarece ao juiz que os elementos probatórios já disponíveis indicam que as buscas e apreensões poderiam, efetivamente, ser frustradas se não houvesse as prisões; por exemplo, poderiam ocorrer a ocultação de produtos químicos e a destruição de documentos. Entretanto, esclarece ao juiz que um dia de prisão temporária seria suficiente para cumprimento de todos os mandados de busca e apreensão, cujo cumprimento poderia levar a detectar situações de flagrante delito, as quais dispensariam os decretos de prisão temporária.

Com essas novas informações, o juiz decreta até um dia de prisão temporária e determina a expedição dos mandados de busca e apreensão domiciliares. Também poderia decretar a interdição cautelar do estabelecimento, pelo prazo de um a cinco dias (art. 3º do CPP c/c art. 272, § 1º, do CPP e art. 118 do CPM), para o fim de possibilitar o sucesso das buscas e apreensões.

De uma simples leitura do caso acima, conclui-se que diversas prisões temporárias tem sido decretadas por este país afora sem a devida observância dos critérios da adequação e da necessidade da medida. Além do que, mesmo nas hipóteses de adequação e necessidade, a medida vem sendo utilizada de forma abusiva, desarrazoada, pois que nem sempre se mostra necessária a sua fixação no prazo máximo previsto em lei.

Nesse contexto, tem-se que a interpretação garantista a ser conferida à redação do art. 2º, da Lei 7.960/89, e do artigo 2º, § 4º, da Lei 8.072/90, é no sentido de que o prazo máximo de duração da medida é de 05 e 30 dias, respectivamente, não havendo qualquer vedação à fixação de prazo inferior pelo magistrado, desde que suficiente para o atingimento do fim perseguido.

Dessa forma, deveria o legislador pátrio prever um rol de medidas alternativas à prisão temporária, dentre elas a mencionada condução coercitiva e a proibição de saída de cidade ou país, vinculando o juiz à necessária fundamentação com base, dentre outros, no princípio da proporcionalidade.

O que se assiste hoje, no Brasil, é a decretação de prisões temporárias evidentemente desnecessárias, abusivas e ofensivas a direito fundamental. São inúmeras as prisões decretadas e cumpridas quando já foram apurados todos os elementos probatórios necessários à conclusão do inquérito policial, inclusive mediante anterior quebra de sigilo bancário e escutas telefônicas discutíveis.

Operações cinematográficas de cumprimento de mandados de prisão levadas a efeito pela polícia de nosso país, sob a alegação de que se mostram imprescindíveis para a coleta de documentos e instrumentos relacionados com a prática de crimes quando, na verdade, bastariam mandados judiciais de busca e apreensão de mencionados objetos. Tais operações em nada se diferenciam da famigerada prisão para averiguação, a não ser quanto ao lamentável aval do Poder Judiciário.

2.1.4. Liberdade provisória

A *liberdade provisória* representa verdadeira medida cautelar pessoal, de natureza processual. Encontra a sua fundamentação constitucional nas previsões do art. 5º, inciso LXVI, da CR/88¹¹⁹.

Antes de qualquer coisa, convém esclarecer o verdadeiro sentido da expressão *liberdade provisória*, fazendo-o com base nos ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 547):

E, porque se trata de uma medida cautelar, é possível entender-se, agora, o predicado *provisória* que acompanha o vocábulo *liberdade*. Mas, para que não reste nenhuma dúvida: o que é provisória é a medida cautelar que leva esse nome, não a *liberdade* enquanto atributo de todo homem *livre*, enquanto *direito* reconhecido em todos os documentos internacionais do mundo ocidental de nossos tempos que cuidam do homem e dos direitos humanos. Nesse sentido, jamais haveria liberdade *provisória* no direito brasileiro, até porque a nossa ordem jurídica não contempla a prisão perpétua.

Quanto às modalidades legais de liberdade provisória, fala-se em liberdade *com fiança* e liberdade *sem fiança*. Na liberdade com fiança o acusado obtém a liberdade mediante o depósito de dinheiro ou bens, ou da hipoteca, mas sempre vinculada a certos deveres processuais. Na liberdade provisória sem fiança o acusado obtém a liberdade sem necessidade de recolhimento da fiança, e nem sempre será vinculada a condições.

