

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

BRUNO VASCONCELOS BARROS

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE
CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO E DA MANUTENÇÃO DA
PRISÃO PROCESSUAL

Maceió
2012

Bruno Vasconcelos Barros

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE
CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO E DA MANUTENÇÃO DA
PRISÃO PROCESSUAL

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre,
no Programa de Pós-graduação em
Direito da Universidade Federal de
Alagoas.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia
de Barros Lima

Maceió
2012

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Fabiana Camargo dos Santos

B277p Barros, Bruno Vasconcelos.
 O princípio da proporcionalidade como critério de constitucionalidade do decreto e da manutenção da prisão processual / Bruno Vasconcelos Barros. – 2012.
 134 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia Barros Lima.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2012.

Bibliografia: f. 129-134.

1. Princípios constitucionais. 2. Princípio da proporcionalidade. 3. Processo penal. 4. Prisão processual. I. Título.

CDU: 342.7:343



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

BRUNO VASCONCELOS BARROS

“O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE CONSTITUCIONALIDADE DO
DECRETO E DA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como
requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu
a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Manoel Cavalcante (UFAL)

Julgamento: 9,0 (NOVE) Assinatura: 

Prof. Dr. Frederico Dantas (UFAL)

Julgamento: 9,0 (NOVE) Assinatura: 

Prof. Dr. Gustavo Ferreira (UFPE)

Julgamento: 9,0 (NOVE) Assinatura: 


Adivaldo de Lima Catão
Coordenador
Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL
C.A.D.F. 1548876

Maceió, 30 de maio de 2012.

Dedico este trabalho à minha amada esposa e aos nossos três filhos, Enoque, Saulo e Isabel que me apoiaram nesses anos de estudo.

AGRADECIMENTOS

Tenho muito que agradecer. Tenho que agradecer a muitas pessoas queridas. Temo, no entanto, esquecer alguém. Se você não foi citado, obrigado e tenha certeza, não é ingratidão.

Agradeço a meu Pai Celestial, que tantas vezes me ouviu e me inspirou a fazer o que é certo. Agradeço por Ele ter enviado certas pessoas, verdadeiros anjos – alguns dos quais citados abaixo – para me auxiliar.

Agradeço a meu orientador que teve a paciência de examinar meus textos, corrigir e recorrer o que lhe foi apresentado. Que teve a paciência de ler ideias e posicionamentos, às vezes, contrários aos seus. Muito obrigado professor Alberto Jorge. Espero ter dignificado seu nome com este trabalho.

Agradeço ao pessoal do escritório. Vocês, além de trabalhar por mim no escritório, sempre tiveram a paciência de ouvir os meus argumentos, de ler cada capítulo do trabalho, verdadeiras cobaias. Obrigado Welton, Nila, Ricardo e Marthe.

Agradeço aos colegas de mestrado. Aqui vale a lembrança: tudo passa. Quero fazer duas menções especiais. Saulo você é um irmão mais novo. Allan(zinho) você é alguém a ser imitado.

Quero agradecer aos meus colegas de CESMAC. Alguns deles tiveram que ler um ou outro capítulo do presente trabalho e o fizeram de bom grado. Alguns deles me emprestaram livros ou me enviaram textos. A todos vocês, obrigado. Obrigado, especialmente, aos professores Lean Araújo, Thiago Bomfim, Tomé Bomfim e Beclaute.

Quero agradecer a meus pais que sempre me fizeram crer que eu era melhor do que realmente sou.

E por fim, mas não menos importante – aqui vale: os últimos serão os primeiros – quero agradecer a minha esposa que sempre me incentivou a me tornar uma pessoa melhor do que eu sou.

A todos, muito obrigado.

RESUMO

A presente dissertação trata da aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de constitucionalidade da prisão processual (prisão preventiva e prisão temporária). Parte-se da premissa que tanto as regras quanto os princípios constitucionais têm força normativa e como consequência os métodos clássicos de interpretação – que não devem ser desprezados – não são mais suficientes para solucionar todos os casos de colisões de direitos, sendo necessários novos métodos de interpretação, dando-se ênfase à ponderação e ao exame da proporcionalidade. A proporcionalidade é princípio constitucional implícito, com aplicação em todos os ramos do direito, com finalidade precípua de impor limites às restrições estatais a direitos fundamentais. Como o direito penal e o processo penal são ramos do direito que atingem mais gravemente os direitos fundamentais, o intérprete deve levar em conta os princípios constitucionais e, principalmente, o princípio da proporcionalidade ao aplicar as regras de processo penal. Ou seja, é preciso verificar se a medida restritiva imposta com o propósito de atingir determinado fim é adequada, necessária e justa (proporcionalidade em sentido estrito). No contexto do trabalho a medida restritiva a ser analisada é a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal, a prisão processual. A proposta é que o juiz criminal, necessariamente, faça um exame prévio da proporcionalidade (seus três elementos) ao decidir sobre o decreto ou manutenção da prisão processual.

Palavras-chave: Princípios. Proporcionalidade. Processo Penal. Prisão Processual.

ABSTRACT

The present dissertation treats about the application of the principle of the proportionality as a criterion of constitutionality of the procedural arrest (temporary and preventive arrest). It starts from the premise that as the rules as the constitutional principles have normative force and consequently the classical methods of interpretation – which don't need to be despised – are no longer sufficient to resolve all the cases of collision of rights, been necessary new methods of interpretation, giving emphasis to the ponderation and to the examination of proportionality. The proportionality is the implicit constitutional principle, with application in all the branches of law, with the main purpose of impose limits to the state restrictions to fundamental rights. As the criminal law and the criminal procedure are branches of the law that seriously affects the fundamental rights, the interpreter must consider the constitutional principles and, especially, the principle of proportionality when applies the criminal procedure rules. In other words, we must verify if the restrictive act imposed with the purpose of achieve a certain end is appropriate, necessary and fair (proportionality in strict sense). In the context of the work, the restrictive act to be analyzed is the arrest before the final criminal judgment of the procedural arrest. The proposal is that, necessarily, the criminal judge makes a previous examination of the proportionality (its three elements) while deciding about the decree or maintenance of the procedural arrest.

Keywords: Principles. Proportionality. Criminal Procedure. Procedural Arrest

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E A NOVA HERMENÊUTICA	6
1.1 Considerações gerais	6
.....	11
1.2 O pós-positivismo	15
.....	15
1.3 Distinguindo regras e princípios	16
.....	18
1.3.1 Distinção entre princípios e regras segundo ROBERT ALEXY	19
1.3.2 Distinção entre regras e princípios segundo RONALD DWORKIN	20
1.3.3 Distinção entre regras e princípios segundo GOMES CANOTILHO	26
1.3.4 Um contraponto em relação às teorias que distinguem regras e princípios.....	26
1.4 A força normativa dos princípios e sua importância hermenêutica	29
2 PROPORCIONALIDADE.....	32
2.1 Considerações iniciais – surgimento e aplicação ampla	35
2.2 Previsão constitucional do princípio da proporcionalidade	35
2.3 Proporcionalidade: princípio ou regra?	39
2.4 Diferenciando proporcionalidade de razoabilidade e proibição de excesso	40
2.4.1 Proporcionalidade versus razoabilidade	40
2.4.2 Proporcionalidade e proibição de excesso	43
2.5 O conteúdo do princípio da proporcionalidade	45
2.5.1 Considerações iniciais	51
2.5.2 O estudo da licitude dos fins como parte do exame de proporcionalidade.....	51
2.5.3 Os elementos ou subprincípios da proporcionalidade	54
3 PRISÃO PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..	59
3.1 Considerações iniciais	59
3.2 A cautelaridade da prisão processual	65
3.3 As garantias constitucionais limitadoras da prisão processual	69
3.3.1 Dignidade da pessoa humana	71
3.3.2 Presunção de inocência	71

3.3.3 Excepcionalidade da prisão cautelar – a liberdade como regra	76
3.4 As espécies de prisão processual	79
3.4.1 Prisão temporária	93
3.4.2 Prisão em flagrante	93
3.4.3 Prisão preventiva	
4 A PROPORCIONALIDADE APLICADA À PRISÃO CAUTELAR	98
4.1 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no processo penal	102
4.2 O exame da proporcionalidade e a fundamentação necessária para o decreto da prisão cautelar	106
4.3 Aplicando o exame da proporcionalidade em casos de prisão preventiva	106
4.4 Descrição e análise de julgados do tribunal de justiça de Alagoas – à guisa de ilustração	107
4.4.1 Considerações iniciais	129
4.4.2 A análise dos julgamentos	
CONCLUSÕES	
REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

No Estado democrático de direito, pretende-se que as esferas do poder público se limitem ao máximo a não restringir direitos e garantias fundamentais do corpo social. Em caso de necessidade de restrição de direitos, não deve haver excessos; em outras palavras, sempre que se quiser restringir direito fundamental é preciso verificar se realmente é necessário e se não há outro meio menos gravoso para se chegar ao fim desejado.

A proporcionalidade nasceu sob a expectativa de limitar o poder estatal de restringir as liberdades do corpo social. Inicialmente, surgiu para ser aplicada no direito administrativo e constitucional, mas tem aplicação em todas as áreas do direito e, principalmente, no direito penal e no processo penal, ramos do direito que têm a potencialidade de atingir mais gravosamente os direitos individuais.

O Brasil, que é um Estado democrático de direito, tem o compromisso de promover a justiça e materializar as garantias e direitos constitucionais, porém em homenagem ao combate e à diminuição da criminalidade, tem encarado o processo penal como instrumento de defesa social¹ e não como garantia do indivíduo contra a ingerência pública, tornando, em muitos casos, as garantias constitucionais em letra morta.²

As medidas cautelares de privação de liberdade têm tido larga utilização no processo penal brasileiro. O que deveria ser exceção se tornou uma quase regra. Tem-se um número elástico de possibilidades de prender alguém antes do trânsito em julgado da sentença e pelos mais diversos motivos. Atualmente, o Brasil ocupa a quarta colocação em número de presos (provisórios e definitivos), ficando atrás, somente, dos Estados Unidos, da China e da Rússia.³ Dados de junho de 2011, do Departamento Penitenciário Nacional – Depen revelam que há

¹ Sobre a prisão como instrumento de defesa social e o papel do Judiciário em face da necessidade de manutenção da ordem pública, vide o pensamento de Marcelo Ferreira Souza (SOUZA, Marcelo Ferreira. **Segurança Pública e Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 42).

² D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 87-90. No mesmo sentido, veja o pensamento de Horta: “A supressão, de forma ostensiva e a recusa de sua vigência de forma oblíqua, convertem frequentemente as normas supremas da Constituição em regras nominais e ineficazes, em textos semânticos, dotados de efeito puramente decorativo”. (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 232.)

³ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

513.802 presos no Brasil, dos quais 218.437 são presos provisórios. O mesmo órgão informa que em Alagoas 38,8% são presos provisórios.⁴

O Estado brasileiro tem sido rápido em prender provisoriamente, e lento em dar a resposta definitiva. Em parte para garantir que a demanda social pela reação estatal e pela punição do culpado seja saciada, pois de forma rápida e notória a sociedade observa a força estatal efetivando a prisão do indivíduo.⁵

É verdade que a Constituição Federal previu a possibilidade de decretar a perda da liberdade antes de uma sentença final condenatória. Não menos verdade é que ela estabeleceu limites restritos para seu decreto, tais como a legalidade, a competência do Juízo, a necessidade de fundamentação, a notificação à família do preso e o prazo razoável de sua duração. Além do que, estabeleceu como garantia a possibilidade de responder ao processo em liberdade, mesmo quando preso em flagrante delito, e de relaxamento imediato de prisão ilegal.

A prisão processual, ainda quando legítima, é extremamente aviltante. Primeiro porque se corre o risco de encarcerar um inocente, o que por si só deveria reduzir ao máximo sua aplicação. Segundo porque, como toda prisão, afeta vários bens jurídicos do indivíduo e vários aspectos de sua vida. Seria infantil acreditar que a prisão seja provisória ou que a prisão pena afeta somente a liberdade do indivíduo. A prisão afeta a honra, a família, a carreira, a autoestima, a integridade física e psíquica do preso, e, por conseguinte, a garantia basilar da dignidade da pessoa humana.

Não se deve perder de vista que a prisão cautelar é meio para a realização de um fim, não podendo ser um fim em si mesmo. Ela não pode servir como punição ou prevenção de criminalidade, sob o risco de transmudar sua natureza jurídica para prisão pena, o que atingiria o princípio da presunção de inocência. No entanto, algumas regras infraconstitucionais têm apontado para uma prisão antes do trânsito em julgado com

⁴ Dados colhidos por meio de pesquisa no *site* oficial do Ministério da Justiça/Departamento Penitenciário Nacional – Depen. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em: 21 mar. 2012.

⁵ Nesse sentir, se expressa Delmanto Jr. “Não temos dúvida de que, na prática, a prisão provisória assume aspectos de justiça sumária. É providência cômoda e, pela celeridade com que é decretável, traz à comunidade, como salientado, sensação de eficácia do sistema penal, de resposta jurisdicional rápida e severa, uma vez que a prisão é, antes de tudo, a maior dentre as várias humilhações que o processo penal pode impor a uma pessoa”. In: DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

finalidade eminentemente de uma política criminal, satisfativa e antecipativa de condenação⁶, como, por exemplo, a finalidade de prender para garantir a ordem pública⁷ e para evitar a prática de infrações penais.⁸

No sistema brasileiro a prisão temporária (Lei n.º 7960/1989), apesar de tão criticada, sendo verdadeira prisão para averiguação, está em pleno vigor e é aplicada sem nenhuma moderação, basta verificar as midiáticas operações federais e estaduais em todo o Brasil.⁹ Segundo o próprio texto da Lei, essa modalidade de prisão tem finalidade de produção desimpedida de prova, podendo ser decretada até mesmo quando o suspeito não tem residência ou identificação civil. Ora, com o avanço tecnológico e com a possibilidade de uma série de medidas cautelares de antecipação de prova (busca e apreensões, quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico, interceptação telefônica etc.), não haveria outros meios menos gravosos para se conseguir o fim pretendido? Não bastaria a intimação para interrogar o suspeito, ou mesmo, sua condução coercitiva? Ou a quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico? Não seria suficiente uma ordem de busca e apreensão ou de exibição de coisas ou documentos? Se não há identificação, não seria fácil para o Estado providenciá-la?

Parte do problema, não obstante a recente modificação estabelecida pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, é que as normas infraconstitucionais que regulam a prisão antes do trânsito em julgado são anteriores à Constituição Federal. O Código de Processo Penal, em que pesem as várias modificações feitas, é do início da década de quarenta, e a Constituição Federal é do fim da década de oitenta, resultando uma diferença não só cronológica, mas de evolução social e, por conseguinte, de pensamento científico de mais de quarenta anos.

⁶ Vide, nesse sentido, FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 284-285.

⁷ Vide artigo 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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

⁸ **Art. 282.** As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: **I** - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; **II** - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

⁹ “A prisão temporária, disciplinada pela Lei nº 7.960/89, constitui o mais evidente exemplo de emprego de cautela provisória com o intuito de obtenção de prova. O vocábulo temporária “constitui esconderijo da real finalidade da prisão: investigar”. Na mesma linha de raciocínio o autor conclui ser imprópria a entrega de nota de culpa ao preso, uma vez que não há imputação de crime, mas constrição de liberdade para a investigação”. Vide: HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 212-213.

Outro desafio é que boa parte dos aplicadores da norma processual penal realiza sua interpretação nos moldes do positivismo formalista, interpretando restrita e semanticamente os textos normativos¹⁰, sem o reconhecimento de uma nova categoria – os princípios – e de uma nova hermenêutica constitucional.¹¹

O presente estudo pretende demonstrar que no atual estado de evolução do pensamento científico é impossível que se continue aplicando as regras processuais penais restritivas de liberdade sem levar em conta os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, e seus valores.¹²

Para que as decisões sejam válidas sob a ótica constitucional, é imperativo que o aplicador, antes de restringir qualquer garantia fundamental para atingir determinado fim, faça uma avaliação criteriosa: o exame da proporcionalidade.

O eixo central do trabalho consiste em propor que, em se tratando de restrição de liberdade antes do trânsito em julgado (prisão processual), o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado, devendo o julgador fazer o exame de proporcionalidade da medida, sob pena de insuficiência de motivação da decisão.

O exame, ademais, permitirá que o intérprete faça um juízo da real necessidade da prisão. Ele, antes de decidir por uma prisão processual, deve se perguntar: 1) qual o fim pretendido; se o fim pretendido é legítimo; se com o meio escolhido (prisão cautelar) alcançará o fim pretendido; 2) se há outro meio (medidas cautelares substitutivas) que não a

¹⁰ Veja-se, por exemplo, o estudo de Antônio Magalhães Gomes Filho sobre os modelos de justificação, quando ele afirma que o mais difundido método de justificação é o dedutivo ou do silogismo judicial, que transmite a ideia do juiz neutro e submisso ao império da lei. Vide: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 118-120.

¹¹ Leciona Daniel Sarmento que: “As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os casos difíceis do Direito”. Vide: SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: NOVELINO, Marcelo (org.) **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 37-38.

¹² Nesse sentir Nucci: “Nos campos penal e processual penal, com maior razão, a primazia dos princípios precisa ser respeitada, vez que se lida diretamente com a liberdade individual e, indiretamente, com vários outros direitos fundamentais (vida, intimidade, propriedade, integridade física etc.)” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.38). Vide também o estudo de Antônio Magalhães Gomes Filho sobre os modelos de justificação, quando ele afirma que o mais difundido método de justificação é o dedutivo ou do silogismo judicial, que transmite a ideia do juiz neutro e submisso ao império da lei. In: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 118-120.

prisão cautelar para se chegar ao mesmo fim; 3) se o fim a ser alcançado é tão importante que justifica a restrição à liberdade.

Para tanto, no primeiro capítulo abordar-se-á o surgimento do pós-positivismo, como reação ao positivismo jurídico e, por conseguinte, da nova hermenêutica constitucional, pois se entende, como Bonavides, que o princípio constitucional da proporcionalidade somente será compreendido e aplicado em sua plenitude caso se perceba a passagem do pensamento centrado na lei – o Estado Legal – para o pensamento centrado na Constituição – o Estado Constitucional.¹³

Tratar-se-á da importância dos princípios, tanto para a interpretação/aplicação dos textos legais, quanto em relação a sua aplicação direta. Assume-se, até mesmo, que os princípios constitucionais são espécie normativa, buscando estabelecer a diferença entre regras e princípios, tudo com fundamento nos autores que integram o movimento denominado de “nova hermenêutica constitucional”.¹⁴

O segundo capítulo é dedicado ao estudo da proporcionalidade em si, quando será feita uma explanação sobre seu fundamento, sua nomenclatura e seu conteúdo.

O terceiro capítulo consiste numa apresentação crítica do sistema cautelar de prisão, utilizando como premissa o garantismo¹⁵. Ressaltar-se-á a necessidade de a prisão processual ser uma medida cautelar instrumental, abordando-se os princípios constitucionais limitadores da prisão e, por fim, será feita uma análise das prisões temporária, em flagrante e preventiva.

Por fim, no quarto e último capítulo, tratar-se-á mais especificamente da aplicação da proporcionalidade na prisão cautelar. E no intuito de aplicar a proporcionalidade conforme a argumentação assentada no presente trabalho verificar-se-á como o Tribunal de Justiça de Alagoas tem utilizado o princípio da proporcionalidade em suas decisões, quando revisa os decretos de prisão processual. Para tanto, será efetuada uma descrição e análise de decisões recentes.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 398-399.

¹⁴ Os principais pontos da “nova hermenêutica” foram apresentados por Bonavides. Vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 598-599.

¹⁵ Ferrajoli, apesar de reconhecer que se trata de uma utopia, para ele, deveríamos ter um processo sem prisão processual, ou pelo menos esperar até que uma decisão condenatória em primeira instância venha decretá-la. Vide: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 515.

1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E A NOVA HERMENÊUTICA

1.1 Considerações Gerais

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, sob a escrita do então ministro da Justiça Campos Sales, lê-se que as regras ali contidas foram sistematizadas para compor um código com validade para todo o país e que “impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem.”¹⁶

O Código de Processo Penal é datado de 1941, já tendo experimentado uma série de modificações. Contudo, muito de seu pensamento repressor e legalista continua valendo.

Aury Lopes Jr. chama atenção para o fato de que o intérprete final ainda continua aplicando as regras do processo penal de forma mecânica, sem levar em conta os valores e preceitos constitucionais. Ele travou uma luta doutrinária – sempre vencido – ao alegar a inconstitucionalidade do interrogatório como ato pessoal do juiz, feito sem a participação do defensor e do Ministério Público. Somente com a modificação do regramento do interrogatório, com o advento da Lei n.º 10.792/2003, é que passou a ser garantido o direito de se ser interrogado na presença do defensor e a participação da defesa na tomada do interrogatório, fazendo perguntas.¹⁷

Ora, o mesmo ocorreu com o direito de apelar em liberdade. O condenado em sentença de primeiro grau, para apelar precisava estar preso. Era a interpretação da combinação dos artigos 594 e 393, I, ambos do Código de Processo Penal.¹⁸

Mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, que garantiu o duplo grau de jurisdição, o contraditório, a ampla defesa, e que ninguém seria considerado culpado salvo após sentença condenatória definitiva, sua aplicação continuou válida por muitos anos.¹⁹

¹⁶ Vide a Exposição de motivos do Código de Processo Penal in: Editora Saraiva. **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Processo Penal e sua Conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 204-205.

¹⁸ Art. 594 do CPP: O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime que se livrar solto.

Art. 393, I, do CPP: São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

¹⁹ HC 72077/RS – RIO GRANDE DO SUL. Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO. Relator p/Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 3/3/95. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 16-6-1995 pp. 18.216 MEMENT. VOL-01791-04 PP-00691.

Somente em abril de 2008, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o verbete da Súmula 347, que diz: “o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. E, finalmente, o artigo 594 do CPP foi revogado pela Lei n.º 11.719/2008, e o artigo 393, I, do CPP foi revogado pela Lei n.º 12.403/2011.

Um pouco diferente – pois ainda a norma infraconstitucional não foi revogada – mas na mesma linha, ocorreu com o regramento dos recursos especial e extraordinário. Esses recursos, segundo a norma infraconstitucional – art. 27, § 2º, da Lei n.º 8.038/1990²⁰ – não têm efeito suspensivo. Implica dizer que se um indivíduo é condenado em primeira instância, apela para o órgão revisor e sua condenação é mantida, mesmo tendo recorrido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ – recurso especial) ou ao Supremo Tribunal Federal (STF – recurso extraordinário), logo ainda sem trânsito em julgado, como tais recursos não têm efeito suspensivo, a pena já deve ser executada.

Ora, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecia simples dizer que a pena não poderia ser executada salvo depois da sentença final condenatória. No entanto, como as regras de processo penal têm sido aplicadas de forma mecânica, sem levar em conta os princípios constitucionais, somente em 2009 o pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, acabou com a celeuma, reconhecendo que os recursos extraordinários e especiais devem ter efeito suspensivo, ou seja, que a pena só pode ser executada quando se tiver uma sentença condenatória em que não caiba mais recurso.²¹

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO. TENTATIVA. RECOLHIMENTO DO RÉU A PRISÃO, COMO CONDIÇÃO PARA INTERPOR RECURSO: CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 594 DO CPP. PENA: DOSIMETRIA. 1. A execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória não constitui violação a norma constitucional. [...] 5. “Habeas corpus” conhecido, mas indeferido.

²⁰ Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões.

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

²¹ EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de

Não é diferente o tratamento dado à prisão processual. O intérprete (nesse caso específico se trata do juiz) tem utilizado basicamente a legislação infraconstitucional para decretar ou manter a prisão de um indivíduo, sem levar em conta os contornos constitucionais, principalmente o princípio da proporcionalidade, acarretando centenas de prisões desnecessárias, mas “legais”.

Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, que trouxe modificações para o instituto da prisão processual e para as medidas cautelares substitutivas – sem dúvida, um avanço –, contendo em seu texto expressões como necessidade, medida adequada, espera-se que doravante seja feito o exame da proporcionalidade para decretar ou manter uma prisão processual. No entanto, pouco se vê a utilização do princípio da proporcionalidade como critério de constitucionalidade da prisão processual.

recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078/MG – Rel. Ministro Eros Grau – Tribunal Pleno – 5.2.2009)

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=execu%20E7%E3o+provis%20F3ria+da+pena+%28%28EROS+GRAU%29%20ENORL%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%20ENORV%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%20ENORA%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%20EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>.

Acesso em: 29 ago 2011.

Ora, o princípio da proporcionalidade não está, implicitamente, previsto na Constituição Federal de 1988? ²² Se os princípios são normas jurídicas, podendo ser aplicados direta ou indiretamente, e se o exame da proporcionalidade deve ser feito sempre que houver medida que restrinja direito fundamental, por que ele não tem sido amplamente aplicado quando do decreto ou da manutenção de prisão processual?

Foi necessário uma lei infraconstitucional prever o princípio para que ele fosse aplicado, o que se aproxima de uma visão clássica do positivismo jurídico, centrado na lei e conferindo validade aos direitos fundamentais de acordo com a norma infraconstitucional.

É exatamente no intuito de ponderar a necessidade de o interprete do processo penal utilizar outros métodos hermenêuticos – como ponderação e proporcionalidade –, principalmente no sentido do reconhecimento da força normativa dos princípios, que neste primeiro capítulo trataremos do pós-positivismo como corrente que sucede o juspositivismo, que segundo Barroso estabeleceu um novo paradigma que inclui, principalmente, a reintrodução dos valores na interpretação, o reconhecimento da força normativa dos princípios – trazendo à tona a discussão da diferença entre princípios e regras, mas reconhecendo as duas como espécies de norma - e o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional.²³

Tudo com a finalidade de ponderar que é preciso abandonar o pensamento legalista-mecanicista como única forma de aplicar o direito. Abandonar a lei infraconstitucional como única fonte do direito e a ideia que o interprete final deve tão somente aplicá-la, sem verificar os princípios constitucionais expressos e implícitos, pois, como bem disse Bonavides:

A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.²⁴

Não se está a afirmar, porém, que se devam abandonar os métodos da interpretação clássica, nem a negar a importância das regras e do direito positivado, mas é preciso avançar e

²² No que pese ser corrente que o princípio da proporcionalidade não está expresso na Constituição de 1988, ele foi expressamente previsto pela Lei n. 9.874/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, nos seguintes termos: Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249-250.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 424.

assumir de vez que a Constituição tem força normativa e que os direitos fundamentais fazem parte da constituição material. Parafraseando Daniel Sarmento, é preciso, “sem descartar a importância das regras e da subsunção, [que se] abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar seu uso para buscar resultados mais próximos do justo”²⁵.