A partir daí, a doutrina desenvolveu classificações diversas, sendo interessante fixar, na presente obra, algumas delas. Infira-se:

Fala-se em *liberdade provisória obrigatória* quando cabível a fiança e nas hipóteses em que o acusado se *livra solto*. Fala-se, ainda, em *liberdade provisória permitida* nas hipóteses do artigo 310, *caput* e parágrafo único do Código de Processo Penal¹²⁰. Por fim, fala-se em *liberdade provisória vedada*, a exemplo do que ocorre com os crimes hediondos.

¹¹⁹ Art. 5º, LXVI da CR – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 24.01.2009 >.

¹²⁰ Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312). Disponível em: www.presidencia republica.gov.br. <Acesso em 24.01.2009 >.

Outra classificação interessante é aquela que divide a liberdade provisória em *liberdade provisória vinculada* e *liberdade provisória não-vinculada*. Na primeira hipótese, a liberdade é concedida, mas o acusado fica vinculado a certos deveres processuais, como aquele relativo ao comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, *caput*, CPP). Já na segunda situação, o acusado é posto em liberdade sem qualquer ônus processual (art. 321, do CPP).

Com base em mencionadas classificações, Denilson Feitoza Pacheco (2004, p. 787) dividiu a liberdade provisória em quatro grupos: a) liberdade provisória sem fiança e sem vinculação; b) liberdade provisória sem fiança e com vinculação; c) liberdade provisória com fiança e com vinculação; d) liberdade provisória vedada ou proibida.

No mais, fala-se em liberdade provisória em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro caso, trata-se de medida que substitui a prisão em flagrante, as prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível e de sentença de pronúncia. Na segunda hipótese, a liberdade provisória deve ser considerada, tão-somente, como medida substitutiva da prisão em flagrante.

De acordo com os ensinamentos do mencionado autor mineiro (2008, p. 784): *A liberdade provisória não substitui a prisão preventiva, nem a prisão temporária; a revogação (por não estarem mais presentes os motivos da prisão preventiva ou por ter terminado o prazo da prisão temporária) e a anulação (pela ilegalidade) dessas prisões acarretam o retorno ao statu quo ante, que é o da liberdade plena.*

A natureza cautelar da liberdade provisória decorre das previsões constitucionais relacionadas aos princípios da liberdade e da presunção de inocência¹²¹. Porém, essa mesma natureza cautelar justifica a imposição de certas limitações, de certas condições que são impostas ao suspeito, indiciado ou acusado, tais como: comparecer no juizado especial criminal no dia e horário fixados no termo circunstanciado de ocorrência; comparecer perante a autoridade todas as vezes que intimado para atos do inquérito, instrução criminal ou julgamento; não mudar de residência sem previa comunicação e permissão; não se ausentar de sua residência por mais de 08 (oito) dias.

¹²¹ Art. 5º, LVII, da CR – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; Disponível em: www.presidencia.gov.br. <Acesso em 24.01.2009 >.

Nota-se que o descumprimento injustificado de quaisquer das condições impostas implica, automaticamente, na revogação do benefício da liberdade provisória, com o retorno do suspeito, indiciado ou acusado à situação anterior, qual seja de preso provisório.

Conforme assinala Pacheco (2008, p. 785): *Essas limitações demonstram que não se trata, propriamente, de liberdade no sentido pleno da palavra, a que qualquer pessoa tem direito no nosso ordenamento jurídico-constitucional, mas de medidas cautelares impostas a pessoas.*

Ainda com base na cautelaridade da medida, a liberdade provisória exige a satisfação de alguns pressupostos, *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti* e *periculum in mora* ou *periculum libertatis*. Assim, a imposição de condições para a liberdade do suspeito, indiciado ou acusado só se mostra possível quando tal providência se mostrar necessária, imprescindível para a proteção da efetividade do processo ou então para a garantia da sociedade.

É que, a exemplo da prisão provisória, a liberdade provisória, em qualquer de suas modalidades, com ou sem fiança, se constitui na exceção do sistema. A regra é a liberdade plena, por força do princípio da inocência.

Conforme ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho (2004, p. 530), a liberdade provisória *é uma medida intermediária entre a prisão provisória e a liberdade completa.*

No mais, observa-se que toda e qualquer medida restritiva de direito a ser imposta quando da concessão da liberdade provisória deve ter previsão legal.

No que pertine à celeuma relativa às hipóteses legais de *liberdade provisória vedada*, especialmente aquelas constantes do texto original da Lei Federal n. 8.072/90 (art. 2º, inciso II)¹²², nota-se que toda a polêmica perdeu o seu objeto, justamente em face da aprovação da Lei Federal n. 11.464/07¹²³ que modificou a Lei dos Crimes Hediondos, elidindo a vedação expressa de concessão da liberdade provisória.