No mesmo sentido, D'urso ressalta que “os novos métodos de hermenêutica não detêm exclusividade na interpretação”, na verdade juntam-se aos métodos tradicionais²⁶ para conferir uma maior eficácia aos princípios e garantias constitucionais.²⁷

Ainda sobre a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação, principalmente quando se trata de interpretação e aplicação de direitos fundamentais, Manoel Cavalcante afirma que a atuação do intérprete será “interpretativa criadora e não meramente lógico-dedutiva”.²⁸

Nesse contexto o papel do Judiciário é de extrema importância. O juiz como intérprete final – principalmente em se tratando de prisão processual – deixa de ser a boca da lei para se tornar “coparticipante do processo de criação do Direito”²⁹. Alberto Silva Franco, tratando do papel do juiz criminal no Estado de direito, fez a seguinte ponderação:

No Estado de direito, juiz criminal não é policial de trânsito; não é vigia de esquina; não é zelador de patrimônio alheio; não é guarda do sossego de cada um; não é sentinela do Estado leviatânico [...]. A missão do Juiz Criminal é bem outra: exercer a função criativa nas balizas da norma incriminadora, é infundir, em relação a determinadas normas punitivas, o

²⁵ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 67.

²⁶ Ana Paula Barcelos explica como o método clássico continua convivendo com o método de ponderação: “Os elementos de interpretação tradicionais operam, em última análise, sob a lógica da subsunção, que continua a ser a lógica ordinária de aplicação silogística do direito. O raciocínio subsuntivo aplicado ao direito pode ser descrito simplificadamente nos seguintes termos: em primeiro lugar, identifica-se uma premissa maior que incide sobre uma premissa menor (o conjunto de fatos relevantes na hipótese), e desse encontro de premissas maior e menor produz-se uma consequência: a aplicação de uma norma específica ao caso, extraída ou construída a partir da premissa maior.

(...)

Do ponto de vista metodológico, porém, a ponderação é exatamente a alternativa à subsunção, quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior. Isso ocorre quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contrárias”. Vide BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 114-115.

²⁷ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 95.

²⁸ LIMA NETO, Manoel Cavalcante. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 106.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 143 (p. 141-181).

sopro social; é zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão [...].³⁰

É nessa quadra de entendimento que se passa a fazer o estudo proposto.

1.2 O Pós-Positivismo

Até a Segunda Guerra mundial a cultura jurídica da Europa tinha a visão de que a lei era a principal fonte do Direito, que as Constituições eram cartas políticas, meros ideários e os direitos fundamentais dependiam da proteção das leis para a sua validade.³¹

Bonavides chama a atenção para o fato de que o juspositivismo³² “ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”³³.

Konrad Hesse, ao dissertar sobre a força normativa da Constituição, coloca em xeque o pensamento que a Constituição é um mero conjunto de intenções, sem aplicação imediata:

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura "impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder", tal como ensina Geórgia Jellinek e como, hodiernamente por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. Ele afirma que "existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição".³⁴

³⁰ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 54-55.

³¹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.) *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 34, (p. 31-68).

³² O positivismo jurídico nasce como uma reação ao jusnaturalismo - corrente filosófica que prega a existência de um direito natural -, importando as ideias do positivismo filosófico - o conhecimento só pode ser obtido por meio dos métodos das ciências sociais - para o Direito, numa tentativa de dar um tratamento das ciências exatas a todos os ramos da ciência, inclusive ao Direito. Vide sobre o assunto, BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.320-324.

Falando das características fundamentais do positivismo jurídico, Bobbio as resumiu em sete pontos, um deles toca diretamente a presente discussão, a saber, “o problema da interpretação”. Ele diz: O sexto ponto diz respeito ao método da ciência jurídica, isto é, o problema da interpretação (entendendo-se o termo “interpretação” em sentido muito lato, de modo a compreender toda a atividade científica do jurista: interpretação *strictu sensu*, integração, construção, criação do sistema): o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica). Vide BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Icone, 2006, p. 131-133.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 263.

³⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1991, p. 25.

Aury Lopes Jr. se refere ao desafio de reconhecer o caráter normativo da Constituição, dando às regras infraconstitucionais papel central no ordenamento jurídico, como “crise da teoria das fontes”. Ela afirma que “[...] uma lei ordinária vale mais do que a própria Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata e executividade”.³⁵

Como disse Barroso, “a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”³⁶, tornando necessária uma superação do positivismo jurídico, principalmente o positivismo formalista, para que o Direito não fosse confundido com a lei e que a ideia de justiça não se confundisse com a de ordenamento jurídico, não se constituindo o intérprete num mero repetidor de fórmulas preexistentes.

Admite-se como marco inicial do declínio do positivismo o Processo de Nuremberg³⁷, depois da Segunda Guerra mundial, com a queda do nazi-fascismo, quando o mundo, aterrorizado com as atrocidades cometidas durante aquele conflito bélico, percebeu que não havia leis (no sentido mais estrito do termo) que possibilitassem a punição daqueles crimes e que toda a barbárie cometida foi tolerada por um fundo legalista.

Na visão de Sarmento, após a Segunda Guerra a Europa teve de mudar o paradigma da centralidade do ordenamento na lei para uma jurisdição constitucional, pois percebeu que “as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão”. Passou-se a entender que a Constituição era norma jurídica, com poder de limitar “o exercício do Poder Legislativo, e pode justificar a invalidação das leis”.³⁸

Portanto, o pensamento de um Direito composto apenas por leis, tendo uma aplicação meramente subsuntiva do fato à norma, afastado dos valores sociais e que resumia a ideia do justo ao que era legal, com Constituições com nenhuma ou pouca carga de eficácia, há muito não mais pode prosperar. Nesse sentido, afirma Bonavides:

Como vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à “questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico”, conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero

³⁵ LOPES Jr., Aury. **Processo penal e sua conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 9.

³⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 324.

³⁷ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 89.

³⁸ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 35 (p. 31-68).

sistema de leis, com total exclusão dos valores, ou seja, com ignorância completa à dimensão axiológica dos princípios.³⁹

Segundo Bobbio, a teoria da interpretação mecanicista “foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva ao positivismo jurídico”.⁴⁰

Como afirmado por Bomfim, “vivemos em uma época de profundas transformações”, numa “nova era”. Os conflitos se renovam e inovam, o mundo está extremamente veloz e não se pode esperar que o legislador tenha uma resposta pronta para todos os desafios.⁴¹

Catão enfatiza que “a segurança jurídica que se buscava alcançar, com a visão do juiz como mero repetidor das normas gerais previamente postas, não mais se adapta às exigências de mutabilidade e complexidade sociais”.⁴²

Ademais, com a busca de uma ordem jurídica mais preocupada em trazer soluções justas para os conflitos sociais, começou a surgir “um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica na teoria dos direitos fundamentais”⁴³, o que ficou conhecido como pós-positivismo. Este conta com dois grandes expoentes: Ronald Dworkin⁴⁴ e Robert Alexy⁴⁵.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 289.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 133.

⁴¹ BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. Os Princípios Constitucionais e o Condicionamento da Interpretação da Constituição. **Revista do Mestrado em Direito**, UFAL, AL, ano 2, n. 2, 1º Semestre 2006, p. 384.

⁴² CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: EDUFAL, 2007, p. 19.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

⁴⁴ Dworkin, em seu livro “Levando os direitos a sério”, estrutura sua teoria atacando os pilares do positivismo, tendo como foco comparativo a doutrina de Hart, que considera mais complexa do que a de outros positivistas, como, por exemplo, Austin. Em suas palavras, ele lança “um ataque geral contra o positivismo”. Um dos pontos centrais de sua argumentação é atacar a noção do positivismo de que existe um único teste fundamental para identificação das regras jurídicas, o que implicaria, segundo ele, “ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. Ele entende por princípios “todo esse conjunto de padrões que não são regras”, e especifica que denomina princípio “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Com sua teoria ele traz a lume a força normativa dos princípios, a existência de uma não pré-fixação dos princípios (um rol fixo de padrões), a dimensão de peso e importância dos princípios, a aproximação do direito de certos valores, atacando, como dito, os pilares do positivismo jurídico. Vide, DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27-72.

⁴⁵ Para Alexy, o Direito é um sistema de normas composto de regras e princípios. Ele, segundo Atienza, aceita um conceito de princípio muito próximo ao de Dworkin (vide ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 181). Para ele, as regras e os princípios são normas “porque ambos dizem o que deve ser”, e a distinção entre essas duas categorias de normas é um dos pontos principais na sua teoria. Ele afirma que o “ponto decisivo entre regras e princípio é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e

Para Barroso, no pós-positivismo se incluem alguns “ideais de justiça, além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras”.⁴⁶

Sob o ângulo de uma nova hermenêutica⁴⁷, Bonavides afirma que o pós-positivismo “elaborou uma metodologia que fez da hermenêutica o capítulo mais importante do novo Direito Constitucional”.⁴⁸

Como parte da discussão travada pelas correntes do pós-positivismo, além da necessidade da aproximação do direito da moral, foram encarados os princípios como espécie normativa, distinta das regras. Pela relevância do tema, como disse Barroso, “o reconhecimento da normatividade aos princípios e sua distinção em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo”⁴⁹, passa-se a analisar a possibilidade de se fazer uma distinção entre princípios e regras. Para tanto, far-se-á inicialmente uma análise do pensamento de alguns autores que tratam da matéria, partindo da premissa de que regras e princípios são espécies do gênero norma⁵⁰, sendo viável, e até imprescindível, a sua distinção.

fáticas existentes”. Já as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” in: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-114.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 242.

⁴⁷ Sobre os resultados da nova hermenêutica, Bonavides relata o seguinte: Sob a égide, em grande parte, da Nova Hermenêutica, o constitucionalismo de renovação da segunda metade do século XX já oferece os seguintes resultados: a criação científica de um novo Direito Constitucional, ou, pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma teoria material da Constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista (...); a inauguração no Direito Público de um novo polo de investigações interpretativas (...); a elaboração de duas teorias hermenêuticas: uma interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita (...); a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, ampliando avassaladoramente a esfera de incidência desse ramo da ciência do direito, sobretudo no sentido da proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais do direito, convertidos doravante em princípios constitucionais (...); a pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos direitos, fundamentais (...); a expansão normativa do Direito Constitucional a todos os ramos do Direito, acompanhada de uma afirmação definitiva de superioridade hierárquica e, finalmente, a tese vitoriosa de que a Constituição é direito, e não ideia ou mero capítulo da Ciência Política. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 598-599.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 607.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 144 (p. 141-181).

⁵⁰ Utilizamos o conceito de norma conforme o pensamento de Horta: “A palavra norma designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Sob o ângulo da norma jurídica, conforme assinalou Kelsen, a norma confere poderes, permissões e opera interrogações” in: HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 283.

1.3 Distinguindo Regras e Princípios

1.3.1 *Distinção entre Princípios e Regras segundo ROBERT ALEXY*

Antes de se adentrar na idéia de distinção entre regras e princípios formulada por Alexy, é importante salientar que o ilustre autor partiu da premissa de que tal distinção “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais”, além de ser a “chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Por fim, afirma que é “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”.⁵¹

Portanto, a distinção entre regras e princípios é imprescindível para o desenvolvimento de sua teoria, donde se entende a ênfase e a importância dadas pelo autor ao tema.

A dogmática mais conservadora distinguia princípios de normas. Os princípios sempre foram tratados como informadores do sistema, integradores de lacunas, com pouca ou nenhuma normatividade. Porém, Alexy trata princípios e regras como espécies do gênero norma, existindo, assim, norma princípio e norma regra. De fato, para ele, “toda norma é ou uma regra ou um princípio”.⁵² Ele fundamenta seu ponto de vista no fato de que regras e princípios “dizem o dever ser”, “ambos podem ser formulados por meios de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”.⁵³

Para Alexy, há três teses sobre a distinção entre regras e princípios. A primeira tese afirma que qualquer tentativa de enquadrar uma norma como regra ou como princípio está fadada ao insucesso. A segunda diferencia regra de princípio apenas por uma questão de grau. A terceira faria a distinção de forma qualitativa. Esta, segundo ele, seria a correta.

Alexy afirma que “há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios”.⁵⁴ Para ele os princípios são “mandamentos de otimização”, enquanto as regras “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Em suas palavras:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.⁵⁵

Vê-se que é na colisão entre princípios e na colisão entre regras que se pode observar com clareza a distinção entre essas duas espécies de normas.

Em caso de colisão entre princípios, os princípios colidentes continuam válidos e o problema será resolvido de acordo com o peso de cada princípio no caso concreto. De sorte que “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma realidade de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”.⁵⁶

Já em caso de colisão entre regras, uma será afastada e a outra será aplicada. A decisão dirá respeito à validade de uma delas. Chegar-se-á à solução, em caso de conflito de regras, ou pela existência de uma cláusula de exceção, ou pela declaração de invalidade de uma das regras em questão.

1.3.2 Distinção entre Regras e Princípios segundo RONALD DWORKIN

Dworkin, em sua obra mais popular, “Levando os direitos a sério”, estrutura sua teoria atacando os pilares do positivismo, tendo como foco comparativo a doutrina de Hart, que considera mais complexa do que a de outros positivistas, como, por exemplo, Austin.⁵⁷

Um dos pontos centrais de sua teoria é combater a noção do positivismo de que existe um único teste fundamental para a identificação das regras jurídicas, o que implicaria “ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. Dworkin utiliza o termo princípio de maneira ampla, considerando princípios “todo esse conjunto de padrões que não são regras”. Ele especifica que denomina princípio “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade".⁵⁸

É de bom alvitre lembrar que o ponto central da teoria de Dworkin não é distinguir princípios de regras. Ele afirma em um dos trechos de sua obra que, apesar de entender que a distinção por ele promovida entre princípios e regras ser "genuína e importante", se essa distinção não for bem-sucedida isso não implicará que seu "argumento geral contra o positivismo jurídico se veja solapado".⁵⁹

Dworkin ressalta que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. As regras, diz ele, "são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada". "Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão"⁶⁰. Pode, por óbvio, haver exceções, mas todas elas devem ser enunciadas, sob pena de imprecisão e incompletude.

Os princípios, por sua vez, não são aplicados da mesma forma que as regras. É possível que em uma dada situação certo princípio seja afastado e outro seja aplicado, contudo tal fato não implica que o princípio não aplicado seja inválido, isto é, não faça parte do ordenamento jurídico. Disso, segundo Dworkin, resulta outra diferença: "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância".⁶¹

Ora, em que pese a relevância da distinção entre princípios e regras feita por Dworkin, principalmente para o que se chama de pós-positivismo,⁶² alguns autores discordam dessa forma de distinção, entre eles MacCormick, já que Dworkin não explica o papel das regras no argumento por analogia, e daí não se poder dizer que elas se aplicam na forma do tudo-ou-nada; por outro lado, na interpretação, as normas, às vezes, entram em conflito com os princípios, sem que por isso se tornem inválidas. Para MacCormick, os princípios são normas gerais que fundamentam racionalmente as regras.⁶³

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 113.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-42.

⁶² Com o pós-guerra (Segunda Guerra mundial) e com a busca da reaproximação do Direito da Ética, de uma ordem jurídica mais preocupada em trazer soluções justas para os conflitos sociais, começou a surgir – o que se denominou de pós-positivismo – “um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”. Vide: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional dos Princípios*. In: SILVA, Afonso Virgílio da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 278.

⁶³ MACCORMICK apud ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy editora, 2006, p. 136.

1.3.3 Distinção entre Regras e Princípios segundo GOMES CANOTILHO

O ponto de partida do ilustre professor Canotilho é buscar a compreensão dogmática do direito constitucional. Ele afirma que um ponto relevante é entender que "o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios". Explicita que "é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regra".⁶⁴

Tendo em mente que o sistema jurídico é composto por normas, que podem ser regras ou princípios, é adequado fazer uma distinção entre as duas espécies de normas. Canotilho passa a indicar alguns critérios normalmente sugeridos para se fazer a distinção. Em suas palavras:

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido á sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou a sua importância estruturante dentro de sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéias de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.⁶⁵

Após apresentar esses cinco critérios de distinção entre regras e princípios, Canotilho afirma que a distinção é complexa, sobretudo por não ficar claro qual é o papel dos princípios (eles têm uma função retórico-argumentativa ou são normas de conduta?) e se a diferença entre regras e princípios é de grau ou é qualitativa.

⁶⁴ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.085.

⁶⁵ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.086-1.087.

Ele afirma que os princípios jurídicos são normas "qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras e jurídicas", praticamente reproduzindo o pensamento de Alexy e Dworkin, de que "princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização", a depender dos limites fáticos e jurídicos.⁶⁶

Já "as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida". Ele esclarece que a convivência dos princípios é conflitual, e a das regras é antinômica, ou seja, "os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se".⁶⁷

1.3.4 Um Contraponto em Relação às Teorias que Distinguem Regras e Princípios

Até aqui se tem que as regras e princípios são espécies distintas do gênero normas jurídicas. E, principalmente na doutrina de Alexy, Dworkin e Canotilho, essa distinção foi efetivada de maneira bem acentuada. Eles estabelecem que o traço distintivo, de maneira geral, seria que os princípios são mandamentos de otimização, tendo peso e dimensão, e, em caso de conflito entre princípios, deve haver ponderação.

As regras, por sua vez, se destacam como normas jurídicas que devem ser integralmente satisfeitas, ou não satisfeitas. Em caso de conflitos entre regras, a questão se resolve pela aplicação de uma delas (validade) e com o afastamento da outra (invalidade). Contudo, faz-se necessário trazer a lume que nem todos estão de acordo com tal critério de distinção. Alguns entendem que tanto as regras admitem ponderação quanto alguns princípios têm conteúdo de regras.⁶⁸

Há, até mesmo, os que acham desnecessário um esforço intelectual para distingui-los, seja por não serem ontologicamente diferentes⁶⁹, seja por não constatarem aplicação prática em tal distinção.⁷⁰

⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.087.

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.087.

⁶⁸ Veja-se, por exemplo, a afirmação de Joaquin Rodriguez: "Las reglas no son realmente normas completas que pueden ser aplicables mecánicamente, sino que mas bien tienen que ser ponderadas con otros criterios del mismo modo que los principios". Citação encontrada no excelente texto de João Paulo Alexandre dos Santos "Ponderação e Regras de Direito Fundamental", publicado na **Revista do Mestrado em Direito**, UFAL, AL-Maceió, ano 2, nº 2, p. 255, set. 2006.

⁶⁹ Steinmetz cita Letizia Gianformaggio: "a diferença entre regra e princípio surge exclusivamente no momento da interpretação-aplicação". Vide STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia

Ademais, sempre surge a pergunta: todas as normas jurídicas são regras ou princípios? É possível tomar uma norma (ou qualquer norma jurídica) e classificá-la como regra ou norma jurídica? Haveria outra espécie de norma jurídica? É o que alguns autores chamam de caráter exaustivo da classificação. Aulis Aarnio, citado por Steinmetz, ao criticar a distinção entre regras e princípios chama a atenção para a questão da exaustividade, perquirindo se “toda e qualquer norma vigente em um determinado ordenamento jurídico pode ser caracterizada como regra ou princípio”.⁷¹

Apresentada a discussão sobre a possibilidade/necessidade de distinguir, ou não, as regras ou princípios, é preciso estabelecer como premissa teórica que se abordará princípio como uma norma jurídica de grande valor para o sistema, a possibilitar, na maioria dos casos, ponderação, podendo e devendo desenvolver e atualizar os conteúdos normativos das regras jurídicas.

1.4 A Força Normativa dos Princípios e sua Importância Hermenêutica

Ao estudar os princípios constitucionais, sua força normativa e seu papel na interpretação dos textos legais, percebe-se que os princípios nem sempre tiveram o papel que hoje desempenham no ordenamento jurídico e nos métodos hermenêuticos.

Durante muito tempo essa figura (princípio) foi relegada a uma posição sensivelmente inferior, seja no plano normativo, seja no plano hermenêutico.

Paulo Bonavides colaciona uma série de conceitos de princípios, dados por vários autores, tais como: “as premissas de todo um sistema”, “critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo”, “pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”. E também: “orientações e aquelas diretivas de caráter geral e

Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. p. 33. In: SILVA. Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 12.

⁷⁰ “Não está claro, ainda, se, no plano interpretativo-aplicativo a questão terminológica produz interferências conceituais e metodológicas relevantes do ponto de vista de resultados práticos e sua justificabilidade e controlabilidade racionais. Dizendo de outro modo, não está claro se o dissenso terminológico tem implicações hermenêutico-constitucionais relevantes”. Vide STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais., p. 11-12. In: SILVA. Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 12, nota de rodapé 1.

⁷¹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais, p. 33. In: SILVA. Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 12.

fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas [...]”.⁷²

Depois de citar os conceitos de princípios que vigorou durante toda a primeira metade do século XX – alguns conceitos foram transcritos acima –, ele observou que o traço comum e marcante entre eles é negar a força normativa dos princípios.⁷³

O Professor Marcos Bernardes de Mello leciona que existem várias objeções à afirmação de que os princípios são normas jurídicas. O argumento central é que os princípios não possuem as características de norma jurídicas, por exemplo, não têm um preceito, sanção, nem efeito vinculante. Porém, afirma Mello que “tais objeções não têm subsistência”.⁷⁴

Aqui vale uma regressão para rememorar conceitos que fundamentam a ideia da normatividade dos princípios. Utilizam-se os argumentos do Professor Marcos Bernardes de Mello⁷⁵, a seguir.

Primeiro, os princípios não são valores em si; eles são os “repositórios desses valores”. Inspirados nos valores, o Estado edita normas de comportamento. Os princípios, mesmo quando implícitos, têm seu reconhecimento normativo através das Constituições e das leis.

Segundo, os princípios, apesar de seu grau acentuado de generalidade e indeterminação, têm uma estrutura lógico-formal normativa completa, pois contêm a descrição de um suporte fático e de um preceito.

Terceiro, quanto à incidência – “dado caracterizador da norma jurídica”⁷⁶ –, os princípios “são dotados do poder de incidir sobre seu suporte fático”, vinculando as condutas a que se referem.

Após sua explanação sobre a força normativa dos princípios, reconhecendo os princípios como norma jurídica, Mello conclui que eles “preenchem os pressupostos lógico-formais e materiais exigidos para que uma proposição tenha caráter normativo”.⁷⁷

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 598.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 599.

⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Notas Sobre o Caráter Normativo dos Princípios e das Normas Programáticas**. p. 14 – texto enviado por correio eletrônico para estudo em sala, na disciplina Teoria Geral, do Curso de Mestrado de Direito da UFAL.

⁷⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Notas Sobre o Caráter Normativo dos Princípios e das Normas Programáticas**. p. 14/18 – texto enviado por correio eletrônico para estudo em sala, na disciplina Teoria Geral, do Curso de Mestrado de Direito da UFAL.

⁷⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Notas Sobre o Caráter Normativo dos Princípios e das Normas Programáticas**. p. 9 – texto enviado por correio eletrônico para estudo em sala, na disciplina Teoria Geral, do Curso de Mestrado de Direito da UFAL.

Os princípios, hodiernamente, não podem ser vistos como meros integradores de lacunas; precisam ser encarados como normas que prescrevem “fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional”⁷⁸ e que “não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamento”.⁷⁹

Nessa mesma linha de pensamento, reconhecendo a normatividade dos princípios, com clareza didática singular, Bobbio ensina:

Os princípios gerais são (...), a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.⁸⁰

Não é mais possível defender que o Direito – e especificamente, no presente estudo, o direito processual penal – é “um sistema de regras conhecidas e aplicadas por um juiz”⁸¹, que sua aplicação deve ser feita, puramente, pelo método mecanicista, sem levar em conta a força normativa dos princípios, principalmente os princípios constitucionais e sua ponderação, sempre em vista do caso concreto.

É necessário – discordando, inclusive, daqueles que parecem crer que a aplicação dos princípios deve ser feita apenas nos casos difíceis, bastando, para certos casos, a mera subsunção da norma ao fato⁸² – sempre interpretar os textos legais utilizando os princípios e seus valores. Uma síntese dessas ideias foi apresentada por Perelman:

Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça.⁸³

⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Notas Sobre o Caráter Normativo dos Princípios e das Normas Programáticas**. p. 18 – texto enviado por correio eletrônico para estudo em sala, na matéria Teoria Geral, do Curso de Mestrado de Direito da UFAL.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 158.

⁸¹ LEVI, Edward H. **Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1.

⁸² Por exemplo: MacCormick citado por Atienza: “Os princípios são necessários para justificar uma decisão num caso difícil”, em ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy editora, 2006, p. 131.

⁸³ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 95.

Quando se trata de princípios constitucionais, expressos ou implícitos, é preciso dizer o óbvio, como salientou Streck: “a Constituição constitui; a Constituição vincula; a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal”. Ele conclui:

Uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios, senão que, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico.⁸⁴

No entanto, nem sempre o óbvio é tão óbvio. Aliás, o óbvio somente o é para os olhos daqueles que o vislumbram. Ainda se veem, com bastante frequência, aplicadores do Direito interpretando os textos legais sem levar em conta a existência dos princípios constitucionais, utilizando o método de silogismo, sem atender aos valores jurídicos emanados dos princípios, amarrados ao velho brocardo “se é lei, seja a lei”, sem a compreensão do que bem salientou Bonavides, citado por Tavares: que os princípios são normas supremas no ordenamento, devendo servir como “critério de excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos”.⁸⁵

Portanto, é de se reconhecer que os princípios, por vezes, podem ter aplicação direta, ou seja, podem servir de fundamento direto de uma decisão. Em outros casos os princípios terão incidência indireta, “condicionando a interpretação de uma determinada regra ou paralisando sua eficácia”.⁸⁶

Sob outra perspectiva, a importância dos princípios para o ordenamento jurídico é tamanha, principalmente quando se trata de princípios constitucionais, que Bonavides afirmou peremptoriamente “que quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica”.⁸⁷

⁸⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 310.

⁸⁵ TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

⁸⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 152.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 435.

Apesar de no sistema brasileiro grande parte dos princípios já estar positivada, não se deve perder de vista a ideia de que a aplicação dos princípios de forma direta ou como critério de avaliação dos conteúdos normativos independe de se eles estão ou não prefixados pelo legislador.

Vê-se que não se trata apenas de reconhecer a existência dos princípios, nem de encará-los meramente como informadores ou complementadores do sistema. Tampouco se está afirmando que o positivismo jurídico, em nenhuma de suas vertentes, reconheceu sua existência e importância. Porém, o grande salto que se deu a partir da segunda parte do século passado e que se vem reconhecendo nas duas últimas décadas no Brasil, é a força normativa dos princípios expressos ou não e, por conseguinte, uma nova hermenêutica constitucional.

Como disse Barroso, “não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em modelos de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais”.⁸⁸

Nesse cenário, assume um papel privilegiado o princípio da proporcionalidade. Segundo Barroso, ele “é por vezes utilizado como um parâmetro de justiça – e nesses casos, assume uma dimensão material – porém, mais comumente, desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas”.⁸⁹

Ademais, em se tratando de princípios constitucionais, que têm como característica certo grau de indeterminação semântica e que muitas vezes entram em colisão direta, foi necessária a criação de uma nova metodologia aplicativa/interpretativa, tal como o recurso da ponderação e do exame da proporcionalidade.⁹⁰ Ao tratar da interpretação dos direitos fundamentais, Bonavides afirma que:

O princípio da proporcionalidade entrou a desempenhar no direito público contemporâneo importante papel de feição judicial. Transformou-se, sem violência ao seu caráter à primeira vista meramente instrumental, em algo comparável a uma instância revisora, a uma corregedoria ou garantia constitucional do controle dos limites que ao Poder Legislativo, em grau

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

⁸⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Novos Paradigmas e categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 159.

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 36 (p. 31-68).

mínimo de indispensabilidade, é facultado, pela reserva de lei, traçar aos direitos fundamentais.⁹¹

Pela sua importância na interpretação dos direitos fundamentais e na limitação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário quando interferem nas esferas de liberdade do cidadão, far-se-á doravante um estudo sobre o princípio da proporcionalidade e sua possível aplicação ao processo penal.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 629.

2 PROPORCIONALIDADE

2.1 Considerações Iniciais – Surgimento e Aplicação Ampla

O princípio constitucional da proporcionalidade, segundo, Dirley da Cunha Júnior, “limita a atuação e discricionariedade dos poderes públicos, vedando que seus órgãos ajam com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais”.⁹²

Sem a pretensão de apresentar um detalhado histórico do princípio da proporcionalidade, ressalta-se que a idéia de proporção (justa medida) tem permeado todo o Direito e, na verdade, a própria história do homem. Fabiana Prado, apesar de afirmar que não há um consenso por parte da doutrina, aponta como precedente histórico a lei de talião.⁹³ D'Urso indica Beccaria como precursor da ideia, quando tratou da proporcionalidade entre o crime e a pena.⁹⁴

Ávila, no entanto, chama a atenção para o problema de confundir a ideia de proporção que perpassa todo o Direito com o princípio da proporcionalidade. Na linha de seu pensamento entende-se que proporcionalidade diz respeito, mas não se confunde com a ideia de justa medida ou proporção,⁹⁵ como se encontra em Ferrajoli (princípio de proporcionalidade da pena),⁹⁶ ou em Ripolés (princípio da proporcionalidade),⁹⁷ como pareceu querer dizer D'Urso quando citou Beccaria – “deve haver proporção entre crimes e castigos” – e Aristóteles – “(...) o proporcional é o meio-termo, e o justo é o proporcional”.⁹⁸ Seguindo o raciocínio de Ávila, “ela se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”.⁹⁹

Com esse pensamento o princípio da proporcionalidade se desenvolve, inicialmente no século XIX, no direito público alemão, firmando-se como critério de controle dos atos da

⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 226.

⁹³ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova**. São Paulo: IBCCRM, 2006, p. 177.

⁹⁴ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 49-50.

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 366.

⁹⁷ RIPÓLLES, José Luis Díez. **A Racionalidade das Leis Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 171.

⁹⁸ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 49-50.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161.

Administração Pública, e depois, já no segundo pós-guerra, como parâmetro para controle de constitucionalidade das medidas estatais restritivas de direitos fundamentais, principalmente dos atos do Poder Legislativo. Ou seja, o princípio da proporcionalidade vem do direito administrativo – como limitador do poder de polícia – e posteriormente tem sua aplicação ampliada, ganhando envergadura constitucional.¹⁰⁰

Tendo *status* de princípio constitucional, sua aplicação se estendeu a todos os ramos do Direito; admite-se sua aplicação até mesmo nas relações entre particulares, quando estão em jogo garantias fundamentais.¹⁰¹

Entretanto, sua maior aplicação se dá nas relações indivíduos/Estado. No dizer de Mariângela Gomes, a proporcionalidade atua principalmente “no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições”¹⁰² que o Estado pode impor ao estado de liberdade do indivíduo.

É que o princípio da proporcionalidade tem como finalidade precípua verificar se as restrições aos direitos fundamentais além de estarem dentro da legalidade, não são excessivamente lesivos ao indivíduo. Na lição de Gilmar Mendes, cuida-se “constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se preceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo”¹⁰³

Não se pode olvidar a ampla aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal e no Direito Processual Penal, já que são normas que limitam, por natureza, o arbítrio do estado em face da liberdade individual. Pois a proporcionalidade tem como finalidade, no dizer de Delmanto, “com base em valores constitucionais, limitar as restrições que o Estado, no seu exercício do *ius puniendi* e do *ius perseguendi*, pode vir a impor ao cidadão”.¹⁰⁴

¹⁰⁰ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais., p. 267. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

¹⁰¹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais., p. 267. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

¹⁰² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46.

¹⁰⁴ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

Ora, “essa evolução histórica acabou determinando a atual ênfase no princípio da proporcionalidade como “método” de exame da constitucionalidade das restrições estatais a direitos fundamentais”.¹⁰⁵

O princípio da proporcionalidade¹⁰⁶ pode ser visto, segundo Alexy, como decorrente das garantias fundamentais, uma vez que, como as normas de direitos fundamentais têm características de princípios e os princípios, para ele, são mandamentos de otimização, ou seja, devem ser realizados na maior medida possível. Dessa possibilidade de colisão e da necessidade de otimização surge a proporcionalidade como método de resolução dos problemas de colisão entre princípios.¹⁰⁷

A proporcionalidade tem conteúdo específico, tendo pouco ou quase nenhum grau de abstração.¹⁰⁸ O exame de proporcionalidade é feito por meio dos subprincípios (para Alexy, máximas parciais), da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Para Alexy, as possibilidades fáticas são examinadas por meio da necessidade e adequação; já as possibilidades jurídicas são analisadas mediante a proporcionalidade em sentido estrito.¹⁰⁹

O princípio da proporcionalidade tem como destinatários o Legislativo, que não deve aprovar leis que interfiram na liberdade do indivíduo de maneira desproporcional; o Executivo, que ao cumprir as leis, exercendo sua discricionariedade, não opte por medidas que afetem de maneira mais gravosa as garantias e direitos fundamentais; e o intérprete (Judiciário), que, para além de exercer o controle construtivo sobre os atos dos outros poderes, também é vinculado pelo princípio, não podendo tomar decisões que firam os direitos fundamentais, principalmente a liberdade, sem a prévia análise da proporcionalidade.

Tratando da aplicação do princípio da proporcionalidade como limitador da Administração Pública, do Legislativo e, explicitamente, do próprio Poder Judiciário, Castro afirma o seguinte:

¹⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais., p. 267. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

¹⁰⁶ De lembrar que para Alexy a proporcionalidade, por possuir a característica de aplicação tudo ou nada, não seria um princípio, mas uma regra, que por sua essencialidade na teoria dos direitos fundamentais ele denominou de máxima da proporcionalidade. Vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-118.

¹⁰⁸ Nesse sentido, Guerra Filho argumenta que “as diversas manifestações do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) apresentam um grau bem maior de concreção, especialmente aquela referente à “adequação” (Geeignetheit), sendo isso o que leva a que se possam subsumir a elas fatos, diretamente, como não ocorre em qualquer outro princípio”. Vide GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 268.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo, mais equitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação ou posituação das normas jurídicas, da administração pública dos interesses sociais, da aplicação judicial dos comandos normativos e, ainda, no campo das relações privadas, a fim de que o reconhecimento ou sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos.¹¹⁰

O que mais toca ao presente trabalho é reconhecer que o princípio da proporcionalidade, com todas as suas nuances, tem ampla aplicação no processo penal, podendo “operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim justiça no caso concreto”.¹¹¹

Portanto, faz-se imperioso o estudo do princípio da proporcionalidade para o presente trabalho, o que será feito a seguir.

2.2 Previsão Constitucional do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não teve sua aplicação inicial ao direito constitucional, nascendo como limite ao poder de polícia e depois tendo sua aplicação no direito administrativo.¹¹² Para Guerra Filho, a migração do princípio da proporcionalidade do direito administrativo para o direito constitucional, e daí para os mais diversos ramos do Direito, se deu por causa da Corte Constitucional alemã, que terminou por influenciar outros países, inclusive o Brasil.¹¹³

¹¹⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 199.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

¹¹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 256-257.

¹¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 260-261. Indicando outra trajetória para o princípio da proporcionalidade, há a posição de Jorge Miranda: "a proporcionalidade (...) nasceu no Direito Penal e no Direito Administrativo e só recentemente atingiu clara expressão nos quadros peculiares do Direito Constitucional". Vide DITTRICH, Cícero. O Conteúdo e o Sentido do Princípio da Proporcionalidade e sua Identificação na Ordem Constitucional Brasileira Vigente. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (coordenadores). **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 162.

De logo, salienta-se que o princípio da proporcionalidade não está expresso na Constituição brasileira,¹¹⁴ sendo sua previsão aferida por meio de um exercício de interpretação. Contudo, o princípio da proporcionalidade é amplamente reconhecido como princípio constitucional implícito.¹¹⁵ Tendo em mente que a proporcionalidade não é um princípio expressamente previsto na Constituição Federal, qual seria seu fundamento? Com base em que princípio se pode afirmar que é um princípio constitucional?

Para Guerra Filho, não há dúvidas sobre a envergadura constitucional do princípio da proporcionalidade, sendo discutível o seu fundamento; afirma, entretanto, que é uma discussão meramente doutrinária.

A questão que assim se coloca, de como melhor fundamentar a inscrição de um princípio de proporcionalidade no plano constitucional – se deduzindo-o da opção por um Estado de Direito ou, então, dos sacrossantos direitos fundamentais –, assume relevância mais doutrinária (...).¹¹⁶

Ademais, informa Araújo que Guerra Filho entende que não é necessário, nem correto, buscar em outro princípio o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade, pois ele tem vida própria, servindo, inclusive, como critério de regulação para o intérprete quando se este defronta com o choque de outros princípios, tendo, portanto, vida em si mesmo.¹¹⁷

A seguir será feito um apanhado do que tem sido citado como fundamento do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional:

O fundamento seria o princípio do Estado democrático de direito, expressão talhada no texto da Constituição brasileira de 1988, no artigo 1º, *caput*, tendo em vista que ele se caracteriza pela autolimitação imposta pelas leis e pela existência de um rol de garantias e

¹¹⁴ Informa Araújo que Marcelo Lima Guerra entende que o princípio da proporcionalidade “está expressamente positivado na Constituição brasileira na exigência da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF)”. Vide ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade** – significado e aplicação prática. Campinas: editora Copola, 2002, p. 46-47.

¹¹⁵ Suzana de Toledo Barros: “O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais”. Vide em ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade** – significado e aplicação prática. Campinas: editora Copola, 2002, p. 46.

¹¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 261.

¹¹⁷ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade** – significado e aplicação prática. Campinas: editora Copola, 2002, p. 48.

direitos fundamentais, e que não haveria de se falar em exame de proporcionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo em um estado absolutista.¹¹⁸

O princípio da proporcionalidade seria derivado dos direitos e garantias fundamentais – pois, se por um lado, as normas de direitos fundamentais têm características de princípios e os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, devem ser realizados na maior medida possível, por outro, é necessário regular a interferência estatal às garantias fundamentais.¹¹⁹

O devido processo legal teve duas fases: a denominada *procedure due process*, ligada intrinsecamente ao processo, e a fase denominada *substantive due process*, que foi o fundamento para o exercício de uma jurisdição constitucional.¹²⁰ O princípio da proporcionalidade teria seu fundamento no devido processo legal substancial¹²¹, que tem sido utilizado como meio de defesa das liberdades ante as ingerências do poder público.¹²²

Manoel Cavalcante informa que para a Corte Alemã o fundamento do referido princípio se encontra no Estado de Direito. Já no Brasil o fundamento se encontra na “cláusula do devido processo legal”.¹²³

No artigo 3º da Constituição Federal de 1988, consta como um dos objetivos fundamentais da República a criação de uma sociedade justa. Ora, em que pese ser a justiça um ideário e um termo de difícil conceituação, para Reale Júnior ela é o fundamento do princípio da proporcionalidade.¹²⁴ A ideia de justiça está intimamente ligada à ideia de proporcionalidade.

¹¹⁸ Vide, nesse sentido, ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade** – significado e aplicação prática. Campinas: editora Copola, 2002, p. 46; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63-64.

¹¹⁹ Vide nesse sentido ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-118. In: ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade** – significado e aplicação prática. Campinas: editora Copola, 2002, p. 46;

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 225.

¹²¹ Essa posição adotada pelo Supremo tribunal Federal, que entende ser a proporcionalidade decorrente do devido processo legal material ou substancial. Vide nesse sentido as seguintes decisões do STF: **AI 783582 DF** (Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA – Julgamento: 04/05/2011). **AI 831711 PE** (Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA – Julgamento: 20/12/2010).

¹²² Vide nesse sentido: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69; BARROSO, p. 224-227 e D'URSO, p. 62.

¹²³ LIMA NETO, Manoel Cavalcante. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes; Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 74.

¹²⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65.

Por fim, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o fundamento do princípio da proporcionalidade é o resultado da conjugação de uma série de dispositivos constitucionais: o artigo 37 conjuntamente com os artigos 5º, II e 84, IV, da CF/88.¹²⁵

2.3 Proporcionalidade: Princípio ou Regra?

A doutrina brasileira, na maioria, utiliza a expressão “princípio da proporcionalidade”.¹²⁶ No entanto, alguns doutrinadores lançam mão de outras nomenclaturas, tais como “postulado da proporcionalidade”,¹²⁷ “regra da proporcionalidade”, “máxima da proporcionalidade”.¹²⁸ A pretensão agora, com base nos diversos posicionamentos apresentados no texto, é responder se a proporcionalidade seria uma regra, um princípio ou se deveria receber outra espécie de denominação.

Destaque-se, desde logo e como já visto, que para alguns autores a questão de qual denominação seria a mais correta, ou seja, se a proporcionalidade seria um princípio, uma regra ou outra espécie de norma, não influencia no resultado prático. Nesse sentido, Wilson Steinmetz, *in verbis*:

Há uma tendência no discurso jurídico de qualificar como “princípios” normas que são havidas, por razões diversas (ora razões jurídicas, ora razões axiológicas, ora razões empíricas), como muito importantes no ou para o sistema jurídico.

(...)

Não está claro, ainda, se, no plano interpretativo-aplicativo, a questão terminológica produz interferências conceituais e metodológicas relevantes do ponto de vista dos resultados práticos e sua justificabilidade e controlabilidade racionais. Dizendo de outro modo, não está claro se o dissenso terminológico tem implicações hermenêutico-constitucionais relevantes.¹²⁹

Ao tratar da distinção entre categorias normativas, Ávila demonstra que o empenho em classificar possui duas finalidades, a saber: 1) ao encontrar as características da espécie

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.102.

¹²⁶ Vide, por exemplo, Fabio Delmanto, in: DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51.

¹²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p.134-139.

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

¹²⁹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. p. 267. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 12.

normativa, facilita o processo de interpretação; e 2) a aplicação do direito diminui a necessidade de fundamentação, guiando o intérprete para a argumentação necessária à espécie de norma da qual está tratando.¹³⁰

Considerando que o problema terminológico da proporcionalidade vai além de mero exercício intelectual, tendo, de fato, implicações teóricas e práticas, é que se pretende estabelecer qual seria a melhor classificação.

Seria a proporcionalidade um princípio? Ora, se o traço diferenciador de um princípio estiver na sua forma de aplicação, ou seja, se os princípios forem, nas palavras de Canotilho, "normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização",¹³¹ dependem dos limites fáticos e jurídicos; e se a proporcionalidade sempre deve ser aplicada em sua totalidade, a proporcionalidade não pode ser enquadrada como um princípio. Nesse sentido é a lição de Alexy:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.¹³²

Porém, se a característica a se destacar nos princípios é que “fixam a estimativa (valoração) da comunidade sobre os fatos da vida”¹³³ e “norteiam e dão um sentido ao sistema”,¹³⁴ e se a proporcionalidade for vista além da sua perspectiva metodológico-estrutural, como uma espécie de garantia fundamental¹³⁵ em face do poder estatal (dirigida ao poder público), seria razoável classificá-la como princípio.

¹³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1087.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

¹³³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26.

¹³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26.

¹³⁵ No sentido de proporcionalidade como garantia do cidadão ante a intervenção estatal na esfera de liberdade, veja o pensamento de Mariângela Gomes: “a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, na medida em que impõe sejam as restrições à liberdade individual contrabalançadas com a necessitada tutela a determinados bens jurídicos”. Vide: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

Seria a proporcionalidade uma regra? Uma das características das regras é que sua aplicação é à maneira do tudo ou nada, o que em um primeiro momento justificaria tratar a proporcionalidade como uma regra.

Contudo, já não mais prevalece a ideia de que as regras não podem ser ponderadas e que em caso de conflito resolve-se pela invalidade de uma delas e pela aplicação da outra. Ávila critica tal assertiva afirmando que “vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas de qualquer enunciado prescritivo”, inclusive as regras. Acrescenta que tanto as regras quanto os princípios podem ser aplicados na forma tudo ou nada. Da mesma sorte, tanto na aplicação das regras quanto na aplicação dos princípios pode haver ponderação.¹³⁶

Ademais, apesar de para alguns autores não existir hierarquia entre regras e princípios,¹³⁷ outros afirmam que uma regra não poderia reger princípios e, portanto, a proporcionalidade não poderia ser uma regra, já que com o exame da proporcionalidade é que se determina a prevalência de um ou outro princípio em caso de colisão.¹³⁸

Como se vê, determinar se a proporcionalidade é uma regra ou um princípio, ou mesmo outra espécie de norma, não é trabalho singelo, pois há muitas variáveis. Muito depende do conceito e distinção dessas espécies de normas, ou seja, o que é um princípio, uma regra e um postulado. Igualmente depende de sob qual perspectiva se enxerga a proporcionalidade: uma regra hermenêutica, uma norma importante para todo o sistema, uma garantia do cidadão ante o Estado.¹³⁹

Entende-se, como boa parte da doutrina brasileira,¹⁴⁰ que a melhor terminologia seria princípio da proporcionalidade, pois, em que pese o acertado pensamento de Alexy de que princípios são normas de otimização e que a proporcionalidade é norma do tipo aplicação

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-51.

¹³⁷ BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os Princípios Constitucionais e o Condicionamento da Interpretação da Constituição**. Salvador: Editora Juspodium, 2008, p. 49.

¹³⁸ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade** – significado e aplicação prática. Campinas: Editora Copola, 2002, p. 32.

¹³⁹ Vide, por exemplo, Bonavides, que ao tratar da importância do princípio da proporcionalidade, concluindo por sua força normativa cogente, indicou várias funções do citado princípio: “O princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade” In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 436.

¹⁴⁰ Vide STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. p. 267. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-12.

tudo ou nada, portanto uma regra, esse não é o único significado dado ao vocábulo, nem a sua única característica.

Um princípio pode ser encarado como “normas que ocupam uma colocação muito elevada na hierarquia das fontes”¹⁴¹ ou normas que “desempenham um papel importante, fundamental, no sistema jurídico, ou num subsistema (direito civil, direito do trabalho etc.)”.¹⁴²

Na mesma linha, porém enfatizando que a proporcionalidade é uma garantia do indivíduo em face do Estado, afirma Pedraz Penalva:

a proporcionalidade é, pois, algo mais que um critério, regra ou elemento técnico de juízo. Utilizável para afirmar consequências jurídicas: constitui um princípio inerente ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, enquanto sua devida utilização se apresenta como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades fundamentais.¹⁴³

A proporcionalidade é princípio implícito, de envergadura constitucional, aplicável aos mais diversos ramos do Direito, constituindo, além de uma regra de hermenêutica, uma garantia do indivíduo perante o Estado legislador e o Estado juiz (intérprete/aplicador do ordenamento), sendo de vital importância para o sistema jurídico.

2.4 Diferenciando Proporcionalidade de Razoabilidade e Proibição de Excesso

2.4.1 Proporcionalidade versus Razoabilidade

É preciso destacar que não há uma unanimidade entre a doutrina quanto à existência de uma diferença relevante entre proporcionalidade e razoabilidade que, por um lado, impedisse a utilização de ambos os termos de forma fungível e, por outro, justificasse o exercício intelectual para diferenciá-los. Para Luís Alberto Barroso, apesar de os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade terem origem e desenvolvimento distintos (Alemanha

¹⁴¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 54.

¹⁴² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 54.

¹⁴³ Pedraz Penalva *apud* GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

– do direito administrativo e Estados Unidos – do devido processo legal, respectivamente), são conceitos tão próximos que se tornam intercambiáveis.¹⁴⁴

Igualmente de se destacar que as corte nacionais, e principalmente o Supremo Tribunal Federal, têm se referido à proporcionalidade e à razoabilidade como se fossem o mesmo princípio, utilizando os termos de forma fungível.

A diferenciação do princípio da proporcionalidade do princípio da razoabilidade é relevante, tanto doutrinariamente quanto na prática, pois a acuidade técnica se revela importante no momento de justificação da utilização de um ou outro princípio.

O princípio da razoabilidade tem várias acepções, dentre elas três se destacam: equidade, congruência e equivalência.¹⁴⁵

Razoabilidade vista como equidade requer a harmonização da norma geral com o caso concreto, ou seja, nem sempre será correto aplicar a norma geral diante das circunstâncias e das peculiaridades de um determinado caso. Nesse sentido, “a razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça”.¹⁴⁶

A razoabilidade sob o ângulo da congruência implica que uma medida só pode ser tomada se existir o dado concreto previsto pela norma. Por exemplo, se existe uma norma que prevê uma pena para o caso de um adultério, pois protege a dignidade do casamento, mas a sociedade não mais entende que o casamento mereça tal proteção ou que é tão comum a prática do adultério que seria hipocrisia sua punição, não há motivo para se aplicar uma pena sobre o adúltero. Ávila denominou essa exigência de “harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”¹⁴⁷.

A razoabilidade também pode ser vista como equivalência. Nesse caso ela “exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”.¹⁴⁸

O desenvolvimento do princípio da proporcionalidade está ligado ao direito alemão. No século XIX, ele era mais aplicado ao direito administrativo, como meio de controle dos

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 374.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 152.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 152-155.

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 155.

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 158.

atos da Administração Pública e, principalmente, após a Segunda Guerra mundial, ligado à necessidade de proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais contra as inserções arbitrárias do Estado.¹⁴⁹

O princípio da razoabilidade, por sua vez, foi amplamente desenvolvido nos Estados Unidos, tendo vinculação à cláusula do devido processo legal, na sua dimensão substancial.¹⁵⁰

Para Jorg Luther os princípios em questão possuem pontos em comum, por exemplo, tratam de impor limites à intervenção estatal sobre os direitos fundamentais, porém não podem ser confundidos, pois:

O Juízo acerca da razoabilidade das discriminações baseia-se numa relação entre normas, por intermédio da utilização de uma outra norma, denominada *tertium comparationis* na Itália e Vergleichsbaar na Alemanha, ao passo que o princípio da proporcionalidade diz respeito a uma relação entre meios e fins, baseando-se nos escopos escolhidos pelo legislador.¹⁵¹

Contudo, o que os doutrinadores têm enfatizado como ponto fundamental de diferença entre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, é que este exige uma relação de um meio e um fim. Para Ávila – ao diferenciar os dois princípios –, o traço marcante da proporcionalidade é que ele exige que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (acrescentamos o Poder Judiciário) para consecução de seus fins tomem medidas que sejam adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.¹⁵²

Delmanto tem a mesma opinião, mas sua argumentação estabelece que a relação entre meio e fim é o pressuposto material da proporcionalidade, que ele denominou de “justificação teleológica”.¹⁵³ Aplicando diretamente a proporcionalidade as medidas cautelares, ele afirma que:

O princípio da justificação teleológica, enquanto pressuposto material da proporcionalidade, constitui uma das bases em que se sustenta o esquema “meio-fim” das medidas cautelares.

¹⁴⁹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais., p. 267. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

¹⁵⁰ Vide, no mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

¹⁵¹ Luther *apud* GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37-38, nota de rodapé 9.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 159.

¹⁵³ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 62.

(...) O princípio da justificação teleológica compreende a análise dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁵⁴

Com vistas a enfatizar a existência, no princípio da proporcionalidade, do pressuposto da justificação teleológica das medidas, assim expôs Mougnot Bonfim:

Para o ajustamento do princípio da proporcionalidade, tal como prevê o legislador, deve haver uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente identificáveis, um meio e um fim, a que se chama de pressuposto material ou justificação teleológica, de forma que se possa proceder ao exame dos sub-requisitos do princípio (...).¹⁵⁵

Francisco de Araújo, após detido exame do princípio da proporcionalidade, propôs que, apesar de a proporcionalidade ser um princípio independente da razoabilidade, ele a engloba.