¹²² Art. 2º, II – Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I- [...];

II – fiança e liberdade provisória.

¹²³ O art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º [...]

[...]

II – fiança. Disponível em www.presidencia.gov.br. <Acesso em 25.02.2009 >

Já no que tange à vedação constante do artigo 44, da Lei Federal n. 11.343, de 23 de agosto de 2006¹²⁴, relativamente ao crime de tráfico de drogas, nossos tribunais tem caminhado no sentido de admitir a concessão da liberdade provisória, mormente quando não preenchidos os requisitos legais justificadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). A propósito, infira-se julgado do e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹²⁵.

CONCLUSÃO

Observa-se uma forte tendência no direito penal mundial de redução dos casos de prisão-pena, isto é, de imposição da pena de prisão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Há uma aposta crescente nas chamadas penas alternativas, justamente como forma de se colocar em prática os postulados do Estado de Direito.

¹²⁴ Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 e 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

¹²⁵ PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. NEGATIVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO *PERICULUM LIBERTATIS*. É sabido que para o indeferimento da liberdade provisória, para os crimes em geral, é necessária a motivação demonstrando no caso concreto os pressupostos do art. 312, CPP (prova da materialidade e indícios da autoria) bem como seus requisitos (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, aplicação da lei penal). Necessário ressaltar que, embora, para os delitos de tráfico de entorpecentes, a própria Lei de Drogas vedou, expressamente, a possibilidade da concessão do benefício (art. 44, Lei 11.343/06), norma especial que prevalece em face da norma geral do art. 310, CPP (conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal), a magistrada singular não seguiu esse caminho, haja vista que sequer mencionou tal dispositivo, razão pela qual, o indeferimento da liberdade provisória não se sustenta com base na regra geral, pela simples menção aos requisitos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal, sendo portanto, nula a decisão vergastada. (TJPR – 5 T. HC n. 0542390-9 – rel. Eduardo Fagundes – DOE 9.1.2009). Disponível no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – ano 16 – n. 195 – fevereiro de 2009.

No Brasil, o que se observa é uma evidente contradição, mormente nas previsões legislativas. Enquanto nosso legislador, de um lado, busca ampliar o rol de penas alternativas, substitutivas à pena de prisão em caso de sentença transitada em julgado, de outro usa e abusa das prisões provisórias (*prisão em flagrante; prisão temporária e prisão preventiva*).

As poucas medidas cautelares diversas da prisão se resumem a previsões constantes de leis especiais, dentre elas a Lei de Drogas, a Lei Maria da Penha e o Código de Trânsito. Com isso, verifica-se que autoridade judiciária fica limitada no momento da fixação das medidas cautelares.

Urge a definição legal de novas e evoluídas hipóteses de medidas cautelares substitutivas ou alternativas à prisão, as quais se mostram adequadas ao atingimento do fim pretendido, qual seja a proteção do processo e de seus efeitos.

A análise do sistema processual brasileiro deixa nítida a necessidade de se proceder numa reforma geral da legislação em vigor, inclusive com a elaboração de um novo diploma processual penal, mais consentâneo com as medidas substitutivas e alternativas adotadas em países europeus, dentre eles Portugal, Itália, Alemanha e França.

O estudo das propostas de reforma do Código de Processo Penal que tramitam no Senado, especialmente no que diz respeito ao capítulo relativo às medidas cautelares, deixa a preocupação de que pouco avanço será verificado. Pelo contrário. Há a possibilidade concreta de retrocesso em alguns pontos, a exemplo do alargamento das hipóteses de concessão de fiança pela autoridade policial.

A conclusão a que se chega é a de que há um apego exacerbado por parte dos responsáveis pela reforma ao instituto da fiança, e, conseqüentemente, um receio injustificado acerca da instituição de novas alternativas à manutenção da prisão em flagrante.

Infere-se que a luta pela instituição de um verdadeiro Estado de Direito está só começando. Afinal, só agora foram abolidas, de uma vez por todas, as hipóteses de prisão obrigatória, decorrentes de sentença não transitada em julgado e de decisão de pronúncia.

Preocupa verificar que, até bem pouco tempo nossa Corte Suprema não considerava inconstitucional a exigência de recolhimento à prisão para conhecimento de recurso interposto.

O novo desafio que se nos apresenta é o de fixar parâmetros legais bem rígidos para a decretação das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, com aplicação sistemática do princípio da proporcionalidade em suas vertentes: *adequação*; *necessidade*; *proporcionalidade em sentido estrito*. Afinal, o presente estudo deixa claro duas questões, a falta de fundamentação suficiente das decisões decretatórias das medidas cautelares pessoais e o desrespeito gritante aos subprincípios da *adequação* e da *necessidade* quando da imposição de medida interventiva.

No mais, resta clara a diferença substancial entre o instituto da prisão em flagrante e o da manutenção de tal prisão. No que pertine à prisão em flagrante, deduz-se que se trata de verdadeira medida de cautela menor, ou de subcautela, pois que marcada pela precariedade, e decorrente da necessidade e da urgência na colocação do detido à disposição da autoridade judiciária. Além do que, resta evidenciada a importância do cumprimento das formalidades legais exigidas para a realização do flagrante, sob pena de nulidade do ato.

Evidenciando a precariedade da prisão em flagrante, o estudo deixa nítido, ainda, a necessidade de que tal prisão seja convertida, imediatamente, pela autoridade judiciária em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos legais para tanto, sob pena de se tornar abusiva. Além do que, a decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, com base nas previsões constitucionais (art. 93, IX, da CR/88).

Relativamente ao instituto da prisão temporária, verifica-se que há importantes ressalvas à legislação pertinente, sobretudo quanto ao prazo de duração e os requisitos para a sua decretação. Neste particular, o presente estudo mostra que o legislador não foi tão feliz quando da fixação das hipóteses de cabimento da medida, e ainda, na definição de prazo diferenciado de duração para os casos de crimes hediondos ou equiparados.

Ainda no que diz respeito à prisão temporária, o estudo mostra a necessidade constante de aperfeiçoamento da medida, a fim de assegurar a observância, por parte do magistrado, dos subprincípios da proporcionalidade, especialmente considerando a onda crescente de prisões desnecessárias e abusivas em nosso país.

Infelizmente, não se pode deixar à livre disposição do juiz a tarefa de fundamentar a imposição de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais, especialmente o direito de liberdade. Como se vê na legislação de outros países, deve haver previsão expressa no nosso estatuto processual penal no sentido de obrigar o

magistrado a fundamentar toda e qualquer decisão cautelar, dentre elas a prisão preventiva.

Não bastasse, deve haver previsão expressa, ainda, no sentido de fixar um prazo máximo de duração da medida restritiva do direito de liberdade, sob pena de desrespeito a princípios norteadores do processo, dentre eles o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Mas a dedução mais relevante e preocupante a que se chega é a de que não podem persistir as decisões judiciais impositivas de medidas cautelares pessoais, especialmente aquelas interventivas no direito fundamental de liberdade, desprovidas da indispensável fundamentação.

A vigilância deve ser constante e passa também pela tarefa do legislador de fixar critérios legais mais rígidos para a decretação das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, sob pena de comprometimento do Estado de Direito e das instituições democráticas.

Mencionadas decisões judiciais, desprovidas da devida fundamentação, representam, na verdade, desprestígio do próprio Poder Judiciário, o qual, para muitos, representa a última trincheira na luta pela preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales..** Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Processo criminal brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Typografia Baptista de Souza, 1920, v.1.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BERNAL POLIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para o legislador**. Madri: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição de 1988**, disponível em: <www.planalto.gov.br>

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória – Lineamentos e princípios do processo penal cautelar**, ed. Juruá, Curitiba, 1997.

_____. **Reflexões em torno das medidas cautelares pessoais no projeto de reforma do código de processo penal** <<http://camaraaasociados.com.br>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra:Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional**, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México: Episa, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CORREA, Teresa Aguado. **El principio da proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madri: Colex, 1990.

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

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**, 4ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Temporária**, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 19.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal Anotado e Comentado – Legislação Complementar**. Coimbra: Almedina, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JÚNIOR, Roberto Delmanto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, 2 ed. Campinas: Millenium, 2000, v. IV, p. 411.

MARTY, Mireille Delmas. **Processos Penais da Europa**. Trad.: Fauzi Hassan Choukur. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Código de Processo Penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pecelli. **Curso de processo penal**. e. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 3. ed. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

PIERÂNGELI, José Henrique. **Processo penal, evolução histórica e legislativa**. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004

PORTUGUESA, Constituição da República anotada, 2 ed; Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal n. 1988**. 6. ed., Revista e Atualizada. Porto Alegre, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____ **Manual de processo penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)