Ele argumenta que o intérprete, perante um caso concreto, deve fazer o exame dos subprincípios adequação (o meio escolhido atingirá o fim pretendido?) e necessidade (haveria outro meio que igualmente atingiria o fim pretendido, mas fosse menos gravoso para o indivíduo?); depois faria o exame da proporcionalidade em sentido estrito, levando em conta o “meio-termo”,¹⁵⁶ após o que faria o último exame, que seria o da razoabilidade (o da justa medida).¹⁵⁷

Ele finaliza sua proposta dizendo que se ela for aceita pela doutrina, “então não há razão para se falar em princípio da razoabilidade quando já se adotou o princípio da proporcionalidade no caso concreto”.¹⁵⁸

¹⁵⁴ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 62.

¹⁵⁵ BONFIM, Edilson Mongenout. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

¹⁵⁶ O autor se utiliza dos conceitos de Aristóteles de meio-termo e justa medida. Para Araújo, “meio-termo é, em princípio de caráter formal, enquanto o outro, o da justa medida, tem natureza material”. Vide ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade – significado e aplicação prática**. Campinas: Editora Copola, 2002, p. 108.

¹⁵⁷ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade – significado e aplicação prática**. Campinas: Editora Copola, 2002, p. 108-109.

¹⁵⁸ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade – significado e aplicação prática**. Campinas: Editora Copola, 2002, p. 109.

2.4.2 Proporcionalidade e Proibição de Excesso

Primeiramente, traz-se ao conhecimento que alguns autores, tais como o professor Canotilho, não diferem proibição de excesso de proporcionalidade. De fato, para ele se trata do mesmo princípio. Por exemplo, em uma das passagens em que enfoca o princípio da proporcionalidade, diz: “(...) o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (...)”.¹⁵⁹ Contudo, na esteira do professor Ávila, buscar-se-á demonstrar que são princípios próximos, mas distintos.

Toda vez que um direito fundamental estiver para ser restringido – é da natureza dos direitos fundamentais, principalmente quando há colisão de direitos, serem restringidos por meio de ponderação – entra em cena o princípio da proibição de excesso.

Vale dizer que os direitos fundamentais possuem um núcleo mínimo que não pode ser invadido por atos de quem quer que seja, incluindo os poderes constituídos. O princípio da proibição de excesso tem o importante papel de proibir restrições que afetem esse núcleo. Como lembra Ávila, “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”.¹⁶⁰

Ora, como já visto quando se fala em exame de proporcionalidade, trata-se de uma situação em que necessariamente há um meio e um fim a serem analisados. E o exame se faz por meio dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O exame da proibição de excesso é feito simplesmente por verificar se a medida tomada atinge o núcleo essencial do direito fundamental em jogo.

Para melhor explicar, lança-se mão outra vez das lições de Ávila. O autor didaticamente esclarece que é possível “haver exame por meio da proporcionalidade sem qualquer controle por meio do postulado da proibição de excesso”.¹⁶¹ Da mesma sorte, “pode haver controle por meio do postulado da proibição de excesso sem que haja qualquer controle por meio do postulado da proporcionalidade”.¹⁶²

Depois de expor as diferenças entre proporcionalidade, razoabilidade e proibição de excesso, Ávila, reafirmando que são postulados distintos, admite que é possível enquadrar a

¹⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 261-262.

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 146.

¹⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

¹⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

razoabilidade e a proibição de excesso dentro do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Em suas palavras:

Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame de proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade.¹⁶³

Diante das dessemelhanças e semelhanças apontadas em relação a proporcionalidade, à razoabilidade e à proibição de excesso, pode-se concluir que são princípios independentes, contudo não se pode deixar de reconhecer que têm pontos comuns e que nem sempre é fácil distinguir entre um e outro.

Apresentadas as distinções acima, tudo no intuito de tornar clara a independência e magnitude do princípio da proporcionalidade, passa-se a analisar os subprincípios que, de fato, compõem seu conteúdo.

2.5 O Conteúdo do Princípio da Proporcionalidade

2.5.1 Considerações Iniciais

A proporcionalidade, como já dito, tem pouca ou quase nenhuma indeterminação, pois seu conteúdo é certo.¹⁶⁴ Ela é composta por três subprincípios ou elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁶⁵

O primeiro passo para a aplicação do princípio da proporcionalidade é verificar se uma norma ou uma posição jurídica do indivíduo que será atingido pela medida estatal – ato, lei ou decisão – se enquadra em uma garantia fundamental. É o que se chama de caráter *prima*

¹⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 160.

¹⁶⁴ Nesse sentido, “(...) os seus subprincípios conferem-lhe densificação concretizadora a um direito fundamental” como aponta D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

¹⁶⁵ Vide, por exemplo, ARAÚJO, Francisco Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade** – Significado e aplicação prática. Campinas: Ed. Copolo, 2002, p. 57; D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

facie de uma norma, ou seja, argumenta-se, de logo, que a norma ou posição afetada é garantia fundamental.¹⁶⁶

Como o presente estudo trata de prisão processual, medida que afeta a liberdade do indivíduo – além de poder afetar outras garantias fundamentais como presunção de inocência e dignidade da pessoa humana –, não há dificuldade em verificar que a liberdade é garantia fundamental em nosso sistema, somente podendo ser atingida por medida estatal acobertada pela proporcionalidade.

Uma vez determinado que a medida estatal poderá restringir garantia fundamental, deve ser feito o exame da licitude do fim ou dos fins pretendidos com a medida restritiva de direitos fundamentais. É o que se depreende da lição de Dimitri Demoulis:

A primeira tarefa do operador do direito ao se valer do critério da proporcionalidade como instrumento de controle de constitucionalidade de intervenções estatais em direitos fundamentais constitui-se, portanto, em um procedimento duplo, qual seja: (a) interpretar e definir o real propósito da autoridade estatal (ou demais agentes no exercício de funções estatais ou equivalentes) e (b) verificar se se trata de um propósito lícito.¹⁶⁷

Depois de verificar que o fim é lícito, deve ser feito o exame dos seus elementos ou subprincípios. No exame dos elementos ou subprincípio, no dizer de Alexy, “o que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade”.¹⁶⁸

D’Urso¹⁶⁹ os denomina de tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade, descrevendo-os como princípios parciais da proporcionalidade. Já Bonfim atribui aos subprincípios da proporcionalidade a terminologia de “teste alemão”,¹⁷⁰ os quais devem ser concomitantes e sucessivos quando da aplicação do princípio da proporcionalidade.

¹⁶⁶ PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p. 621.

¹⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 191.

¹⁶⁸ Alexy trata os elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como máximas parciais, pois encara a proporcionalidade como uma máxima (uma regra máxima). In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

¹⁶⁹ D’URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

¹⁷⁰ BONFIM, Edilson Mongenout. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61.

Com uma abordagem um pouco diferente da doutrina pesquisada sobre o assunto, certamente por tratar do princípio da proporcionalidade ligado às medidas cautelares, Delmanto fala de pressupostos e requisitos do princípio da proporcionalidade.¹⁷¹

Os pressupostos dividem-se em formais e materiais. O pressuposto formal é o princípio da legalidade, pois qualquer restrição à liberdade, em um Estado democrático de direito, deve estar prevista em lei. O pressuposto material é o princípio da justificação teleológica,¹⁷² já que segundo o referido princípio, para a proporcionalidade importa saber a relação entre o meio escolhido e o fim pretendido.¹⁷³

Os requisitos, por sua vez, para ele, classificam-se em extrínsecos e intrínsecos. Os requisitos extrínsecos da proporcionalidade são judicialidade e motivação. E os requisitos intrínsecos são idoneidade (também denominado de adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁷⁴

De toda sorte, por meio do exame dos subprincípios da proporcionalidade é que se chega à conclusão se uma medida que quer promover um determinado fim é proporcional.

O exame é feito em três fases e deve ser efetuado na seguinte e exata ordem: primeiro, verifica-se se a medida que se pretende tomar alcançará o fim pretendido (adequação); depois se examina se não há um meio menos gravoso para se conseguir o mesmo fim (necessidade); por fim, deve-se verificar se é razoável exigir a restrição imposta pela medida, diante do fim visado.

Ora, o aparente rigor metodológico do exame é decorrência lógica dos três elementos da proporcionalidade. Se com a medida pretendida não se chegar ao fim visado, não há de se perguntar se existe ou não outra medida menos gravosa para se alcançar o fim. E, somente

¹⁷¹ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 60.

¹⁷² No sentido de que o que caracteriza a proporcionalidade é a relação meio-fim, vide ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009 p: 161-162: “O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)”.

¹⁷³ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61-63.

¹⁷⁴ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63-66.

depois de ter chegado à conclusão de qual medida se pode tomar, diante das circunstâncias fáticas, é que se fará a ponderação entre o meio (a medida) e o fim.

Passa-se a seguir a fazer um breve estudo sobre o exame da licitude dos fins, e depois uma análise mais acurada sobre cada um dos elementos ou subprincípios da proporcionalidade.

2.5.2 O Estudo da Licitude dos Fins como Parte do Exame de Proporcionalidade

Como visto, o exame da proporcionalidade implica a existência de um meio e um fim, sendo este um dos traços diferenciadores estabelecidos por Ávila¹⁷⁵ quando distingue proporcionalidade de razoabilidade de proibição de excesso. Nesse mesmo sentido, Bonavides afirma que o princípio da proporcionalidade pretende instituir “a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento da intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso”.¹⁷⁶

O teste da proporcionalidade examina, no que tange ao subprincípio da adequação, se a medida contribui para que se chegue a um fim lícito. Não se pode dizer ser proporcional a intervenção em direito fundamental que tenha o meio ou o fim ilícito. Não sem razão Dimoulis afirma que “para perseguir um propósito lícito, o Estado não pode se valer de meios ilícitos”.¹⁷⁷

Luiz Flávio Gomes identifica no exame da adequação (idoneidade) a verificação se o fim pretendido é legítimo, afirmando que a medida não é adequada “quando se pretende alcançar fins incompatíveis ou ilegítimos (como a condenação antecipada do réu, a sua prisão para garantir a sua própria segurança etc.)”.¹⁷⁸ Nesse mesmo sentido se posiciona Pacheco, inclusive atribuindo ao exame da adequação o exame do fim pretendido pelo Estado (Legislativo, Executivo ou Judiciário). Diz ele que o primeiro passo no exame da adequação é verificar qual fim ou quais fins se deseja alcançar com determinada medida. Depois, verifica-se se o fim é constitucionalmente legítimo. Por fim, constata-se se o meio escolhido contribui para a obtenção do fim¹⁷⁹, pois, nas palavras de Nicolas Gonzales-Cuellar, “as restrições aos

¹⁷⁵ Conforme o pensamento exposto na nota 174 do presente trabalho.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 393.

¹⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 192.

¹⁷⁸ GOMES, Luis Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

¹⁷⁹ PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 153.

direitos e liberdades somente se justificam se orientadas a um fim legítimo, de forma que, se o fim for ilegítimo ou irrelevante, não se faz necessário descer nem mesmo ao estudo dos meios”.¹⁸⁰

Para que o fim seja legítimo não é necessário que esteja constitucionalmente previsto, bastando que não seja vedado pela Constituição. Na lição de Pacheco, “não há obrigatoriedade de se perseguirem fins explícita ou implicitamente previstos na Constituição, bastando que não se persiga um fim que a Constituição veda”.¹⁸¹ Contudo, Delmanto entende que “a melhor solução para verificar se os fins de determinada medida cautelar são ou não legítimos é a análise do texto constitucional, em especial dos princípios, direitos e garantias previstos”.¹⁸²

Scarance, por sua vez, na mesma linha de Delmanto, ao tratar dos pressupostos e requisitos da proporcionalidade, parece entender que os fins precisam estar previstos constitucionalmente. Ele assevera que “a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional”.¹⁸³

É claro que aqui está se tratando especificamente da legitimidade do fim em si, sem compará-lo a outros fins que o Estado deve promover e que, por vezes, podem estar previstos implícita ou explicitamente na Constituição. Esse exame comparativo entre os fins fica para a técnica da ponderação. Assim, por exemplo, o fim de garantir a ordem pública é legítimo, bem como o de preservação da liberdade. Quando o legislador em norma infraconstitucional prevê a prisão processual para garantir a ordem pública, ele busca um fim constitucionalmente permitido, mas que entra em choque com outras finalidades. Continuará sendo um fim lícito? A resposta é sim. Seria a medida proporcional? A resposta dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas – o caso concreto e a ponderação dos princípios em jogo – para se dizer se é ou não proporcional.

Paulo Bonavides, ao tratar do princípio da proporcionalidade, ensina que uma de suas virtudes é exatamente limitar o arbítrio estatal na sua ingerência sobre os direitos fundamentais, pois “transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição”.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Nicolas Gonzales-Cuellar (1990) *Apud* DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63.

¹⁸¹ PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 155.

¹⁸² DELMANTO, Fábio. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63.

¹⁸³ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 52.

¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 424.

Porém, “quanto mais livre o legislador para estabelecer o fim de sua produção normativa, tanto mais fraca a eficácia do princípio da proporcionalidade”.¹⁸⁵

E qual seria a consequência de se perseguir um propósito ilícito? “Propósitos ilícitos não podem ser perseguidos, configurando inconstitucionalidade já nessa primeira etapa do exame da proporcionalidade”.¹⁸⁶

2.5.3 Os Elementos ou Subprincípios da Proporcionalidade

- **A Proporcionalidade Adequação**

O primeiro elemento ou subprincípio do exame da proporcionalidade é o da adequação. Na adequação, também conhecida como conformidade¹⁸⁷, pertinência ou aptidão¹⁸⁸, examina-se se a medida tomada pelo Estado alcançou o fim pretendido. Uma medida será qualificada como adequada quando com ela se possa alcançar o fim desejado.

O exame da adequação da medida para alcançar o meio desejado deve ser feito com base nas circunstâncias comprovadamente existentes no momento da escolha.¹⁸⁹

Pode-se dizer que a adequação exige um duplo exame: 1) se o fim pretendido pelo Estado é constitucionalmente legítimo; e 2) se o meio escolhido goza de aptidão para alcançar, ou ao menos fomentar, o fim desejado.

Ora, se o fim perseguido não é legítimo, toda e qualquer intervenção estatal em direito fundamental é desproporcional.

Mas, sendo o fim legítimo, até que ponto se pode afirmar que a medida é adequada? É necessário que com a medida se chegue ao fim desejado, ou basta que de algum modo ela fomente tal fim?

Canotilho afirma que o exame da adequação “impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 423.

¹⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 190.

¹⁸⁷ BARROS, Wellington Pacheco. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 60.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 396.

¹⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 169.

subjacentes”.¹⁹⁰ Para Araújo, basta que o meio eleito “tenha aptidão”¹⁹¹ para alcançar o fim pretendido. Barros, mais ou menos nessa linha, aduz que “a mera realização parcial do fim desejado é suficiente para afirmar-se que determinada medida é adequada”.¹⁹²

Ávila, por sua vez, afirma que uma medida só será considerada inadequada se for manifesta a impossibilidade de atingir o fim, devendo permanecer a medida “se sua inadequação não for evidente e não for de qualquer modo plausível, justificado”.¹⁹³

De toda sorte, a medida a ser tomada deve ter alguma utilidade em relação ao fim perseguido, pois segundo Dirley da Cunha Júnior, “fere até o bom senso que os órgãos públicos possam se valer de atos e meios, ou tomar decisões, que se revelem inúteis a ponto de não conseguirem realizar os fins para os quais se destinam”.¹⁹⁴

Segundo Ávila, é possível analisar a relação entre a adequação da medida e o fim perseguido por três aspectos: o quantitativo, o qualitativo e o probabilístico. No aspecto quantitativo, um meio pode promover mais ou menos um fim do que outro meio. No aspecto qualitativo, um meio pode promover um fim de maneira mais ou menos adequada. Já no aspecto probabilístico, um meio pode com mais certeza atingir um fim do que outro meio.¹⁹⁵

Vale destacar que para Luiz Flávio Gomes a questão da adequação quantitativa está ligada ao excesso do meio para alcançar o fim, ou seja, para que uma medida seja adequada não pode haver excesso. Tratando especificamente das medidas cautelares, ele diz que “o princípio da proporcionalidade (...) exige do juiz a adequação quantitativa da medida cautelar imposta. Nem a prisão nem qualquer outro tipo de medida cautelar podem durar além do (tempo) razoável”.¹⁹⁶

Pacheco, por sua vez, entende que o excesso do meio para se alcançar o fim não deve ser aferido no exame da adequação.

¹⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 264.

¹⁹¹ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade – significado e aplicação prática**. Campinas: editora Copola, 2002, p. 62.

¹⁹² BARROS, Wellington Pacheco. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 61.

¹⁹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170.

¹⁹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 228.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 165-166.

¹⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56.

Se a medida de intervenção é excessiva, independentemente do fim e de uma medida alternativa, isso deve ser verificado na ponderação (proporcionalidade *stricto sensu*). Se a medida é excessiva comparada com outra, isso deve ser aferido no subprincípio da necessidade.¹⁹⁷

Ora, sendo o fim legítimo e o meio escolhido tendo aptidão para realizá-lo ou fomentá-lo, deve persistir o exame da proporcionalidade, verificando-se se a medida adequada é necessária, ou seja, se existe outro meio tão adequado para a realização do fim, mas que seja menos danoso.

- **A Proporcionalidade Necessidade**

O segundo subprincípio é o da necessidade, a “que alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita”.¹⁹⁸

Com o subprincípio necessidade, também denominado exigibilidade ou conformidade, faz-se um juízo acerca da real necessidade do meio que será empregado, principalmente no que diz respeito às limitações acerca dos direitos fundamentais. Uma vez determinado que com o meio escolhido se alcançará o fim pretendido, deve-se verificar se esse fim não poderia ser alcançado utilizando-se de meio menos lesivo ao indivíduo. O ideal é que o fim seja alcançado por uma medida minimamente lesiva.

Para Ávila, o exame da necessidade possui duas fases: 1) o exame da igualdade de adequação dos meios; e 2) o exame do meio menos restritivo. Na primeira fase se analisa se existem “meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido [...] e que possam promover igualmente o fim”. Na segunda fase, encontrados, por exemplo, dois meios idôneos para promover o fim, afere-se qual deles restringe “em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados”.¹⁹⁹

Mas se entre dois meios para realizar um determinado fim não restar claro qual deles é mais adequado, ou se o intérprete não chegar à conclusão sobre qual meio é menos restritivo, o que fazer? Deve-se respeitar a medida tomada, ou em outras palavras, a medida tomada passará pelo teste da necessidade, já que, segundo Ávila, pelos princípios da

¹⁹⁷ PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 188-189.

¹⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 397.

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170.

legalidade e da separação de poderes somente se deve afastar a opção por determinado meio se for manifesta sua maior restrição ou sua inidoneidade.²⁰⁰

Araújo, na esteira da doutrina de Suzana de Barros Toledo, afirma que compõe o exame da necessidade, além da medida em si, sua duração, ou seja, entre duas medidas restritivas de direito fundamental, além da restrição em si mesma, também deve ser levado em conta, no momento de decidir qual das alternativas idôneas deve ser adotada, o tempo de duração da medida, entre outros fatores.²⁰¹

Para ilustrar como é feito o exame da necessidade cita-se o exemplo dado por Alexy, quando argumenta no sentido de demonstrar que a necessidade decorre do caráter principiológico dos direitos fundamentais.²⁰² Eis o exemplo:

O Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2 – exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. (...). Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. (...) P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, (...) apenas M2 é permitida e M1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas.²⁰³

O exame em relação ao subprincípio da necessidade nem sempre é simples, pois além do exame da gravidade da medida em si e do tempo de permanência da restrição, pode haver casos que contem com mais de dois sujeitos, o que tornaria mais complexo ainda o exame da necessidade.²⁰⁴ Além dessas dificuldades, temos que “um meio não é, de todos os pontos de vista, igual a outro”; entre os meios existentes para fomentar um determinado fim, uns podem promover “o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos”.²⁰⁵

Contudo, tais dificuldades podem até expor as limitações do subprincípio, mas não lhe retiram a importância, sobremaneira na pretensão do presente estudo – que trata da

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

²⁰¹ Suzana de Barros Toledo *Apud* ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade** – significado e aplicação prática. Campinas: Editora Copola, 2002, p. 63.

²⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

²⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 119.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

proporcionalidade aplicada às medidas cautelares –, em que há sempre dois sujeitos: Estado e cidadão.²⁰⁶

A seguir, passa-se a expor acerca do último subprincípio inerente à proporcionalidade *lato sensu*, a saber, a proporcionalidade em sentido estrito.

- **A Proporcionalidade em Sentido Estrito**

Mesmo quando uma determinada medida é adequada e necessária para se atingir um determinado fim, é preciso fazer o último teste a fim de dizer se a decisão é proporcional. Esse teste é o da proporcionalidade *stricto sensu*.

A proporcionalidade em sentido estrito, também denominada de ponderação, tem por objetivo estabelecer uma comparação entre o direito tutelado e aquele direito que será privado, ou seja, há uma avaliação entre os direitos para que ao fim possa prevalecer aquele considerado de maior valia. Por isso que, enquanto nos subprincípios adequação e necessidade o exame se faz sobre as possibilidades fáticas, na proporcionalidade em sentido estrito o exame é feito sobre as possibilidades jurídicas.

Assim, nas palavras de Barros, “deve-se perguntar se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio”.²⁰⁷

Já Dirley da Cunha Júnior afirma que no exame da proporcionalidade em sentido estrito “deve-se encontrar um equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação do poder público e a providência por ele tomada na consecução dos fins visados”.²⁰⁸

Ávila pondera que a análise deste subprincípio é abstrusa, porquanto “depende de uma avaliação fortemente subjetiva”.²⁰⁹ No mesmo sentido, Barros afirma ser “um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva”.²¹⁰

Aqui pesam muitas críticas sobre o princípio da proporcionalidade. Essas críticas se fundamentam no risco à segurança jurídica, exatamente pelo fato de este conferir enormes

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118-119.

²⁰⁷ BARROS, Wellington Pacheco. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 67.

²⁰⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 228.

²⁰⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 175.

²¹⁰ BARROS, Wellington Pacheco. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 67.

poderes aos juízes, que passam a decidir com base em princípios que têm menos densidade que as regras. Ou, como bem disse Bonavides, “a regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar, todavia, a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes”.²¹¹

Porém, o intérprete final, em que pese a abertura dada pelo princípio da proporcionalidade para tomar uma decisão, ou seja, o grau de subjetividade quando se fundamenta uma decisão em princípios gerais, sempre será possível objetivar, em certo grau, o subjetivismo, pois a decisão tem de guardar correspondência com o ordenamento como um todo e tem de ser motivada.

Por fim, a respeito do presente tópico, salienta-se a imprescindibilidade acerca do conhecimento e utilização dos citados subprincípios, haja vista a cristalina necessidade de sopesá-los para ensejar o correto emprego do princípio da proporcionalidade.

²¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 399.

3 PRISÃO PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Considerações Iniciais

"Prisão é a privação da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir".²¹² Esse conceito inclui a prisão pena e a prisão processual.

A prisão pena é decorrente de uma sentença penal condenatória, imposta, portanto, ao culpado de um crime, com finalidade punitiva e preventiva. A prisão processual é decretada antes do trânsito e julgado da sentença, tendo como finalidade a garantia instrumental do processo, desde que se reconheça a existência de seus pressupostos e requisitos.

Há um discurso justificador de defesa social através das medidas cautelares, que levou Vittorio Grevi a reconhecer a necessidade de se limitar a atividade do legislador na criação abstrata do permissivo cautelar em razão do poder discricionário do autêntico intérprete da norma – o juiz –, reduzindo-se o elenco de crimes em que pode ocorrer a afetação dos direitos fundamentais, tal como fora realizado na Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou vários dispositivos do Código de Processo Penal que tratavam da prisão cautelar e da fiança.²¹³

O termo prisão é usado indistintamente no ordenamento jurídico brasileiro. Esse vocábulo é utilizado para determinar a pena privativa de liberdade, a captura do flagrado (prisão em flagrante), seu recolhimento ao cárcere, a prisão preventiva, a prisão temporária. Espínola noticia que, já em 1930, os processualistas se queixavam da atecnia para designar situações e institutos diversos com o mesmo termo.²¹⁴

A prisão cautelar é espécie de prisão sem pena. Tendo natureza de cautela, é meio para a realização de um fim, não podendo ser um fim em si mesma. Não pode servir como

²¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 427.

²¹³ GREVI, Vittorio. **Misure Cautelari e Diritto di Difesa**. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 9.

²¹⁴ Espínola Filho, nos passos de Galdino Siqueira: "Para denotar os atos restritivos da liberdade pessoal, em matéria de crime, as nossas leis empregam indistintamente o termo prisão, o que não poucas confusões tem produzido. Como exemplo da moderna legislação portuguesa, poder-se-iam empregar os termos *custódia* e *captura*, no sentido em que os franceses usam dos termos *arrestation* e *detention*. Os franceses chamam *arrestation* à prisão de alguém unicamente para obrigar a comparecer perante a autoridade a fim de ser interrogado sobre o delito que lhe é imputado, e *detention*, especialmente *detention preventiva ou préalable*, à conservação de alguém em prisão até o julgamento ou a prisão de indiciado, para que fique detido até o julgamento" In: ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. III. São Paulo: Bookseller. 2000, p. 361.

punição ou prevenção de criminalidade, sob risco de transmutar sua natureza jurídica para prisão pena, o que atingiria o princípio da presunção de inocência.²¹⁵

No século XIX muitos estudiosos iniciaram um ataque contra a prisão antes da sentença final condenatória. Um deles, o professor italiano Francesco Carrara, apresentou um trabalho intitulado “Imoralidade da Prisão Preventiva”.²¹⁶ Se a pena, segundo Carrara, é “o mal que a autoridade pública inflige a um culpado em razão de delito por ele praticado”,²¹⁷ muito mais aviltante é a prisão cautelar. Não sem motivo, Hobbes, citado por Ferrajoli, afirmou que a prisão processual é “um ato de hostilidade”, e Voltaire afirmou que “o modo pelo qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos”.²¹⁸

Destaca-se que o próprio processo penal tem natureza vexatória, tornando-se, ele mesmo, uma pena. O cidadão que publicamente responde a imputação já é tido, equivocadamente, pela sociedade como culpado.²¹⁹ É o efeito estigmatizador da inculpação, ainda em sede processual.

Ora, se o processo, por si só, é estigmatizante, como bem afirmou Lopes Jr., “o imputado [...] pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia”²²⁰. O que dizer do imputado que está cautelarmente preso? Por óbvio que sua situação se agrava quando ele está diante de uma prisão cautelar. Como preleciona Lopes Jr., a prisão cautelar é uma “violência”, e em trecho posterior, “uma prisão cautelar conduz à inexorável bancarrota do imputado e de seus familiares”.²²¹

²¹⁵ Vide nesse sentido GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41: “Está decretado (pelo STF), no Brasil, o fim da execução provisória (antecipada) da pena (que ainda não transitou em julgado). Execução provisória, no processo penal, só se for em favor do réu (*favor rei*), nunca contra ele, tendo em vista sua presunção de inocência”.

²¹⁶ Afirma Carrara: “Todos reconhecem que o encarceramento dos acusados antes da condenação é uma injustiça; porque por suspeitas, muitas vezes falazes, é levado o transtorno às famílias, e são privados de sua liberdade cidadãos frequentemente honestíssimos, sessenta por cento dos quais são declarados inocentes na sentença de impronúncia ou na de absolvição” *apud* Rocha (2007, p. 211). In: ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Juruá, 2007. 2 v.

²¹⁷ CARRARA, Francesco. **Programa de Direito Criminal**. Vol. II. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 43.

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 508.

²¹⁹ Em Delmanto encontramos: “Como tem sido ressaltado em importantes estudos sociológicos, o processo penal é sobretudo um cerimonial de degradação do *status* social do indivíduo submetido a persecução. E os sistemas jurídicos frequentemente se utilizam da humilhação do acusado como uma sanção pouco custosa e, ao mesmo tempo, de grande força nos mecanismos simbólicos de repressão”. In: DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11.

²²⁰ LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 7.

²²¹ LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 7 e 9.

Na linha de pensamento do garantismo penal de Ferrajoli, há de se buscar um processo em que as prisões cautelares ocorram excepcionalmente, ou, de forma utópica, um processo penal sem prisão. Nas palavras de Ferrajoli, “[...] a prisão sem sentença definitiva pode, pelo menos até o primeiro grau de jurisdição, ser suprimida”.²²²

Não obstante, ainda que se concorde com a corrente garantista, não se pode olvidar que a prisão cautelar é utilizada pela maioria das legislações. Na legislação brasileira a prisão antes do trânsito e julgado da sentença está prevista constitucionalmente e regulada pela legislação infraconstitucional.

Apesar de o instituto da prisão processual sempre ter sido colocado em xeque, é preciso se perguntar se seria possível o processo penal sem ele. Qual seria outra solução mais adequada? O Brasil pode prescindir da prisão processual? Tornaghi, de forma simplista, discutiu a tensão entre os prós e os contras da prisão processual, da seguinte forma:

Que vantagens e contra-indicações tem a prisão provisória? Que se deve fazer para aumentar as primeiras e diminuir as outras? Vale a pena mantê-la?

O primeiro problema é um problema de justiça; o segundo, de política (...).

Em verdade, todos aceitam a tese de que a prisão cautelar nada tem a ver com a culpabilidade²²³ do agente, daí por que não se pode tachar de injusta.²²⁴

Ora, se é verdade que é preciso arguir o que seria melhor para o funcionamento da justiça penal – a presença ou ausência da prisão processual –, se é verdade que a escolha é uma questão de política criminal, o mesmo não se pode dizer da conclusão, repita-se, simplista dada por Tornaghi. Primeiro, não se trata meramente de uma questão de justiça. Segundo, ele estabelece uma ficção jurídica para determinar que a medida é justa, quando na prática se prende alguém, retirando sua liberdade e acarretando todas as consequências físicas, emocionais e sociais do encarceramento, antes de uma sentença condenatória definitiva.

Já Francisco Rocha afirma que a Justiça e o Direito a rigor não admitem a prisão de um indivíduo antes de uma sentença final condenatória. Mas avalia que, por outro lado, a

²²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 515.

²²³ O termo culpabilidade, aqui empregado, diz respeito à responsabilidade penal do agente, ou seja, se é culpado ou inocente. Ressalte-se que a culpabilidade é um vocábulo empregado com vários significados no Direito Penal; por exemplo, como elemento do crime, como circunstância judicial na aplicação da pena (art. 59, *caput*, do CP).

²²⁴ *Apud* ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Vol. II. Juruá: São Paulo. 2007, p. 212.

Justiça e o Direito seriam aviltados sem ela, pois os acusados escapariam dos julgamentos e os condenados escapariam da pena. Portanto, a necessidade da prisão cautelar, se se mostra inconveniente em face da liberdade do indivíduo, é vantajosa para a coletividade e para a segurança pública. Em suas palavras, “devem as garantias particulares ceder ante as garantias públicas, o todo sobrepujando a parte”.²²⁵

O processo penal brasileiro prevê três formas de prisão antes do trânsito em julgado da sentença, a saber: 1) prisão preventiva (art. 311 a 316 do CPP); 2) prisão em flagrante (art. 301 a 310 do CPP); 3) prisão temporária (Lei nº 7.960/1989).

A Constituição Federal de 1988, a seu turno, estabeleceu como garantia fundamental no art. 5º, LX, que “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”. Não resta dúvida que ao limitar a prisão antes da sentença final condenatória, o constituinte permitiu sua ocorrência.

Tendo o Brasil feito a opção de utilizar o instituto da prisão cautelar, deve rodeá-lo de limitações para que o aplicador da lei não abuse do poder de cautela e não fira os núcleos de diversos direitos e garantias fundamentais, possibilitando, ainda, abrir o espectro da ampla defesa já nos seus meandros assecuratórios.

3.2 A Cautelaridade da Prisão Processual

A prisão processual, como dito, é decretada antes e/ou durante o processo, mas sempre antes da sentença final. É "prisão cautelar de natureza processual".²²⁶ Ora, toda prisão antes de uma sentença final condenatória precisa ser processual/provisória, pois ainda não há um culpado (elemento necessário para a prisão pena) e a qualquer momento a prisão pode ser revogada, tendo natureza precária, dedução lógica do princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, toda prisão antes do trânsito em julgado é cautelar, já que tem a função de instrumentalidade, de garantir a higidez processual. Alguns autores têm

²²⁵ ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Vol.. II. Juruá: São Paulo. 2007, p. 204.

²²⁶ Expressão utilizada por Tourinho. Ele explica que “a prisão sem pena de que tratamos nada mais é do que uma execução cautelar de natureza processual (em oposição à coerção processual de natureza real – como as apreensões, sequestro, arresto etc.)”. In: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 441.

mencionado algumas características do procedimento cautelar que seria possível adaptar ao processo penal, quais sejam:

- a) Jurisdicionalidade: as medidas cautelares, por terem em sua essência o cerceamento dos direitos e garantias fundamentais só devem ser adotadas por meio de decisão judicial devidamente fundamentada, com a finalidade de evitar abuso de poder.
- b) Acessoriedade: a medida cautelar é acessória à medida principal e desta depende, visto que quando é proferida uma decisão principal, aquela perde a eficácia.
- c) Instrumentalidade hipotética: a medida cautelar é o instrumento para se alcançar a medida principal.
- d) Provisoriedade: a medida cautelar é provisória, devendo durar apenas enquanto não for proferida a medida principal, ou enquanto perdurarem os seus requisitos autorizadores.
- e) Homogeneidade: não se permite que a medida provisória seja mais gravosa que a pena a ser aplicada em detrimento da sentença condenatória, devendo ser proporcional a pena ao final aplicada. Nesse sentido:

Entendemos, em uma visão sistemática do sistema penal como um todo, que nos *crimes de médio potencial ofensivo*, ou seja, aqueles que admitem a suspensão condicional do processo [...] não mais se admite prisão cautelar, seja a manutenção da prisão em flagrante ou a decretação da prisão preventiva. [...] O mesmo deve ocorrer nos crimes que, em tese, admitem a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Assim, estaremos operando com uma visão sistemática das medidas cautelares.²²⁷

Além dessas características, se toda prisão processual é uma medida cautelar, deve ser revestida dos mesmos requisitos para as cautelares em geral, quais sejam: *o fumus boni iuris e o periculum in mora*. Nessa linha, Campos Barros:

As cautelares são situações jurídicas que podem ser individualizadas por dois caracteres fundamentais: sua “instrumentalidade” e sua “provisoriedade” (...). Essa situação exige o concurso de dois outros pressupostos: a urgência de afastar o perigo resultante do decurso do tempo (*periculum in mora*) e a possibilidade de uma solução favorável no processo principal (*fumus boni iuris*).²²⁸

A existência do pressuposto *periculum in mora* é visto tradicionalmente como a possibilidade (ou perigo) de perda da eficácia de uma futura decisão judicial, em decorrência do tempo do processo. Nas palavras de Rocha, “a presença de expectativa de risco ao direito

²²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p. 584.

²²⁸ Campos Barros (1982) *Apud* KATO, Maria Ignez Lanzellotti. **A (Des) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 93.

merecido de amparo, caso não sejam tomadas as providências”.²²⁹ Para Marques, o sentido da expressão é mais literal, implicando o problema da demora do processo, que pode pôr em risco o resultado, pois as condições iniciais do processo podem não ser as mesmas quando de seu término.²³⁰

O *fumus boni iuris*, ou seja, a fumaça do bom direito, está ligado a uma situação que aparenta ser, e um exame sumário indica a possibilidade de se ter um provimento jurisdicional futuro favorável ao requerente da medida.²³¹

Vale dizer que os dois pressupostos citados – ligados ao processo civil –, apesar de seu recorrente uso na doutrina processual penal, não se amoldam à natureza cautelar da prisão processual. Melhor seria utilizar como pressupostos o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, em lugar do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

O *fumus commissi delicti* diz respeito à presença de prova da existência do fato típico e a indícios de autoria. O *periculum libertatis* implica o perigo ao andamento do processo, comprovado com dados concretos, caso o indivíduo permaneça solto.²³²

Contudo, chama-se a atenção que, apesar de a medida cautelar, de forma geral, poder ser classificada como instrumental e satisfatória, a prisão processual tem de ser sempre instrumental, não podendo ter como objetivo a antecipação da pena, o que a tornaria de natureza satisfatória, como ocorre nos casos de antecipação dos efeitos da tutela no processo civil, por exemplo.

A confusão aqui é feita, principalmente, por aqueles que pretendem estabelecer uma teoria geral do processo, ou um processo unificado, tentando trazer para a seara penal institutos da área civil, ou pelo menos desenhar os institutos penais sob os moldes do direito

²²⁹ ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Vol. II. Juruá: São Paulo, 2007, p. 210.

²³⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. IV. São Paulo: Millenium, 2000, p. 13. Marques cita o ensinamento de Jaime Guasp: “entre o nascer de um processo e a obtenção do ato decisório que a ele põe termo e a que estão vinculados seus efeitos básicos, esse constante *periculum in mora*, que semelhante dilação, deve ser eliminado através de medidas de precaução, cautela ou garantia que diretamente facilitem os efeitos da sentença definitiva afetada por semelhante risco dilatatório”.

²³¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p. 585. No mesmo sentido, Marques: “probabilidade de resultado favorável do processo principal para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar”, in MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. IV. São Paulo: Millenium, 2000, p. 14.

²³² No mesmo sentido ver DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 84.

civil, o que não deve ser feito²³³, pois enquanto no processo civil os direitos em questão são geralmente disponíveis, no processo penal a questão gira em torno do poder de punir *versus* a liberdade do cidadão.

Entendendo haver um processo de conhecimento, um processo de execução, e que o processo cautelar guarda como finalidade assegurar a satisfação da pretensão dos dois primeiros, Rangel cita o autor civilista Galeno Lacerda, que afirma:

A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória e necessária.²³⁴

Rangel segue nessa linha, admitindo até mesmo que na seara penal a antecipação provisória do provimento final resulta na prisão do acusado durante o processo, avaliando que, “se condenado for, poderá detrair de sua pena o tempo que permaneceu preso”. Contudo, indica, paradoxalmente, que a prisão processual não implica, nem pode implicar, antecipação de culpa.²³⁵

Não há no Direito Processual Penal uma divisão, como se vê no Direito Processual Civil, em processo de conhecimento, processo cautelar e processo de execução. Há medidas cautelares, mas elas não fazem parte de um processo distinto que visa assegurar o processo principal. No dizer de Tourinho Filho, “não há no nosso Direito Processual Penal um processo cautelar distinto do processo principal”.²³⁶

²³³ Nelson Hungria critica os penalista-civilistas afirmando que “faz-se necessário, a todo custo, uma reação à infeliz tendência de ‘civilização’ do direito penal. [...] Há entre o direito civil e penal um insuperável contraste de concepções éticas, políticas e sociológicas, de modo que não podem ser conjugados ou unificados os seus critérios de estudo”. Vide em HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** – Arts. 11 a 27. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 450-451. V. I, Tomo II.

²³⁴ *Apud* RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p. 581-582. No mesmo sentido, MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. IV. São Paulo: *Millenium*, 2000, p. 11.

²³⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p. 582.

²³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p.420. No mesmo sentido Delmanto Júnior: “se faz necessário esclarecer que não existe processo penal cautelar (...). O que temos, na realidade, são medidas ou providências cautelares”, in: DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades da prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 77.

Não nos parece correto o entendimento, como o de Afrânio Jardim, que afirma que a medida cautelar de prisão serve para “tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento”,²³⁷ conferindo à prisão cautelar uma dupla finalidade: instrumental e final.

Na mesma linha de raciocínio, Tornaghi acrescenta que a finalidade da prisão cautelar é garantir o resultado do processo e o cumprimento da pena numa provável condenação posterior, ressaltando que o decreto prisional deve fundar-se num exame de probabilidade da condenação.²³⁸

Em que pesem as características e pressupostos das medidas cautelares em geral poderem se ajustar a medidas cautelares do processo penal como o arresto e o sequestro, não se aplicam em sua totalidade à prisão processual. Ora, entender que o decreto prisional cautelar deva garantir uma provável e futura condenação – natureza satisfativa – pode levar o intérprete a basear a prisão cautelar no raciocínio de que, se provavelmente foi o indivíduo o culpado da prática de um crime, ele deve responder a todo o processo preso.

Pensar dessa forma é admitir a possibilidade de prisão processual com a finalidade de antecipação de pena, de uma medida cautelar satisfatória. O que não seria compatível com a ordem constitucional vigente, que se de um lado garante o tratamento do indivíduo até o trânsito em julgado da sentença final condenatória como se inocente fosse, por outro possibilita a liberdade, com ou sem fiança, para os que foram presos em flagrante delito.

A prisão processual é uma medida cautelar penal *sui generis*, uma vez que seu uso vem limitado por todos os pressupostos e requisitos das cautelares e por uma série de princípios-garantias constitucionais, tais como: a dignidade da pessoa humana, a liberdade ou a excepcionalidade, a presunção de inocência e a proporcionalidade.

A intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão como medida cautelar processual não pode ter como finalidade uma reação ao crime, nem exigir antecipadamente uma obrigação, ou reagir a uma infração, nem deve ter seu foco na segurança social. A prisão processual deve ter a finalidade unicamente instrumental, ou seja, de assegurar um processo justo e o devido processo legal.

²³⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 245. No mesmo sentido, Rangel (2003, p. 582): “É bom frisar que o processo cautelar consiste não só em assegurar o processo de conhecimento, mas, também, o processo de execução”.

²³⁸ *Apud* ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Vol. II. Juruá: São Paulo. 2007, p. 211.

3.3 As Garantias Constitucionais Limitadoras da Prisão Processual

3.3.1 *Dignidade da Pessoa Humana*

A ideia de dignidade da pessoa humana remonta ao pensamento clássico e ao ideário cristão. Segundo Barroso, “[...] é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo”.²³⁹

Os filósofos têm discutido, dialeticamente, sobre seu conteúdo e fundamento, tendo posições que indicam que a dignidade da pessoa é uma qualidade da pessoa humana como criatura suprema e com capacidade de autodeterminação – “fundada na natureza humana e na posição superior ocupada pelo ser humano no cosmos”.²⁴⁰ Em decorrência dessa ideia todos os homens têm igual dignidade. Contudo, sempre houve concepções que entendem a dignidade como algo a ser atribuído ou conquistado. A dignidade da pessoa humana surge “como valor do indivíduo no contexto social”.²⁴¹ Nessa visão, um indivíduo pode ser menos digno que outro.

A dignidade da pessoa humana pode ser encarada num duplo aspecto ou sentido, sendo limite e tarefa do Estado. Quando encarada como limite aos poderes constituídos, ela é inerente ao homem, não podendo ser diminuída ou renunciada. Quando vista como tarefa estatal, ela deve ser preservada, fomentada, tendo o Estado o dever de criar meios para que as pessoas possam viver dignamente.²⁴²

No nosso sistema, o constituinte de 1988 entendeu por bem estabelecer definitivamente que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado democrático de direito (Art. 1º, III, da CF/88), reconhecendo que o Estado existe em prol do homem, e não o contrário.

A dignidade da pessoa humana não é algo mais fácil de sentir e notar (ou não notar) do que de conceituar. Como todo valor ou princípio – a dignidade da pessoa humana em

²³⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35.

²⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 38.

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117.

especial – tem baixíssima densidade, sendo muito mais simples verificar quando está sendo desrespeitada ou violada, que conceituá-la.²⁴³

Tendo conteúdos e fundamentos históricos, é um conceito em constante evolução (melhor dizendo, modificação). Pode-se, no entanto, explicitar que a dignidade da pessoa humana é “intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.²⁴⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana tem uma clara função hermenêutica, como bem observa Ana Paula de Barcellos: “a dignidade da pessoa humana torna-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado, com todas as consequências hermenêuticas que esse *status* jurídico confere ao princípio”.²⁴⁵ Logo, no entrechoque de princípios não há dúvidas: a dignidade da pessoa humana terá peso prevalente. Assim entende Juarez Freitas: “a função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana indica que ‘em favor dela não deve haver dúvida’”.²⁴⁶

Não se pode esquecer, como explica Sarlet, que a dignidade da pessoa humana é um “valor-guia não apenas para os direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”.²⁴⁷

E como valor-guia de toda ordem jurídica, constitucional ou infraconstitucional, a dignidade da pessoa humana serve de norte para o Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – sopesar sua intervenção nas liberdades individuais. Nesse sentido, Mariângela Gomes:

Ao reconhecer a pessoa humana como o centro em torno do qual a legislação do Estado – e, de maneira especial, a legislação penal – há de ser pautada, a Constituição impõe ao legislador o dever de ponderar toda e qualquer intromissão que aponte para limites de direitos e garantias assegurados constitucionalmente a todas as pessoas; e, de modo especial, deverá limitar a intervenção penal.²⁴⁸

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49-51.

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 52-53.

²⁴⁵ *Apud* D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 73.

²⁴⁶ Juarez Freitas (2002, p. 80) *Apud* D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74.

²⁴⁷ Sarlet (1988, p. 74) *Apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Processo Penal e sua Conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 12.

²⁴⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

Na hipótese de conflito entre princípios e direitos constitucionalmente assegurados, destaca Sarlet, “o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos”. Isso porque, explica o autor, existe uma inegável primazia da dignidade da pessoa humana no âmbito da arquitetura constitucional.²⁴⁹

Um argumento que sempre surge quando se trata de repressão penal e, principalmente, de prisão processual, é o interesse público *versus* o interesse individual, ou, em outras palavras, o conflito entre o direito fundamental individual à liberdade e o direito fundamental à segurança pública.²⁵⁰

Mas, existe em matéria de prisão cautelar um interesse público que se contraponha a um interesse individual? Se existir a citada dicotomia, num Estado democrático de direito, qual deve ser o tratamento dispensado quando os interesses entrarem em choque? E qual o papel do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos de choque entre o individual e o coletivo?

Para Fabiana Prado, não há conflito de interesses entre o direito individual de liberdade e o direito coletivo de segurança pública, pois não se pode fazer uma política de segurança pública em um Estado democrático de direito sem respeitar os direitos fundamentais individuais.²⁵¹

Aury Lopes Jr. entende que tal discussão – público *versus* privado – está superada, dada a “complexidade das relações sociais, que não comportam essa dualidade cartesiana”.²⁵²

Por outro lado, é preciso ponderar que em matéria penal (material ou processual) deve ser interesse de todos (coletividade) que as garantias fundamentais do réu (individualidade) sejam respeitadas e concretizadas, ou, nas palavras de Lopes Jr., “em matéria penal, todos os interesses em jogo (...) superam em muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos fundamentais (portanto, “público”, se preferirem)”.²⁵³

Os direitos fundamentais são postos não somente contra o Estado, e sim por meio do Estado, sendo todos eles públicos, por assim dizer. Nesse sentido, D’urso ensina que “as

²⁴⁹ Sarlet (1988, p. 115) *Apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Processo Penal e sua Conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 12.

²⁵⁰ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 164.

²⁵¹ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 165.

²⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. **Processo Penal e sua Conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 11.

²⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Processo Penal e sua Conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 11.

concepções subjetiva e objetiva ou formal e material da atuação do estado (pós-positivismo) na persecução penal o limita, portanto, na restrição de direitos do indivíduo, e o obriga positivamente à promoção de garantias processuais”.²⁵⁴

Contudo, quando se trata de alguém que supostamente cometeu um crime – mais monstro do que homem –, o tratamento que lhe é dispensado é de alguém menos digno, alguém com menos dignidade humana, e a discussão individual-coletivo volta à tona com toda força. Entretanto, não deve ser assim; o fato de alguém ser suspeito de cometer um crime, ou mesmo o fato de alguém haver cometido um crime, não lhe retira a inerente dignidade humana. Adaldo Suannes discorre sobre o assunto da seguinte forma:

Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que lhe se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos (...). O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer que seja o crime que lhe é imputado.²⁵⁵

E isto porque a dignidade da pessoa humana não é condicionada pelo *status* ocupado pelo indivíduo na sociedade, nem pela reputação gozada entre seus pares. A dignidade da pessoa humana “parte do pressuposto de que o homem a possui em virtude tão somente da condição humana e independentemente de qualquer circunstância”.²⁵⁶ Silva Júnior, na mesma linha de raciocínio, reconhece a dignidade humana para todos os membros do corpo social e toma como base o pensamento de Habermas para asseverar que “mesmo dentro de uma comunidade moral e democrática, existem e convivem patifes e párias; eles devem ser respeitados no espaço que diz respeito a sua dignidade humana, ainda que eles não reconheçam o valor dos outros indivíduos”.²⁵⁷

Portanto, o que fazer com um indivíduo que é acusado, ou mesmo cometeu um crime bárbaro? Silva Júnior responde: “o máximo que se pode fazer (...) é puni-lo de acordo com as regras e em respeito à dignidade da pessoa humana”.²⁵⁸

²⁵⁴ D’URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 82.

²⁵⁵ SUANNES (1999, p. 232) *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Processo Penal e sua Conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 181.

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 48.

²⁵⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 383.

²⁵⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 383.

Sobre o plano ontológico, a teoria da defesa social não pode conferir um fundamento racional a uma esfera autônoma de liberdade do indivíduo, porque ela parte do pressuposto de uma superioridade do coletivo ou do grupo sobre o individual e sobre o singular. O absoluto é o Estado; já a pessoa goza tão só daqueles “direitos” que o Estado lhe atribui e reconhece com um ato gracioso de vontade [...]. Sobre o plano político, uma democracia autêntica não pode inserir-se no quadro de uma “defesa social” [...].²⁵⁹

Em um Estado democrático de direito, o indivíduo tem valor em face do Estado, não podendo ser tratado como meio ou como objeto. O indivíduo é um fim em si mesmo, não podendo servir para o Estado alcançar seus fins. Nos passos de Sarlet:

A dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações, convém acrescentar) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro.²⁶⁰

No mesmo passo, Silva Júnior afirma que a dignidade da pessoa humana foi uma conquista história e não meramente normativa; o homem foi posto no centro das preocupações e finalidades do Estado, de sorte que “este (o homem) fosse colocado como fim das coisas [...] e não mero meio para a consecução de objetivos”.²⁶¹

Sem embargo, é o que ocorre quando a prisão antes da sentença final condenatória é decretada como resposta rápida e pública ao crime, para acalmar os ânimos sociais. Prisão utilizada como símbolo de controle da criminalidade, bandeira de eficiência, que, na verdade, desnuda a morosidade, a corrupção e a incapacidade estatal de prover a um processo justo, resultando num processo garantista.

Ademais, quando se trata de direitos fundamentais, se não há direito fundamental absoluto, da mesma sorte não pode haver supressão de tais direitos.

Mais especificamente, em relação à dignidade da pessoa humana e das prisões (pena ou processual), não se pode fechar os olhos para o fato de que os lugares destinados ao cumprimento da prisão (prisão processual ou prisão pena) e o tratamento dispensado pelo

²⁵⁹ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2008, p. 52-53

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.63.

²⁶¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 381.

Estado e seus agentes ao preso não estão em conformidade com a lei. Para além disso, afrontam diretamente a dignidade da pessoa humana.

Abordando as prisões e as penas privativas de liberdade, Evandro Lins e Silva diz: “a experiência mostrou que a prisão, ao contrário do que sonhou e designou, não regenera: avilta, despersonaliza, degrada, vicia, perverte, corrompe, brutaliza”.²⁶² Com a mesma indignação e igual tom crítico, Luiz Flávio Gomes se refere às prisões processuais e ao sistema carcerário no Brasil: “a desumanidade indescritível das prisões só é suportada pela sociedade brasileira, de forma resignada, em razão da irracionalidade da nossa forma (alienada) de viver na era da globalização da riqueza (para alguns) e da miséria (para milhões)”.²⁶³

Tourinho Filho, por sua vez, tratando do sistema prisional e da prisão pena, assim se posiciona:

O cárcere não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e, como já se disse, esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano. As nossas casas de detenção e penitenciárias são verdadeiras universidades do crime, já se disse também. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até à esperança. Daí as diversas tentativas de fugas e as inúmeras rebeliões. Nem sequer há colchões para serem postos no chão.²⁶⁴

Citando Rogério Lauria Tucci, Delmanto Jr. assim descreve o cenário do cárcere no Brasil:

Os presos brasileiros estão frequentemente apinhados em celas pequenas, escuras, úmidas e sujas, construídas para comportar a metade, um terço, ou ainda menor número de detentos do que efetivamente estão nelas confinados. As celas estão infestadas de ratos e baratas, e em muitos locais os detentos geralmente não têm nada a fazer o dia todo exceto jogar baralho ou abusar uns dos outros. Eles dormem com toalhas ou lençóis sobre o chão de concreto úmido.²⁶⁵

Sergio Salomão Shecaira, em entrevista concedida à Revista Liberdades, de responsabilidade do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, relata algumas situações que

²⁶² Evandro Lins e Silva (1974) *Apud D'URSO*. Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 102.

²⁶³ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

²⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 408.

²⁶⁵ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

bem demonstram o tratamento dispensado ao indivíduo preso, provisória ou definitivamente (prisão pena). Eis alguns trechos:

Casa de Custódia de Viana, no Espírito Santo, onde o presídio foi literalmente abandonado. Ele foi destruído pelos presos, e como não há outros presídios, os presos ficam no local semidestruído, verdadeiros destroços. A única coisa que sobreviveu foram as muralhas, de tal sorte que o presídio não tem luz, a água é fornecida uma vez por dia, são oito agentes penitenciários para mais de mil presos e, evidentemente, quem toma conta dos presos são eles mesmos, e sabe-se lá de que forma. Não por outra razão aparecem presos mortos, esquartejados dentro do presídio, absoluta falta do Estado.

(...)

Casa de Custódia de Viana, nestas condições que acabei de descrever, um presídio sem luz, cuja iluminação à noite é feita a partir das muralhas, com holofotes para a parte central do presídio, sem água, sem administração penitenciária. A comida é deixada na porta e os próprios presos a recolhem e depois devolvem o que sobrou. O lixo é colocado em latões. Nem estou falando aqui dos presídios contêineres, que é um absurdo ainda maior.²⁶⁶

Tais situações são bem menos pontuais do que se deseja. Não se deve perder de vista que quando se decreta uma prisão processual, é para esses lugares que indivíduos que ainda não foram julgados e que têm direito a um tratamento digno são mandados.

3.3.2 Presunção de Inocência

A presunção de inocência foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem em 1789.²⁶⁷ No Brasil, o princípio da presunção de inocência está posto no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988: art. 5º, LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença final condenatória”.

Tem-se discutido se o princípio é da presunção de inocência ou se o princípio é da não culpabilidade. Para Delmanto, independentemente da escolha entre uma expressão e outra, “no Brasil de hoje vigoram tanto a garantia de não consideração de culpabilidade quanto da presunção de inocência”.²⁶⁸

²⁶⁶ Entrevista concedida por Sérgio Salomão Shecaira. Revista *Liberdades*, nº 3 – janeiro-abril de 2010, p. 10-11.

²⁶⁷ “Art. 9º Todo homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente punido pela lei”.

²⁶⁸ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23.

Vegas Torres,²⁶⁹ analisando o princípio da presunção de inocência, conforme insculpido na Declaração dos Direitos do Homem, extraiu algumas características:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal (...).
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (...).
- c) É uma regra (...). A prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não for suficientemente demonstrada.

O princípio da presunção de inocência tem dois aspectos: a) regra probatória: ônus da prova da acusação; b) regra de tratamento:²⁷⁰ 1) excluir ou restringir ao máximo a utilização da prisão cautelar; e 2) absolvição em caso de dúvida.

A prisão processual sempre foi criticada, principalmente quando sopesado o princípio da presunção de inocência. Carrara tachou-a de imoral.²⁷¹ Beccaria, há muito, adverte que a sociedade só pode retirar a proteção pública do indivíduo depois que ele houver violado o pacto público.²⁷² Hobbes, demonstrando sua perplexidade, assevera: “Eu não entendo como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infringir uma pena (...) sem uma sentença prévia”.²⁷³

Com o advento da Constituição de 1988 e a positivação do princípio da presunção de inocência, a prisão processual, mais uma vez, foi colocada em xeque. Teria sido a prisão processual recepcionada pela Constituição de 1988? A resposta, que tem sido aceita pela maioria, foi um sonoro sim. O Superior Tribunal de Justiça emitiu a Súmula 9: “a prisão cautelar não fere o princípio da presunção de inocência”. O Supremo Tribunal Federal

²⁶⁹ VEGA TORRES (1993, p. 35 e ss) *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Processo Penal e sua Conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 180.

²⁷⁰ Para Aury Lopes Júnior, o dever de tratamento tem duas dimensões: interna e externa. “Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi devidamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Vide LOPES JÚNIOR, Aury. **Processo Penal e sua Conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 182.

²⁷¹ CARRARA (2002) *apud* ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Vol. II. Juruá: São Paulo, 2007, p. 211.

²⁷² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35.

²⁷³ Hobbes (Diálogo:1959) *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 506.

também se manifestou sobre o tema, concluindo que há compatibilidade entre a prisão processual e o princípio da presunção de inocência.²⁷⁴

Nessa linha, Canotilho pondera sobre a necessidade de não se interpretar o princípio da presunção de inocência com extremo rigor semântico, sob pena de inviabilizar toda espécie de medida cautelar e, além disso, impossibilitar qualquer suspeita em relação ao indivíduo, o que acarretaria a inviabilidade de investigações, da produção de prova e do próprio processo penal.²⁷⁵

Mas tal posicionamento não é unânime. Kato, por exemplo, afirma peremptoriamente que o instituto da prisão processual, como hoje é concebido no sistema pátrio, é incompatível com o princípio da presunção de inocência. Para ela, o único meio admissível é utilizar a prisão processual unicamente como medida “cautelar instrumental para assegurar a efetividade da obtenção da prestação jurisdicional”, mesmo nos estreitos limites da cautela instrumental, o que deixaria de fora uma série de possibilidades aceitas no nosso sistema,²⁷⁶ restando violado o princípio da presunção da inocência.²⁷⁷

Ferrajoli, no mesmo sentido, entende ser uma utopia a abolição do instituto da prisão processual, mas diz que seria importante a existência de um provimento condenatório, ao menos de primeiro grau, para que houvesse um decreto de prisão antes do trânsito em julgado. Citando Manzini, ele pergunta: “E, afinal, de que inocência se trata? (...) e então por que não

²⁷⁴ Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO AO CO-RÉU. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO. CONFIGURAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as condições pessoais favoráveis, acaso existentes, não impedem a decretação da prisão preventiva do paciente, quando presentes os requisitos dela autorizadores. (HC 86.605, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 10.3.2006; HC 82.904, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 22.8.2003). Inexiste incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e o instituto da prisão preventiva, podendo esta ser decretada quando presentes os requisitos autorizadores, estando caracterizada, portanto, sua necessidade (HC 70.486, rel. min. Moreira Alves; HC 80.830, rel. min. Maurício Corrêa; HC 84.639, rel. min. Joaquim Barbosa). Inaplicabilidade do art. 580 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o decreto de prisão preventiva analisou expressamente a situação pessoal do paciente, afirmando sua periculosidade, o que não ocorreu em relação ao co-réu que teve a prisão revogada. Caracterizado o constrangimento ilegal consistente no excesso de prazo da prisão preventiva, que já ultrapassa três anos, sendo que, desde novembro de 2005, o processo não teve regular andamento, e sequer há certeza nos autos de que os réus foram devidamente intimados para requerer diligências, na forma do art. 499 do Código de Processo Penal. Ordem de habeas corpus concedida. (HC 88362 / SE – SERGIPE - Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA – Julgamento: 24/10/2006 – Órgão Julgador: Segunda Turma – STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+84%2E639&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 ago 2011.

²⁷⁵ CANOTILHO (1993) *apud* DELMANTO, Fábio. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23.

²⁷⁶ Por exemplo, as prisões para garantir a segurança social (garantia da ordem pública ou da ordem econômica).

²⁷⁷ KATO, Maria Inez Lanzellotti. **A (Des) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 113.

se aplica o princípio com todas as suas consequências lógicas? Por que não abolir a prisão preventiva?”.²⁷⁸

Compatibilizar a possibilidade de prender o indivíduo antes da sentença final condenatória com o princípio da presunção de inocência não é tarefa fácil. Segundo Bettiol²⁷⁹ – analisando o sistema italiano –, deve ser observada uma série de requisitos:

1) princípio da taxação das medidas cautelares. Não há um poder geral de cautela no processo penal, devendo o juiz agir nas estritas possibilidades que a lei lhe confere. Delmanto denomina este requisito de “taxatividade das medidas cautelares”,²⁸⁰ decorrente do princípio da legalidade.

2) princípio da idoneidade dos indícios de autoria. Para que se decrete uma prisão cautelar é preciso a presença de sérios indícios – com base em dados concretos – de autoria, de forma que seja altamente provável uma sentença condenatória.

3) impedimento de se decretar uma prisão cautelar se estiver presente uma excludente de ilicitude ou uma excludente de culpabilidade.

4) princípio da instrumentalidade da prisão cautelar – “princípio do não automático” provimento cautelar. A prisão processual deve ser decretada somente quando necessária para “evitar inquinação da prova, a fuga do imputado, o cumprimento de graves delitos”.²⁸¹

5) princípio da proporcionalidade das medidas cautelares.

6) princípio da jurisdicionalidade das medidas cautelares, indicando que toda prisão processual passa pelo crivo de um juiz. Até mesmo a prisão em flagrante, que é uma prisão fática, precisa ser homologada, e o julgador deve decidir se concede a liberdade provisória ou se a transforma em prisão preventiva.

7) Princípio da revogação ou modificação. As prisões cautelares subsistem enquanto subsistirem seus motivos. Diz o comando do artigo 316 do CPP que o juiz, a qualquer momento, pode revogar a prisão, assim como pode decretá-la novamente. E o artigo 282, § 5º, do CPP, estabelece que “o juiz poderá revogar a medida ou substituí-la quando verificar a

²⁷⁸ Manzini (1931, p. 181) *Apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511.

²⁷⁹ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2008, p. 220-223.

²⁸⁰ DELMANTO, Fábio. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26 e 27. “A legalidade e a conseqüente taxatividade das medidas restritivas da liberdade constituem, portanto, verdadeiras garantias do acusado, no sentido de que ele não terá sua liberdade restringida a não ser nas hipóteses e nas formas previstas em lei”, p. 27.

²⁸¹ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2008, p. 221.

falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Olhando sob outro prisma, se responder a um processo crime traz uma nuvem de indignidade para o indivíduo, responder a um processo crime preso o marcará para o resto da vida. Como lembra Delmanto Jr.:

Reconduzido o prisioneiro à liberdade, as marcas da culpabilidade permanecem indelévels, ainda que absolvido. Não raro se pergunta: será ele realmente inocente? E o cidadão honrado, no instante em que é levado à prisão preventivamente, fica marcado para sempre com a mácula da desonra, com o ferro escaldante da improbidade, que permanece latente em sua reputação. Murmura-se, a boca pequena: “É, se foi para as grades, é porque algo havia”.²⁸²

Ou seja, é preciso ponderar que o fato, por si só, de ter contra si um decreto prisional inverte a presunção de inocência social. Levando-se em conta que nos crimes dolosos contra a vida o indivíduo é julgado por cidadãos comuns, a presunção de inocência jurídica pode ser invertida para a presunção de culpabilidade: se respondeu ao processo preso, deve ser culpado.

3.3.3 Excepcionalidade da Prisão Cautelar – A Liberdade como Regra

O direito à vida é considerado o mais importante direito a ser assegurado pelo Estado. Contudo, vida sem liberdade não é vida em abundância. O direito à liberdade é o que dá cores ao direito à vida. Sobre o direito à liberdade e sua importância, Luiz Flávio Gomes assim disserta:

A liberdade individual consiste no direito de ir, vir ou permanecer. Trata-se de um direito fundamental dos mais valiosos (de aplicação imediata e com força vinculante frente a todos os poderes), visto que, sem liberdade de locomoção, incontáveis outros direitos não podem ser exercidos. Depois da vida e da integridade física, a liberdade (muito provavelmente) é o bem mais precioso do ser humano.²⁸³

²⁸² DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12.

²⁸³ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

Ao se reconhecer que para viver em comunidade o direito à liberdade não pode ser exercido de forma absoluta, não é menos verdadeiro que sua restrição pelo Estado deve ser cercada de uma série de cuidados.

A prisão processual é excepcional. É garantia fundamental de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)” (Art. 5º, LXI, da CF/88) e que “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (Art. 5º, LXVI, da CF/88). Com a modificação imposta pela Lei nº 12.403/2011, no Código de Processo Penal, mais especificamente, no instituto da prisão processual, a excepcionalidade da prisão preventiva está expressamente prevista no artigo 283, § 6º, do CPP: “a prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar”.

A excepcionalidade da prisão processual é garantia fundamental decorrente dos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Somente em casos excepcionais é que se deve utilizar uma medida cautelar pessoal para garantir a higidez processual, pois no fim das contas se está encarcerando alguém que goza da presunção de inocência.

É certo que, no nosso sistema, presunção de inocência e prisão processual são compatíveis, ambas inclusive previstas na Carta constitucional, porém, “tem-se que a prisão processual é medida excepcional à qual se deve recorrer quando evidenciada sua extrema necessidade”.²⁸⁴ No mesmo sentido, D'urso, ao tratar das espécies de prisão processual, afirma que “a manutenção da prisão provisória ou a sua decretação, em todas essas espécies, não é automática, tem caráter excepcional e exige requisitos de cautelaridade”.²⁸⁵

Os números não mentem e, se estão certos, retratam a realidade nacional. Dados do Departamento Penitenciário Nacional – Depen revelam que no ano de 2000, havia 232.755 presos, dos quais 80.775 eram provisórios e 151.980 eram condenados. Em 2011 (dados de junho), o número da população carcerária saltou para 513.802 presos no Brasil, dos quais – mesmo com todo o esforço feito pelo Conselho Nacional de Justiça - 218.437 são presos

²⁸⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 823.

²⁸⁵ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 104.

provisórios. O mesmo órgão informa que em Alagoas 38,8% são presos provisórios.²⁸⁶

Numa rápida leitura, verifica-se que o número de presos provisórios se aproxima dos 40% da população carcerária. A prisão processual no Brasil tem sido largamente utilizada, ferindo a regra da excepcionalidade. Prefere-se prender um inocente a correr o risco de um culpado ficar solto. Seja dito o óbvio: a regra é que o réu, presumido inocente, fique em liberdade durante todo o processo, só se admitindo a prisão em situações excepcionais.

3.4 As Espécies de Prisão Processual

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, o Brasil reduziu as espécies de prisão processual. É o que se depreende da nova redação dada ao artigo 283 do CPP.²⁸⁷ Hoje, salvo algumas opiniões contrárias,²⁸⁸ há três espécies: a prisão temporária, a prisão em flagrante e a prisão preventiva. Com a edição da nova lei, foi positivada a possibilidade de substituição da prisão processual por outras medidas cautelares.

Far-se-á, doravante, um estudo das três espécies de prisão processual, inclusive com referências às modificações mais recentes, que oxigenaram o sistema. A proposta é apresentar cada uma das prisões com suas peculiaridades, tecendo algumas ponderações críticas sobre a sistemática atual.

3.4.1 Prisão Temporária

A prisão temporária foi criada pela Lei nº 7960/1989. Apesar de toda prisão processual ter como característica a provisoriedade, essa espécie de prisão, diferentemente das

²⁸⁶ Dados colhidos por meio de pesquisa no *site* oficial do Ministério da Justiça/Departamento Penitenciário Nacional – Depen. Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

²⁸⁷ “Art. 283 do CPP – Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

²⁸⁸ Para Luiz Flávio Gomes, o sistema tinha de 1940 a 2008 seis espécies de prisão processual: prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia, prisão decorrente de sentença recorrível e prisão decorrente de acórdão recorrido. Com o advento das leis 11.689/2008 e 11.719/2008 e da jurisprudência do STF, passou a ter três. E com o advento da Lei nº 12.403/2011, passou a ter duas espécies de prisão processual, a saber, prisão temporária e prisão preventiva. Vide GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25-26.

outras, tem prazo certo para seu fim:²⁸⁹ cinco dias para os crimes comuns e trinta dias para os crimes hediondos e equiparados (tráfico, terrorismo e tortura). Em ambos os casos pode ter o prazo renovado por igual período.

Ela é uma espécie de prisão cautelar voltada especificamente para as investigações, só podendo ser decretada no curso do inquérito policial. E, tendo em mente o sistema acusatório, ela é representada pela autoridade policial ou requerida pelo Ministério Público, mas não pode ser decretada de ofício pelo juiz.

É uma espécie de prisão extremamente criticada, mas bastante utilizada. Entre os argumentos que apontam para a inconstitucionalidade da prisão temporária, constam: 1) a inconstitucionalidade formal, pois foi criada pela medida provisória nº 111/1989 e depois convertida na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, quando a Constituição dita que é matéria privativa da União legislar sobre matéria penal e processual penal (art. 22, I, da CF/88); e 2) a inconstitucionalidade material seria, na verdade, uma prisão para averiguação, em que se prende primeiro para depois investigar os fatos, violando o princípio da presunção de inocência.²⁹⁰

Na mesma pisada, com sua firmeza costumeira, Welton Roberto afirma que a prisão temporária é inconstitucional, questionando o seguinte: “Como falar em prisão para posterior investigação? Como aferir indícios de autoria e prova da materialidade com a segregação do ainda suspeito? Prender para investigar. A presunção de inocência se esgota como mero desejo do legislador constituinte”.²⁹¹

Ora, uma das grandes dificuldades da prisão temporária é seu prazo exíguo. Se alguém é preso temporariamente, raramente terá direito de ter sua prisão – que entende ilegal – revista pelo tribunal *ad quem*, por uma simples questão de tempo. Qual tribunal julgará um *habeas corpus* que ataca a ilegalidade de uma prisão temporária em cinco dias? Aqui, mais uma vez o cidadão tem de torcer para não ser preso. Não causa espanto Tourinho ter chamado a prisão temporária de medida estúpida.²⁹²

²⁸⁹ Sobre a necessidade de um prazo máximo legalmente estabelecido para a prisão preventiva, aponta Luiz Flávio Gomes “o que se lamenta é a inexistência de uma regra geral que coloque um termo certo (uma data certa) para a duração das medidas cautelares”. GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57-58.

²⁹⁰ MOURA, Humberto Fernandes. Prisões Provisórias – Evolução Legislativa e sua Análise em Face do Princípio da Presunção de Inocência, Estado de Inocência ou da Não-Culpabilidade, **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal** – 38 – jun-jul/2006 – p. 11-12.

²⁹¹ ROBERTO, Welton. A Hermenêutica e o Monastério dos Sábios – O abuso das medidas cautelares penais na retórica proteção da sociedade (do bem), **Revista CCJUR EM REVISTA**. Maceió-AL, p. 18, Ano 7, 2009.

²⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 511.

Segundo o artigo 1º da Lei nº 7.960/89, a prisão temporária pode ser decretada quando: for imprescindível para as investigações do inquérito policial; se o investigado não tiver residência fixa ou não fornecer dados necessários para sua identificação; houver fundadas razões da autoria em determinados crimes indicados pela própria lei.

O primeiro requisito seria a imprescindibilidade para as investigações, ou seja, não se pode investigar, ou seria extremamente dificultoso investigar, a existência do fato e sua autoria sem a prisão do indivíduo. O termo imprescindível tem o sentido semântico de indispensável. Dessa maneira, a prisão objeto de considerações jurídicas somente poderá ser levada a efeito quando for absolutamente necessária às investigações.

Aqui é preciso diferenciar uma possível utilidade da prisão de sua imprescindibilidade. O Procurador da República João Gualberto Garces Ramos, ao tratar da matéria explicitou a necessidade de verificar se há imprescindibilidade ou mera utilidade da prisão temporária.

Advirta-se que a utilidade, ainda que levada em grau máximo, não se confunde com imprescindibilidade. Imprescindível é a qualidade do que não se pode dispensar, renunciar, ao menos sem uma perda absolutamente relevante. Útil é o que ajuda, auxilia, otimiza, mas não é essencial.²⁹³

De destacar que a demonstração da imprescindibilidade deve ser fundada em dados concretos e exposta como motivação do decreto prisional, sob pena de ser ilegal a restrição de liberdade.²⁹⁴

Para além dos dados concretos que indiquem a imprescindibilidade da prisão, faz-se necessário que a autoridade policial, em sua representação, indique quais diligências precisa fazer para produzir esta ou aquela prova e demonstre o porquê de a citada diligência não

²⁹³ RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 200.

²⁹⁴ *HABEAS CORPUS* – PRISÃO TEMPORÁRIA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE – CONCESSÃO DA ORDEM – A prisão temporária só será decretada em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei nº 7.960/89, art. 2º), devendo fundar-se em fatos concretos de que o agente, estando solto, possa frustrar ou dificultar a produção de provas. (TJRO – HC 03.004949-0 – C.Crim. – Rel. Des. Valter de Oliveira – J. 9.10.2003).
 PRISÃO TEMPORÁRIA – DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA – NECESSIDADE – ABORDAGEM ACERCA DOS ANTECEDENTES DO AGENTE – IRRELEVÂNCIA. “Para a decretação da prisão temporária é necessário que se demonstre a imprescindibilidade da cautela, devendo a autoridade mencionar por que as investigações não podem prosseguir sem a adoção da referida medida, sendo irrelevante qualquer abordagem acerca dos antecedentes do agente, vez que tal instituto de exceção tem pressupostos próprios, que não devem ser confundidos com os da prisão preventiva” (TACRIM – SP – HC – rel. Di Rissio Barbosa – RJTACRIM 31/342).

poder ser feita e, por conseguinte, por que a prova a ser produzida não pode se realizar sem a medida extrema de prisão. Nesse sentido, o ensinamento de João Gualberto Garces Ramos:

Não será possível a prisão temporária sob a simples alegação de que se trata de medida imprescindível às investigações; será necessário que a autoridade policial ao menos descreva qual a diligência que está a depender, para sua realização, da prisão temporária do indiciado e em que medida a privação de sua liberdade viabilizará as ditas diligências.²⁹⁵

Em outra passagem, salienta:

A prisão temporária, que exclusivamente serve ao inquérito policial é, como ele, medida cautelar. Somente se justifica porque as investigações precisam se realizar antes do desvanecimento dos elementos de convicção, sob pena de sua completa inutilidade.²⁹⁶

O segundo requisito diz respeito ao lugar em que pode ser encontrado o investigado e a sua identificação. A prisão poderia ocorrer se ele não indicasse um lugar certo para ser encontrado sempre que a autoridade policial precisar dele e poderia ser decretada se ele não possuísse identificação.

Por último, deve haver fundadas razões de participação do indivíduo no cometimento de um crime de certa gravidade. A lei estabeleceu o rol taxativo desses crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro.

Discute-se se os requisitos dispostos nos incisos I, II e III da Lei nº 7960/89²⁹⁷ devem estar presentes para que se decrete a prisão temporária. Da leitura dos incisos I e II é

²⁹⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 200-201.

²⁹⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 203.

²⁹⁷ “Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver 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) sequestro 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);

possível entender que os requisitos se encaixam no *periculum libertatis*, em outras palavras, a necessidade da medida cautelar seria devido à imprescindibilidade para as investigações e/ou (é o que se discute) por causa de não possuir residência fixa ou não ter ou não oferecer dados suficientes para sua identificação.

Já o inciso III trata dos pressupostos: indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, ou como diz o próprio texto do referido inciso, “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” de algum dos crimes lá elencados.

Para o decreto da prisão temporária se deveria ter a presença das seguintes condições (conjuntamente): 1) os pressupostos dos indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime; 2) um dos crimes apresentado no rol do inciso III; 3) ser imprescindível para as investigações ou não ter o indiciado residência fixa ou identificação civil, ou ainda, não fornecer dados suficientes para sua identificação.

Assim, se após representação da autoridade policial que argumenta que houve um crime, por exemplo, de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do CP), em que há indício de autoria e a prisão é imprescindível para as investigações, o juiz deve verificar se de fato existe fundamento no que foi alegado pela autoridade policial para concluir pela prisão temporária.

O procedimento da prisão temporária é simples e estabelecido na já referida lei: 1) a prisão é representada pela autoridade policial ou representada pelo Ministério Público ao juízo competente; em nenhuma circunstância pode ser decretada de ofício pelo juiz; 2) se foi representada pela autoridade policial, o Ministério Público deve ser ouvido antes da decisão judicial; 3) o juiz, motivadamente, decidirá se decreta ou não a prisão temporária no prazo de 24 horas; 4) o juiz, ao decretar a prisão, deve ordenar expedição de mandado de prisão em

-
- e) extorsão mediante sequestro (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 de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro”. (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

duas vias, uma das quais servirá como nota de culpa; 5) o juiz pode, ao decretar, determinar que o preso seja encaminhado à sua presença e solicitar informações à autoridade policial – no caso de requerimento do Ministério Público; 6) no momento da prisão o preso deve ser informado de suas garantias constitucionais, devendo ser realizado o exame de corpo de delito; 7) a prisão temporária pode durar cinco dias (crime comum) ou trinta dias (crimes hediondos ou assemelhados), podendo ser prorrogável em decisão motivada – via provocação – por igual período, em caso de extrema necessidade comprovada.

3.4.2 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante recebeu esse nome porque é aplicada ao indivíduo no ato da execução do crime, ou quando acabou de cometê-lo, ou já cometeu, tendo sido preso pouco depois do fato. Como se costuma dizer, é o crime que ainda queima, que está ardente, por isso “flagrante”, do latim *flagare* (queimar) e *flagrans, flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente). De acordo com Mirabete, flagrante é uma qualidade do delito no qual há uma certeza visual.²⁹⁸

A prisão em flagrante está prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 301 e seguintes do CPP. Da leitura dos textos citados vê-se que é uma prisão administrativa, já que dispensa ordem judicial para sua ocorrência e pode ser feita por qualquer pessoa. O controle judicial é feito após a captura e lavratura do auto de prisão.

O fundamento da prisão em flagrante é manter intacta a prova da materialidade delitiva e da autoria do crime. Isso ocorre, segundo Nucci, para constatar e evitar quando possível “a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente”.²⁹⁹

Mas não se deve esquecer que mesmo quem foi preso em flagrante cometendo um fato típico tem a seu favor a garantia da presunção de inocência. Se por um lado a prisão em flagrante não implica a visualização do fato, pois depende de que espécie de flagrante se trata: próprio, impróprio ou presumido (vide art. 302 do CPP), por outro, ter aparentemente cometido um fato típico não implica necessariamente que se cometeu um crime. É possível que tenha havido uma cláusula de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade. Logo, o flagrante, por si só, não indica a culpabilidade, nem a necessidade de medida cautelar de prisão.

A natureza jurídica da prisão em flagrante não tem sido tema pacífico.³⁰⁰ Classicamente, tem-se defendido a natureza de prisão processual, porém parte da doutrina já

²⁹⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 383.

²⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 524.

vinha sustentando que a prisão em flagrante é preparatória para a prisão preventiva e, portanto, pré-processual. Aury Lopes Jr. defende sua natureza pré-cautelar e aponta para a necessidade de o juiz, além de homologar a prisão em flagrante, motivar a necessidade de sua manutenção conforme os artigos 311 e 312 do CPP.³⁰¹

Com o advento da reforma imposta pela Lei nº 12.403/2011, espera-se que a discussão termine, pois a interpretação sistemática dos artigos 306 e 310 do CPP³⁰² indica que a prisão em flagrante deve durar no máximo 24 horas, sendo prisão inicial. O juiz decidirá não mais sobre sua necessidade, mas por convertê-la em preventiva ou outra medida cautelar, caso necessário.

Afirmado a natureza pré-processual da prisão em flagrante, Luiz Flávio Gomes entende ser uma prisão que ocorre sem ordem judicial e que, logo após a lavratura do auto de prisão, o juiz deve decidir se relaxará a prisão (em caso de não ter havido flagrante delito), se converterá em prisão preventiva (caso existam os pressupostos e requisitos necessários), se concederá liberdade provisória com ou sem fiança ou se aplicará as medidas cautelares substitutiva da prisão.³⁰³

Mougenot Bonfim, além de afirmar que com a recente modificação imposta pela Lei nº 12.403/2011, a prisão em flagrante perdeu autonomia e foi convertida numa medida pré-processual, conclui que “com a mudança de redação trazida pela novel legislação (art. 283,

³⁰⁰ Vide, por exemplo, Bonfim, 2011, p. 68: “Quanto ao tema, vale ressaltar que há corrente minoritária reconhecendo o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante – e não cautelar, como grande parte da doutrina –, razão pela qual se demonstra insustentável manter a prisão em flagrante em virtude de sua simples homologação, sem a presença dos requisitos previstos nos arts. 311 e 312 do CPP”.

³⁰¹ Lopes Júnior (2001, p. 36-37) *apud* KATO, Maria Ignez Lanzellotti. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 132.

³⁰²“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

“Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – O Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.”

³⁰³ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89-90.

caput, do CPP), somente subsistem três modalidades autônomas de prisão no processo penal”, a saber: a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão domiciliar.³⁰⁴

A prisão em flagrante pode ser classificada de acordo com o momento da captura do agente em: 1) flagrante próprio, que ocorre quando a infração penal está acontecendo ou acaba de acontecer (art. 302, incisos I e II, do CPP); 2) flagrante impróprio, no qual a infração penal já foi executada (com ou sem consumação), mas o agente é preso fora do local do delito, havendo, portanto, perseguição. O texto diz “considera-se em flagrante delito quem é perseguido, logo após,³⁰⁵ em situação que se faça presumir ser o autor da infração” (art. 302, inciso III, do CPP); e 3) flagrante presumido, no qual se considera em flagrante delito aquele que é encontrado logo depois³⁰⁶ da prática do delito com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (art. 302, inciso IV, do CPP).

A prisão em flagrante apresenta três momentos distintos: 1) a captura do agente que cometeu a infração penal³⁰⁷, que acabou de cometer ou que foi encontrado com objetos do crime, logo depois de seu cometimento; 2) depois de preso, será encaminhado à autoridade competente, que lavrará o auto de prisão em flagrante; se for o caso de crime de menor potencial ofensivo, será lavrado um termo circunstanciado de ocorrência. O prazo máximo entre a prisão e a lavratura do auto é de 24 horas. Nesse mesmo prazo, deve ser entregue a Nota de Culpa ao preso, com a identificação de quem o prendeu e o motivo de sua prisão; e 3) após a lavratura do auto, será o flagrado recolhido até que se decida sobre a necessidade de manutenção de sua prisão. Vale ressaltar que o artigo 316 do CPP estabeleceu que o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz competente em até 24 horas após a prisão.³⁰⁸

³⁰⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76-77.

³⁰⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77-78.

³⁰⁶ “Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.”

³⁰⁷ Luiz Flávio Gomes entende que cabe prisão em flagrante para contravenção penal e para crimes de menor potencial ofensivo se o flagrado não se comprometer a comparecer em juízo, de acordo com o art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9099/95: “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.” (Redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002). Vide GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz. **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89.

³⁰⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77-78.

3.4.3 *Prisão Preventiva*

A prisão preventiva pode ser considerada a principal espécie da prisão processual. Ela pode ser decretada durante as investigações, ou a qualquer tempo no curso do processo, por meio de representação da autoridade policial, ou de requerimento das partes (Ministério Público, querelante e assistente de acusação), ou mesmo de ofício. Mas, em todo caso, só pode ser efetuada por meio de ordem judicial devidamente fundamentada.

A prisão preventiva pode ser decretada de ofício no curso do processo penal, mas não deve ser assim no curso das investigações criminais. Antes da reforma estabelecida pela Lei nº 12.403/2011, era possível o juiz decretar de ofício a prisão preventiva antes da fase processual, o que terminava por ferir o sistema acusatório. Com a recente reforma, ficou claro que o poder do juiz de decretar a prisão preventiva de ofício não se estende às duas fases, a saber, inquisitorial e processual, mas tão somente a esta última.

Com a referida assertiva em mente, pergunta-se: o que ocorre com as leis especiais, como a Maria da Penha, que autoriza, em seu artigo 20,³⁰⁹ a prisão preventiva decretada de ofício no curso das investigações? Ora, é possível argumentar que, pelo princípio da especialidade, os dispositivos da Lei Maria da Penha, mesmo contrários aos da recente reforma do Código de Processo Penal, continuam válidos. Rogério Sanches Cunha pensa de forma contrária, fundando-se na necessidade de manter incorruptível o sistema acusatório, no qual o julgador preserva igual distância das partes envolvidas na demanda criminal:

O mesmo espírito deve ser estendido às demais leis, mesmo que especiais. Assim, o art. 20 da Lei Maria da Penha (11.340/2006), que autoriza a decretação da prisão preventiva de ofício, em qualquer fase da persecução penal, agora, com a Lei 12.403/2011, deve limitar-se à etapa judicial, dependendo, no curso da investigação, de provocação.³¹⁰

Como a prisão preventiva é precária – pois tem caráter provisório –, o juiz, que pode decretá-la a qualquer tempo, pode revogá-la quando não entender mais necessária e decretá-la novamente caso surjam fatos novos que indiquem a necessidade da medida, conforme se depreende do artigo 316 do CPP.

Vale salientar que a prisão preventiva não é automática, nem é a regra. Logo, precisa ser fundamentada. A necessidade de motivação para a decretação da prisão preventiva, além

³⁰⁹ “Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.”

³¹⁰ CUNHA (2011, p. 140) *apud* GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

de ser uma garantia constitucional (art. 93, IX, da CF/88), é regra expressa no artigo 315 do CPP.

Na sua fundamentação deve constar, além da comprovada existência dos pressupostos e requisitos e da ausência das restrições, o exame da proporcionalidade da medida, por meio dos elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tudo com base nos dados concretos fornecidos pela investigação ou fornecidos pelo processo.

Sendo decretada a prisão cautelar, em caso de irresignação, o remédio seria, num primeiro momento, o *habeas corpus*. Posteriormente, é possível, com base no artigo 316 do CPP, caso haja fatos novos, o pedido de revogação ou substituição da preventiva por medida cautelar menos gravosa. Sendo indeferido o requerimento de prisão preventiva feito pelas partes, é possível recorrer da decisão por meio do recurso em sentido estrito, conforme se lê no artigo 581, V, do CPP.

Tem sido considerada por alguns como detentora de uma tríplice função: uma medida de segurança, uma garantia de execução da pena e um meio de instrução.³¹¹ Mas, como toda prisão processual, submete-se aos princípios-garantias constitucionais e ao regramento infraconstitucional fundamentado nos requisitos gerais do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicti* se materializa nos pressupostos da prova da existência do crime e nos indícios suficientes de autoria. A prova da existência do crime deve ser certa, e se o crime é daqueles que deixa vestígios, exige-se o exame de corpo de delito direto ou indireto.

Os indícios suficientes de autoria remetem o intérprete a uma questão mais delicada. Primeiro, é preciso determinar o que em cada caso pode ser determinado como indício. Segundo, é preciso determinar diante do caso concreto o que é indício suficiente.

Já o perigo da liberdade se verifica pela existência de pelo menos um dos requisitos estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. Analisar-se-á cada um desses requisitos.

A garantia da ordem pública e a da ordem econômica são dois requisitos extremamente controversos, seja porque a prisão preventiva, quando decretada com fundamento em um desses dois requisitos, não tem natureza processual; seja porque boa parte do discurso que fundamenta a necessidade da prisão preventiva com base na garantia da

³¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 515.

ordem pública, na verdade é um discurso contra o princípio da presunção de inocência; seja porque os conceitos que envolvem a “ordem” pública ou econômica são tão abertos que comportam quaisquer interpretações e circunstâncias, ferindo o princípio da legalidade e deixando o acusado à mercê das cortes.

Pela sua importância, dar-se-á ênfase à garantia da ordem pública, mas muito do que for dito a seu respeito, mudando o que precisa ser mudado, pode ser aplicado ao requisito da garantia da ordem econômica.

O conteúdo do termo “garantia da ordem pública” é tão amplo, e tão ampla tem sido sua interpretação, que se tornou uma ordem em branco dada pelo legislador ao poder estatal contra a liberdade individual. Nesse diapasão, Amilton Bueno de Carvalho afirma que a garantia da ordem pública como requisito para a decretação da prisão preventiva é “tão ampla, aberta e carente de sólidos critérios de constatação, sendo facilmente enquadrável em qualquer situação”.³¹²

Tem-se prendido preventivamente, com fundamento no requisito da garantia da ordem pública, para assegurar que o indivíduo não cometa novos crimes, seja porque ele é reincidente ou tem antecedentes criminais, seja porque solto terá os mesmos estímulos. Tem-se prendido para assegurar a integridade física da vítima e de seus familiares, e até mesmo já se tem prendido o indivíduo para assegurar sua própria integridade física. Tem-se prendido para acautelar o meio social e a tão propalada credibilidade da Justiça. Tem-se prendido por causa do clamor público causado muito menos pelo crime e muito mais pela imprensa. Tem-se prendido pela gravidade do delito ou por sua forma de execução.³¹³

Como se percebe nos exemplos citados acima, tudo cabe no requisito garantia da ordem pública. Esse requisito tem sido largamente utilizado; na verdade, quando não se encontram motivos concretos para a prisão de um indivíduo, basta lançar mão desse grande coringa e com um pouco de criatividade se terá uma prisão preventiva devidamente decretada e fundamentada.

Ora, em matéria penal, ou mesmo em questões de liberdades individuais, não se pode ter uma lei com conteúdo indeterminado, normas vagas ferindo o princípio da legalidade, no aspecto da taxatividade. Nesse sentido, a lição de Delmanto Jr.:

³¹² Amilton Bueno de Carvalho (voto vencedor no Recurso em Sentido estrito n. 70006880447, 5ª Câm. Do TJ do Rio Grande do Sul, j. em 29-102003) *Apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 531.

³¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 414.

Com efeito, não há que se falar, tratando-se de restrições à liberdade do acusado, em um poder geral de cautela do órgão jurisdicional. Aliás, em consonância com esse entendimento, devem ser refutadas normas processuais penais vagas e imprecisas, que dada a sua demasiada amplitude, ofendem a garantia do devido processo legal e, também, o verdadeiro e único sentido da própria garantia constitucional da estrita legalidade, eixos de nosso Estado Democrático de Direito.³¹⁴

Aqui se percebe mais um ataque contra o requisito da garantia da ordem pública: ele é inconstitucional por ferir o princípio da legalidade. Fábio Delmanto, ao tratar do princípio da legalidade e de seus desdobramentos em relação às medidas cautelares, opina que “assim como a lei penal deve prever taxativamente as condutas puníveis, deve a lei processual penal também prever de igual forma as hipóteses em que poderá haver restrição prévia da liberdade do acusado”.³¹⁵

Aury Lopes Júnior, no mesmo sentido, mas por meio de uma argumentação distinta, leciona que em matéria de processo penal que importe em aumento ou diminuição de direitos ou garantias do acusado, não se pode deixar de aplicar os institutos da retroatividade de lei mais benigna e da legalidade. Ele cita Juarez Cirino dos Santos, como segue: 1) “o primado do direito penal substancial determina a extensão das garantias do princípio da legalidade ao subsistema de imputação (...), porque a coerção processual é a própria realização da coação punitiva”; 2) “o gênero lei penal abrange as espécies lei penal material e lei penal processual, regidas pelo mesmo princípio fundamental”.³¹⁶

Ora, sendo assim, não se pode negar que os requisitos para que se decrete uma prisão processual devem respeitar o princípio da legalidade com todos os seus corolários, tais como: anterioridade, taxatividade e proibição de analogia. Ao tratar especificamente do princípio da legalidade e da garantia da ordem pública e da ordem econômica, Fábio Delmanto diz o seguinte:

As expressões “ordem pública” e “ordem econômica” são extremamente abertas, possibilitando que se encontrem na jurisprudência os mais variados significados, o que é incompatível com o princípio da legalidade (e da taxatividade) das medidas restritivas da liberdade do acusado.³¹⁷

³¹⁴ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.11.

³¹⁵ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 27.

³¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Processo Penal e sua Conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 204.

³¹⁷ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159.

Um dos principais argumentos utilizados no discurso que decreta a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública é que a prisão é necessária, pois se o acusado permanecer solto voltará a cometer novos crimes ou encontrará os mesmos estímulos para novamente cometê-los.

Outro argumento é que é necessário garantir a ordem pública prendendo aqueles que possuem antecedentes criminais, pois se estiverem soltos, provavelmente continuarão a cometer crimes. Interessante notar que o Supremo Tribunal Federal tem decidido que os antecedentes criminais, por si sós, não acarretam a necessidade da cautela prisional. Por outro lado, se o indivíduo faz – supostamente – parte de uma organização criminosa, dada a possibilidade de continuar a cometer crimes faz-se necessária a prisão preventiva.

Ora, decretar a prisão preventiva de um acusado por ele ter antecedentes ou por que ele pode voltar a cometer crimes nada mais é do que assumir durante as investigações ou no curso do processo que ele é culpado, antecipadamente culpado, ferindo a presunção de inocência. Delmanto Júnior afirma que:

Não há como negar que a decretação de prisão preventiva com fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção de culpabilidade: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado.³¹⁸

Como bem disse Ferrajoli, ao tratar da presunção de inocência e da falta de instrumentalidade da prisão processual:

A perversão do instituto (...) foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrita necessidade instrutória para instrumento de prevenção e defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes”. É claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitativa, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade.³¹⁹

Ademais, decretar a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, para que não volte a cometer crimes, significa decretar a prisão preventiva como antecipação de pena, como meio de defesa social, não tendo nenhum traço de cautelaridade instrumental.

Tratando da falta de característica da cautelaridade instrumental da garantia da ordem pública, ensina Gomes Filho que ela se relaciona com finalidades “que não se enquadram nas

³¹⁸ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 179.

³¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 509.

exigências de caráter cautelar propriamente dito, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social”.³²⁰ Nesse mesmo sentido, Tourinho Filho:

Quando se decreta a prisão preventiva como “garantia da ordem pública”, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa a nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem pública” diz tudo e não diz nada.³²¹

A garantia da ordem pública tem se tornado um instrumento poderoso para saciar a opinião pública, que ao julgar antecipadamente o acusado – com base nos dados informados pela mídia –, demanda uma postura célere e contundente dos poderes constituídos, principalmente daqueles mais diretamente ligados à persecução criminal. Com razão, Bauman, ao tratar do crime, da reação social e da necessidade de demonstração de força, ao estilo do direito penal simbólico e do processo penal de emergência, informa que:

A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que fazem algo (...).³²²

E, exatamente, para satisfazer o clamor público ou midiático por justiça imediata e exemplar, decreta-se a prisão preventiva. Como já bem observou Ferrajoli, “a presteza da pena desejada por Beccaria e Bentham foi substituída pela imediação e pela infalibilidade da prisão preventiva”.³²³

A conveniência da instrução criminal é, na opinião de Kato,³²⁴ o único requisito da prisão preventiva realmente cautelar, pois busca salvaguardar a produção de provas ou a existência delas. Prende-se preventivamente alguém sob o fundamento de que, se permanecer solto, a prova corre um risco real de ser deteriorada, destruída ou alterada, o que afetaria a

³²⁰ Apud DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159.

³²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 532.

³²² Apud KATO, Maria Ignez Lanzellotti. **A (Des) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 31.

³²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 516.

³²⁴ Segundo KATO “a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal constitui, no nosso entendimento, a única medida de natureza eminentemente cautelar, pois efetivada para garantir uma das faces do devido processo legal” (p. 122). Em outra passagem, ela afirma que apesar de boa parte da doutrina entender que a aplicação processual também tem cunho cautelar, citando inclusive Magalhães Gomes Filho – que entende que é “a mais típica dentre as funções atribuídas à custódia cautelar”, firma posição que “não deve a cautelar assegurar a execução do comando emergente da sentença”, concluindo que a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal fere o princípio da presunção de inocência. Vide KATO, Maria Ignez Lanzellotti. **A (Des) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 123-124.

correção do resultado do processo, já que o julgamento seria baseado em fatos que foram reconstruídos de forma equivocada.

Contudo, é possível ponderar que, se por um lado, a prisão de um acusado pode resguardar a produção da prova, por outro pode estabelecer um obstáculo ao exercício da ampla defesa e do contraditório, já que o manterá encarcerado e, por conseguinte, afastado da prova e contraprova que precisa produzir durante a instrução criminal. Pondera Antônio Magalhães Gomes Filho:

Além disso, é importante ressaltar que a restrição da liberdade do acusado nessa hipótese quase sempre representa uma ofensa ao exercício do direito de defesa e à igualdade processual, na medida em que, para assegurar-se a autenticidade das provas de acusação, acaba-se por limitar a atividade defensiva na procura de prova de inocência.³²⁵

Não se deve descurar do fato de que no processo penal a acusação dispõe do tempo que entender necessário para juntar prova ou, pelo menos, elementos de convicção, enquanto o acusado tem dez dias para propor a prova que será produzida em juízo. Nesses dez dias ele precisa juntar documentos, contatar as pessoas que irão ser ouvidas em juízo e confeccionar com o seu defensor a melhor defesa para o seu caso. Ora, estando preso, não será tarefa fácil. E mesmo que seja possível, estará numa posição amplamente desfavorável em relação à acusação. Acerca do encarceramento para evitar a falsidade da defesa e a deterioração da prova, sua real necessidade cautelar e suas consequências para o acusado, Ferrajoli observa que:

O prolongamento da detenção não pode ter outro efeito (para não dizer outro escopo) que o de colocar o imputado numa condição de submissão, de colocar obstáculos a sua defesa, de induzi-lo eventualmente à confissão e até mesmo permitir que outros sujeitos – a acusação, a parte civil ou outros interessados – realmente deteriores a prova.³²⁶

Não seria um contraponto que precisa ser ponderado ao decidir por uma prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, mormente se sopesado em relação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do princípio infraconstitucional do processo penal do favor rei? Ferrajoli fecha o assunto citando Bentham: se o acusado ficasse encarcerado até o dia da audiência de instrução e julgamento, “nem mesmo o mais

³²⁵ *Apud* D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, p. 106.

³²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 514.

inocente dos homens, chegando ao tribunal, teria podido se servir de conselhos e, sem ter reunido suas contraprovas, estaria em condições de enfrentar seus acusadores”.³²⁷

Pode-se dizer que a prisão preventiva, se proporcional, decretada com a finalidade de resguardar a prova, com a duração estritamente necessária, sob pena de prejudicar em demasia a defesa e, por conseguinte, o processo que se pretende ser justo, somente interessaria a “quem considera o papel da defesa como obstáculo inoportuno, e a investigação como inquisição da parte”.³²⁸

A aplicação da lei penal como requisito para a prisão preventiva importa na necessidade de garantir que o acusado, caso seja condenado, esteja à disposição da Justiça para a execução da pena. Como preleciona Tourinho, “será indispensável e salutar a prisão provisória do indigitado autor do crime como segurança de aplicação da lei penal”.³²⁹

O principal exemplo de um perigo da liberdade é a possível fuga do acusado. Mas, como acontece com os outros requisitos, será necessária a demonstração de dados concretos que levem a uma provável fuga, para que a prisão seja decretada. Por óbvio, o exame da proporcionalidade, principalmente com o advento da Lei nº 12403/2011, previu como medidas cautelares substitutivas da prisão a possibilidade de monitoramento eletrônico, da prisão domiciliar e de não poder ausentar-se da Comarca (vide art. 283 do CPP). Ora, com tais possibilidades raros serão os casos em que será proporcional a prisão do indivíduo. Até porque, como bem disse Ferrajoli, “é bem difícil, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual, uma fuga definitiva”.³³⁰

Contudo, apesar de ser pensamento dominante que a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal como requisito para a prisão preventiva possui natureza cautelar,³³¹ o referido requisito foi criticado por Kato, pois ela diferencia a cautelar satisfativa da cautelar processual. Assim, a aplicação da lei penal não teria a natureza cautelar instrumental do processo, já que a prisão não garante a obtenção de uma sentença justa, mas tão somente assegura a execução do comando da sentença condenatória, ou seja, a pena. E garantir a execução da pena é algo externo ao processo. Kato afirma que “não se deve aceitar a cautelar para fins de produzir efeitos fora do processo”.³³²

³²⁷ *Apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 514.

³²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 514.

³²⁹ TOURINHO, FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 534.

³³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 514.

³³¹ Vide, nesse sentido, Tourinho: “a medida cautelar se impõe, a fim de que se evite o *periculum libertatis*, assegurando-se, pois, a aplicação da lei penal”. In: TOURINHO, FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 534.

³³² KATO, Maria Inez Lanzellotti. **A (Des) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 123.

Vale salientar que é preciso certo esforço argumentativo para defender que a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, vinculando a prisão processual ao resultado desfavorável ao preso, não fere o princípio da presunção de inocência,³³³ pois as medidas cautelares no processo penal não têm como objetivo a satisfação antecipada da pretensão acusatória. Desse modo, Kato afirma que as medidas cautelares devem “assegurar o direito à obtenção da prestação jurisdicional de forma justa, legal e legítima, e não o eventual resultado condenatório, o que seria uma forma de antecipação de pena”.³³⁴

Além dos pressupostos da prova da materialidade do crime, do indício suficiente de autoria e dos requisitos da garantia da ordem pública e da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal, existem certas exigências e restrições (requisitos) que precisam ser observadas para se decretar uma prisão preventiva.

Com a reforma feita pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, o legislador estabeleceu o requisito quantitativo. A prisão preventiva só pode ser decretada nos crimes dolosos cuja pena máxima em abstrato seja superior a quatro anos.

Para Edilson Mougenot Bonfim, tal restrição ou requisito de admissibilidade da prisão preventiva não foi correta, pois deixa de fora uma série de crimes graves. Ele entende que o exame da pena máxima em abstrato inclui o exame das causas de diminuição. Ou seja, mesmo num crime cuja pena máxima em abstrato estabelecida no tipo penal seja superior a quatro anos, deve-se verificar se há causas de diminuição – que são de análise obrigatória – para recalcular os limites máximos e mínimos da pena estipulada pelo legislador penal. Por exemplo, num crime de tentativa de furto qualificado, em que a pena tem limites de dois a oito anos de reclusão e a tentativa é uma causa de diminuição de 1/3 a 2/3. Se a redução, por exemplo, for de 2/3, a pena máxima aplicada será de dois anos e oito meses. Ora, nesse patamar – pena máxima menor ou igual a quatro anos – não se poderia decretar a prisão preventiva.³³⁵

Sem razão o eminente professor. A uma, pois tal restrição (ou requisito de admissibilidade) leva em conta que não se deve decretar uma cautela processual prisional; em outras palavras, não se deve encarcerar quem ainda não foi julgado, e tem a seu favor a presunção de inocência. A cautela não pode ser mais grave do que o resultado final

³³³ Vide o comentário de Válter Ishida, que torna clara a natureza satisfativa e antecipada da prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal: “Trata-se de garantia de execução da pena. O réu pode querer furtar-se à ação da Justiça, desaparecendo do local do crime”. In: ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 166).

³³⁴ KATO, Maria Inez Lanzellotti. **A (Des) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 89.

³³⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma no Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 87.

pretendido. A duas, a apreciação do máximo da penal possível de ser aplicada em abstrato, pelo menos enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para a acusação, é feita levando-se em conta a menor redução possível e não a maior redução permitida. Utilizando o mesmo exemplo da tentativa de furto qualificado, cuja pena, em abstrato, varia de dois a oito anos de reclusão e a tentativa diminui a pena de 1/3 a 2/3, o máximo da pena possível de ser aplicada – encontrada utilizando-se a maior pena e a menor redução – é de cinco anos e quatro meses. Logo, nesse patamar, levando-se em conta tão somente os limites quantitativos da pena, é possível a prisão preventiva.

Porém, mesmo que o crime tenha pena máxima em abstrato igual ou menor a quatro anos, ainda assim é possível a prisão preventiva se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitado em julgado, ressalvada a hipótese do artigo 64, I, do CP. É o que determina o inciso II do artigo 313 do CPP.

Os artigos 63 e 64 do CP tratam do instituto da reincidência. É reincidente aquele que comete novo crime após o trânsito em julgado de crime anterior. A reincidência gera uma série de efeitos gravosos para o indivíduo. Por exemplo, pode determinar que o regime da pena seja mais gravoso (art. 33 do CP), pode impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 44, II, do CP), pode ser uma circunstância que agrava a pena (art. 61, I, do CP), pode aumentar o tempo para que se possam obter os benefícios da progressão de regime (em caso de crimes hediondos) e o livramento condicional, pode impedir a concessão do *sursis* (art. 72 do CP).

A ressalva indicada no inciso II do artigo 313 do CPP diz respeito à chamada prescrição da reincidência. Significa dizer que a condenação anterior é desprezada para fins de reincidência se entre o cometimento do novo crime e o cumprimento da pena anterior forem transcorridos cinco anos. Ou seja, não se leva em consideração – para afirmar que alguém é reincidente – se o indivíduo comete novo crime após cinco anos do cumprimento da pena anterior.

Analisando sistematicamente o texto do inciso II, o legislador mantém a coerência com o inciso I do mesmo artigo, já que continua a vedar uma medida cautelar mais gravosa do que o fim a ser atingido pelo processo. Explica-se: o nosso sistema prevê a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito para crimes dolosos sem violência ou grave ameaça contra pessoa cuja pena máxima (aplicada) seja igual ou inferior a quatro anos e o condenado não for reincidente em crime doloso. Além disso, quem é

condenado por um crime cuja pena máxima em abstrato é de até quatro anos, caso não seja reincidente, provavelmente³³⁶ cumprirá sua pena em regime aberto.

Logo, reafirma-se que a vedação da preventiva para réus primários cuja pena em abstrato não for superior a quatro anos é corretíssima, pois acaba por estabelecer que a cautela não deve ser mais grave que o resultado.

Outra possibilidade de decreto de prisão preventiva é se o crime doloso foi cometido envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência física, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (é o texto do artigo 313, III, do CPP). Significa que o legislador manteve o requisito de “garantia da execução de medidas protetivas”, já anteriormente estabelecido pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). As medidas protetivas se encontram nos artigos 22 a 24 da citada lei.³³⁷

³³⁶ É que mesmo não sendo reincidente e tendo a pena máxima aplicada em até quatro anos, é possível iniciar o cumprimento da pena em regime mais gravoso que o aberto, dependendo das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP (vide artigo 33, §4º, do CP).

³³⁷ “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 nº 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) freqüentação 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.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º (omitido)

§ 3º (omitido)

§ 4º (omitido)

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Ora, o legislador estabelece que independentemente de ser o crime punido com reclusão ou detenção e independentemente do máximo da pena aplicável em abstrato, caso seja necessário assegurar a aplicação das medidas protetivas, a prisão preventiva será admitida.

Nesse caso, há os seguintes requisitos: 1) prova da materialidade e indício suficiente de autoria de crime doloso que envolva violência doméstica contra alguém considerado vulnerável (mulher, criança, idoso etc.); 2) necessidade de assegurar medida protetiva previamente estabelecida; e 3) exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O terceiro requisito, apesar de não estar expresso, é condição sem a qual não se pode decretar a cautelar prisional em questão, sob pena de inconstitucionalidade da medida. Pois, se ficar entendido que bastam os dois primeiros requisitos indicados, sem o exame da proporcionalidade, corre-se sério risco de a medida cautelar ser mais gravosa do que o provimento final do processo, o que seria – mais uma vez – desarrazoado.³³⁸

Outro requisito ou possibilidade para o decreto da prisão cautelar é a falta, o não fornecimento ou a dúvida da identificação civil do acusado, prevista no parágrafo único do artigo 313 do CPP (redação dada pela Lei nº 12.403/2011).

O legislador, não obstante ter abandonado a possibilidade da prisão preventiva pelo fato de o acusado ser vadio, de forma retrógada, equivocada e inexplicável para o moderno mundo tecnológico de hoje, possibilita prender preventivamente um cidadão que não tiver, não fornecer, ou oferecer alguma dúvida sobre sua identificação civil. Poderia ter sido bem pior não fosse a regra posta de soltá-lo imediatamente depois de a questão da identificação haver sido sanada.

Espera-se, ao menos, que quem ordene a prisão deixe explícito que após identificar o preso, seja este libertado imediatamente, sob pena de os incautos entenderem que será preciso oficiar à autoridade judicial para que tome conhecimento do fato e expeça ordem de soltura.

O legislador processual penal estabeleceu no art. 314 do CPP que a prisão preventiva não será decretada se o juiz, valorando os elementos informativos ou as provas dos autos, verificar que o fato típico foi praticado mediante as excludentes de ilicitude indicadas pelo

“Parágrafo único (omitido).”

³³⁸ “A prisão preventiva, expressamente prevista na Lei Maria da Penha, é cabível para garantir o cumprimento das medidas protetivas lá contidas. Contudo, ferido resta o princípio da razoabilidade quando a prisão cautelar dá causa ao surgimento de regime mais rigoroso do que o incidível no caso de condenação. Concessão do pleito de liberdade provisória que se impõe. Ordem concedida em parte. Decisão unânime.” (HC 2009308748). Ementa citada em GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 156.

artigo 23 do Código Penal, a saber: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal. Mougenot acrescenta que não se deve decretar a prisão preventiva se o fato típico foi cometido sob as excludentes de culpabilidade, coação moral irresistível ou erro de proibição.³³⁹

Não se decreta a prisão preventiva se é possível que alguma outra medida cautelar (ou mais de uma) seja decretada em seu lugar. Interessante notar que a lei estabelece ser possível decretar a cautela de prisão caso haja descumprimento das cautelares substitutivas. Pergunta-se: o fato de descumprir uma medida cautelar substitutiva deve ser determinante para o decreto da prisão preventiva? A interpretação sistemática do dispositivo traz algumas ponderações. Imagine-se um crime de furto, após o qual o indivíduo foi solto por meio da fiança. Se ele quebrar a fiança, poderá ser preso preventivamente? Pode. Mas o fundamento pode ser tão somente o descumprimento da cautelar de fiança? Entende-se que nenhuma medida cautelar deve ser decretada sem a existência comprovada do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, além do que sempre será necessário o exame da proporcionalidade da medida. Logo, o fato de descumprir uma medida cautelar substitutiva não ocasiona a automática decretação da prisão preventiva.

Antônio Scarance Fernandes, ao dissertar sobre as modificações impostas pela Lei nº 12.403/2011, opina que num primeiro momento o descumprimento da cautelar substitutiva não poderia acarretar um decreto de prisão preventiva sem que estivesse presente pelo menos um dos requisitos do artigo 312 do CPP. Porém, após maior ponderação, julga não ser necessária a presença de um dos requisitos da prisão preventiva, pois se eles já existissem a prisão já deveria ter sido decretada.³⁴⁰

A nosso ver, está equivocada o raciocínio de Scarance. Primeiro, há casos, como os dos crimes dolosos, cuja pena máxima em abstrato é de até quatro anos, em que há vedação expressa – art. 313, I, do CPP – de que se decrete a prisão preventiva, salvo as exceções dos incisos seguintes e do parágrafo único.

Segundo, mesmo nos casos em que seja possível, por lei, decretar a preventiva e em que efetivamente estejam presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, é preciso verificar se

³³⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma no Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88-89.

³⁴⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **Medidas Cautelares**. Boletim IBCCRIM, p. 7, ano 19 – nº 224 – julho/2011 – ISSN 1676-3661. Tendo em vista nossa discordância com o que foi afirmado pelo autor, prefere-se citar o texto comentado: “Outra prisão preventiva é a decorrente do descumprimento de outra medida cautelar. Está hipótese suscita dúvida. Indaga-se se, para a sua decretação, será necessário observar a previsão do art. 312 ou basta o simples descumprimento de outra medida cautelar. A nossa primeira impressão foi de que seria necessário observar as regras do art. 312. Todavia, se ocorrer um das hipóteses do artigo 312, a prisão preventiva já deveria estar decretada, não sendo imposta outra medida cautelar. Assim, trata-se de prisão cuja finalidade é assegurar a efetividade das demais cautelares”.

não seria pertinente substituir a prisão preventiva por outra medida cautelar. É o que dispõe o art. 282, § 6º, do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar”.³⁴¹

Terceiro, antes de tomar qualquer decisão que implique restrição de direito, ou seja, antes de optar por qualquer medida restritiva de direitos, seja cautelar de prisão ou de outra espécie, o juiz deve fazer o exame da proporcionalidade para chegar à decisão de qual medida deve ser adotada.

³⁴¹ O artigo 319 apresenta o rol das medidas cautelares diversas da prisão processual. Eis o texto:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

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

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

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

4 A PROPORCIONALIDADE APLICADA À PRISÃO CAUTELAR

4.1 Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade no Processo Penal

O processo penal já foi tido, unicamente, como meio legítimo de o Estado impor penas. É bem verdade que alguns autores e boa parte dos aplicadores continuam dando ênfase desmedida a esse fundamento.

Como afirma D'Urso, “o processo penal vem, larga e progressivamente, sendo utilizado como mero instrumento de defesa social”.³⁴² Em trecho posterior, menciona Silva Sanches, chamando a atenção para o “tríplice ocaso que tomou conta, nos últimos tempos, do direito penal e do processo penal: a) o ocaso das garantias fundamentais; b) o ocaso das garantias materiais; c) o ocaso do princípio da utilidade da intervenção penal”.³⁴³

Mogenout Bonfim³⁴⁴ afirma que o processo pode ser visto sob dois aspectos: a) “um instrumento que determina como será exercido o poder do Estado de averiguar a verdade e impor sanções”; b) “uma garantia para o réu”.

Aury Lopes Jr. enfrenta a temática do fundamento da existência do processo penal fazendo a opção “pela leitura constitucional e, desta perspectiva, visualiza-se o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais”.³⁴⁵

Ademais, como o Brasil assumiu constitucionalmente que é um Estado democrático de direito e que é inerente a essa ideia a limitação dos atos dos poderes públicos e a garantia dos direitos fundamentais, não é possível optar por uma política criminal que enxergue o indivíduo como meio para a consecução de um fim; ao contrário, deve considerá-lo como sujeito de direitos, digno de proteção perante a pretensão punitiva estatal. Como bem disse Nucci, “no processo penal, portanto, busca-se enaltecer o ser humano, resguardando a segurança pública na exata proporção da necessidade”.³⁴⁶

O processo penal, portanto, deve ser visto como instrumento de garantias e direitos do cidadão, em relação ao *ius puniendi* do Estado. Como bem questionou J. Goldschmidt,

³⁴² D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 88.

³⁴³ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 90.

³⁴⁴ BONFIM, Edilson Mogenout. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6.

³⁴⁵ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 7.

³⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 48.

citado por Lopes Jr.:³⁴⁷ “Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo?” Ora, o Estado é soberano, detentor de todo o poder, e poderia impor a pena sem processo, como já fizera no passado. No entanto, a resposta à indagação retórica de Goldschmidt é que o processo penal serve de defesa do indivíduo, de garantia contra o abuso do poder estatal para punir. Nessa linha preceitua Lopes Jr.:

A resposta passa, necessariamente, por uma leitura constitucional do processo penal. Se, antigamente, o grande conflito era entre o direito positivo e o direito natural, atualmente, com a recepção dos direitos naturais pelas modernas Constituições democráticas, o desafio é outro: dar eficácia a esses direitos fundamentais.³⁴⁸

Nessa esteira de pensamento, o processo penal será visto com o desafio de materializar os direitos fundamentais. Como bem afirmou Pacheco, quando tratou da multifuncionalidade e da integralidade dos direitos fundamentais no processo penal, “uma interpretação constitucional-sistemática do ordenamento jurídico leva de um processo penal redutivo-punitivo a um processo penal holístico garantista (de direitos fundamentais)”.³⁴⁹

No entanto, não se pode olvidar o conflito existente no processo penal entre a liberdade do cidadão e a pretensão punitiva do Estado. Não se pode negar que sua ingerência na vida do particular é das mais danosas no ordenamento jurídico, pois não se restringe a afetar o direito de ir e vir; para além disso, na prática, termina por afetar o direito ao convívio familiar, os direitos políticos e o direito ao livre exercício de profissão. Ademais, não se pode negar que com a notória superlotação dos presídios e suas inadequadas e insalubres instalações o direito à saúde, ao lazer e à integridade física pode ser atingido.

É nesse contexto que a proporcionalidade surge como indispensável instrumento para limitar das ingerências estatais – seja do Poder Executivo, seja do Legislativo ou do Judiciário – nas liberdades do corpo social. Repita-se a lição de Paulo Bonavides quando afirma que a proporcionalidade é o grande instrumento de proteção das garantias fundamentais:

³⁴⁷ GOLDSCHMIDT *apud* LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 7-8.

³⁴⁸ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 7.

³⁴⁹ PACHECO, Denilson Feitosa. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 43.

Chegamos, por conseguinte, ao advento de um novo Estado de Direito, à plenitude da constitucionalidade material. Sem o princípio da proporcionalidade, aquela constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas da lei.³⁵⁰

Como já dito, a proporcionalidade tem como elementos a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Não é possível reduzir seu conteúdo ao mero exame da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), como aparentemente pretende Oliveira³⁵¹, apesar de ser um avanço, tendo em vista que muitos aplicadores desprezam totalmente a garantia da proporcionalidade.

A proporcionalidade deve ser encarada sob duas perspectivas, quais sejam: a dimensão normativa e a dimensão metodológica. Eis o entendimento de Wilson Steinmetz:

O princípio da proporcionalidade pode ser concebido sob uma dupla perspectiva: (i) normativa e (ii) metodológica. (i) O princípio da proporcionalidade é norma constitucional – e, portanto, vincula os poderes públicos, sobretudo o Poder Judiciário (...). (ii) O princípio da proporcionalidade é uma estrutura (um método) racional de argumentação; ele concretiza um procedimento racionalmente estruturado.³⁵²

Instigante é o pensamento de D'Urso ao apontar que o princípio da proporcionalidade tem aplicação hermenêutica, sendo enfocada a sua aplicação no processo penal, a resultar na conseqüente limitação “à restrição de eventuais direitos individuais”.³⁵³ Prossegue seu ensinamento da seguinte forma:

O caráter concretizante da hermenêutica constitucional, bem como do processo penal na efetivação da justiça material, que alia princípios constitucionais de caráter normativo à realidade, demanda do juiz criminal nas suas decisões uma interpretação construtiva da lei para que, nos conflitos

³⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 425.

³⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 389-392.

³⁵² STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais, p. 267. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 12, nota de rodapé 2. No mesmo sentido, Pontes *apud* ARAÚJO (2002, p. 45) expõe: “o princípio da proporcionalidade (...) exerce simultaneamente na ordem jurídica uma dupla função: de proteger a esfera de liberdade individual contra medidas estatais arbitrárias, e de viabilizar a concretização ótima dos direitos fundamentais e de todo o elenco de pretensões constitucionalmente reconhecidas através das diferentes regras e princípios constitucionais”.

³⁵³ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 93.

e nas restrições a direitos fundamentais, permaneça intocado o núcleo essencial desses direitos, qual seja a dignidade da pessoa humana.³⁵⁴

No mesmo sentido de que o intérprete deve respeitar e concretizar a dignidade da pessoa humana, associando a proporcionalidade com a dignidade da pessoa humana, entende-se a proporcionalidade como meio de evitar que as decisões ou atos estatais (Executivo, Legislativo ou Judiciário) interfiram no núcleo dos direitos fundamentais, coisificando o homem. Ensina Guerra Filho:

Seria por intermédio dela [respeito à dignidade da pessoa humana] que se incluiria o princípio da proporcionalidade no plano constitucional, para ser observado em qualquer medida do Estado, pois constitui uma degradação da pessoa a objeto se esta for importunada pelo emprego de meios mais rigorosos do que exige a consecução do fim de bem-estar da comunidade.³⁵⁵

A aplicação do princípio da proporcionalidade como método de interpretação vislumbra a aplicação da norma de uma maneira mais humana e próxima à realidade, devolvendo ao juiz a responsabilidade de respaldar suas decisões sempre em consonância com a Constituição Federal, respeitando, dessa forma, os princípios trazidos por ela, explícita ou implicitamente.³⁵⁶

Para além de um método de interpretação, o princípio da proporcionalidade revela sua importância quando visto sob a dimensão normativo-garantidora, de imposição constitucional, pois estabelece parâmetros que norteiam o legislador e o aplicador do direito quando suas decisões restringirem garantias fundamentais.³⁵⁷

No mesmo passo, a lição de Guerra Filho: “o princípio da proporcionalidade se consubstanciaria em um garantia fundamental, ou seja, direito fundamental com uma dimensão processual, de tutela de outros direitos – e garantias – fundamentais (...)”.³⁵⁸

³⁵⁴ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 94.

³⁵⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 259.

³⁵⁶ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 94.

³⁵⁷ Nesse sentido, ARAÚJO aponta: “Justamente porque no Estado de Direito se exige a preservação da Constituição na maior medida possível, a proporcionalidade, mais que um método, constitui uma autêntica imposição constitucional”. In: ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade – significado e aplicação prática**. Campinas: editora Copola, 2002, p. 45.

³⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 267.

Como bem afirmou D'Urso, “a proporcionalidade contextualiza-se no processo penal como instrumento para garantir e concretizar valores de índole constitucional no caso concreto”.³⁵⁹

Um ponto a ponderar é se o princípio da proporcionalidade poderia ser utilizado, no processo penal, em detrimento das garantias fundamentais do acusado. Um exemplo da tentativa de utilizar o princípio da proporcionalidade, no processo penal, às avessas é a discussão sobre a possibilidade de produzir prova e aceitar provas ilícitas utilizando a proporcionalidade como fundamento³⁶⁰. Veja-se, por exemplo, o pensamento de Fabio Bitencourt da Rosa:

A proporcionalidade constitui um postulado de interpretação sobre os limites de eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Na época atual, de insegurança inquestionável e de uma criminalidade sofisticada, quase imune à jurisdição, preconiza-se um questionamento dos direitos e garantias individuais. Por tal modo, quando se evidencia situação que põe em perigo a ordem, a segurança, a economia, a saúde pública ou o meio ambiente, põe-se o julgador a apreciar no cotejo de interesses qual o preponderante, ou seja, se o interesse coletivo ou a garantia individual. A proporcionalidade, diante disso, caracteriza-se como critério limitador do gozo dos direitos fundamentais (...).³⁶¹

Não parece correta a ideia do autor, em que pese que para um modelo de lei e ordem seja bastante atraente. Primeiro, de se ponderar que é extremamente criticável a dicotomia interesse coletivo *versus* garantias individuais. Aury Lopes Jr. entende que tal discussão – público *versus* privado – resta superada por causa da “complexidade das relações sociais, que não comportam essa dualidade cartesiana”.³⁶²

Igualmente, é preciso ponderar que em material penal (material ou processual) deve ser do interesse de todos (coletividade) que as garantias fundamentais do réu (individualidade) sejam respeitadas e concretizadas, ou nas palavras de Lopes Jr.: “em matéria penal, todos os

³⁵⁹ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 101.

³⁶⁰ Vide, por exemplo, a assertiva de Fabiana Prado: “O princípio da proporcionalidade, cujo desenvolvimento esteve vinculado à ideia de proteção dos direitos fundamentais (...) assume, no processo penal, por meio do discurso ideológico da “segurança”, uma feição completamente oposta àquela que o caracterizou em sua origem: a de instrumento de limitação e, por vezes, até mesmo negação dos direitos fundamentais” In: PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 180.

³⁶¹ ROSA, Fabio Bitencourt da. Proporcionalidade: perigo do conceito aberto. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 153, p. 5, agosto de 2005.

³⁶² Aury Lopes Jr., **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 11.

interesses em jogo (...) superam em muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos fundamentais (ou “públicos”, se preferirem).³⁶³

Os direitos fundamentais são postos não somente contra o Estado, e sim por meio do Estado. Todos eles são públicos, por assim dizer. Nesse sentido, D'urso assevera que “as concepções subjetiva e objetiva ou formal e material da atuação do estado (pós-positivismo) na persecução penal o limita, portanto, na restrição de direitos do indivíduo e o obriga positivamente à promoção de garantias processuais”.³⁶⁴

Ademais, o próprio fundamento da proporcionalidade, que é o de por um lado limitar o arbítrio estatal e por outro efetivar as garantias fundamentais, impede que seja utilizado como meio de defesa social em detrimento ao acusado.

Não se pode, portanto, olvidar a ampla aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal e no Direito Processual Penal, já que são normas que limitam, por natureza, o arbítrio do Estado ante a liberdade individual. Já que a proporcionalidade tem como finalidade, no dizer de Delmanto, “com base em valores constitucionais, limitar as restrições que o Estado, no seu exercício do *ius puniendi* e do *ius perseguendi*, pode vir a impor ao cidadão”.³⁶⁵

4.2 O Exame da Proporcionalidade e a Fundamentação Necessária para o Decreto da Prisão Cautelar

Fábio Delmanto informa que o marco histórico da necessidade de impor limites ao poder estatal de restringir a liberdade do indivíduo, antes do trânsito em julgado, foi a morte do Dr. Hoffle em 1925, conhecido político, preso cautelarmente, que causou grande polêmica na Alemanha. Informa ainda que “a justificação dogmática da proporcionalidade somente se fixou durante a Segunda Guerra Mundial”, quando se tornou corrente a ideia de que as normas processuais deveriam ser limitadas pelas normas constitucionais e seus valores.³⁶⁶

³⁶³ Aury Lopes Jr., **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 11.

³⁶⁴ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 82.

³⁶⁵ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

³⁶⁶ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53.

Ora, tendo o Estado feito a opção de instituir a prisão processual, deve rodeá-la de limitações para que o aplicador da lei não abuse do poder de cautela e venha a ferir os núcleos de diversos direitos e garantias fundamentais.

A Corte Constitucional Alemã, segundo Gilmar Mendes, firmou entendimento que as decisões tomadas pelo Judiciário, com base na lei, estão submetidas ao controle da proporcionalidade. Em suas palavras, “significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade”.³⁶⁷

Barroso entende que a razoabilidade (ou proporcionalidade, já que para ele são termos fungíveis) permite que o Judiciário faça o controle dos atos normativos do Poder Legislativo, dos atos da Administração Pública, e acrescenta que “também no domínio do Poder Judiciário o princípio teve aplicabilidade, notadamente no tratamento das medidas cautelares”.³⁶⁸

No tocante ao processo penal e às medidas cautelares, o princípio da proporcionalidade serve como critério de constitucionalidade da medida restritiva da garantia fundamental de liberdade. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes afirma que “uma das mais relevantes funções que o princípio da proporcionalidade está apto a desempenhar (...) é a de servir de parâmetro da constitucionalidade e convencionalidade de todas as restrições aos direitos fundamentais”.³⁶⁹

O aplicador, portanto, tem de, obrigatoriamente, ao efetuar o exame da necessidade, ou não, da prisão cautelar, no caso concreto, fazer uma leitura constitucional para verificar se o ato de restrição de liberdade respeita o conteúdo mínimo das garantias fundamentais. Nesse sentido, o pensamento de D’Urso:

A norma que permite a invasão a esses direitos individuais deve ser interpretada. O caráter concretizante da hermenêutica constitucional, bem como do processo penal na efetivação da justiça material, que alia princípios constitucionais de caráter normativo à realidade, demanda do juiz criminal nas suas decisões uma interpretação construtiva da Lei para que, nos

³⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 69-70.

³⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233-236 e 252-253.

³⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

conflitos e nas restrições a direitos fundamentais, permaneça intocado o núcleo essencial desses direitos, qual seja a dignidade humana.³⁷⁰

Partindo da premissa de que o exame da proporcionalidade é imprescindível para que o decreto ou a manutenção da prisão processual seja constitucional e que, segundo, Antônio Magalhães Gomes Filho, “a falta de motivos ou a fundamentação deficiente ou contraditória mutilam a própria integridade do ato judicial”,³⁷¹ entende-se que a falta de exame da proporcionalidade da medida cautelar prisional, por si só, acarreta insuficiência de motivação. Na mesma linha de pensamento, Luiz Flávio Gomes afirma que:

O juiz, conseqüentemente, no momento em que decretar qualquer tipo de medida cautelar contra o suspeito ou indiciado ou acusado, tem de seguir (obrigatoriamente) não somente as duas exigências expressas no texto legal (necessidade e adequação), senão todas as decorrentes ou relacionadas com o princípio da proporcionalidade.³⁷²

Ainda sobre a necessidade de, na fundamentação do decreto ou na manutenção da cautelar, examinar os subprincípios da proporcionalidade, vale salientar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 93, IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. O mandamento de fundamentar as decisões é verdadeiro direito fundamental do cidadão. Ademais, quando se trata de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o artigo 5º, LXI, da CF/88 garante que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)”.

Na ordem infraconstitucional encontra-se o artigo 315 do Código e Processo Penal, e nele o seguinte comando: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Já no artigo 282 do CPP, referindo-se às medidas cautelares, incluindo-se, por óbvio, a cautelar prisional, tem-se o seguinte comando: “As medidas cautelares previstas neste título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente

³⁷⁰ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 94.

³⁷¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

³⁷² GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Ademais, o parágrafo sexto do artigo 282 do CPP diz: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Dos textos normativos acima transcritos, conclui-se que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva deve ser sempre motivada. E qual seria a motivação suficiente? Bem, ela teria de demonstrar por que a medida é adequada e necessária para o caso, bem como por que se decretou uma medida de cautela prisional em lugar de outra medida cautelar menos gravosa, tudo diante dos fatos do caso concreto. Em síntese, não se poderia atender aos comandos acima descritos sem que se promovesse o exame do princípio da proporcionalidade.

Não obstante o fato de que certas medidas legislativas e administrativas podem ser impostas sem o prévio exame da proporcionalidade, e como disse Pacheco, “se houver questionamento da proporcionalidade desse tipo de medida, a motivação será exigida posteriormente”,³⁷³ quando se trata de decisão judicial para intervir em direitos fundamentais, mais especificamente, quando se trata de decisão de decreto ou manutenção (reexame) de prisão processual, a motivação judicial só será suficiente se for feito o exame da proporcionalidade.³⁷⁴

Ora, a falta de exame da proporcionalidade, ou seja, de seus elementos, em última análise, gera, repita-se, deficiência de motivação e, por conseguinte, nulidade da medida restritiva de liberdade. Até porque é por meio desse exame que “o acusado poderá contestar o eventual mau (ou equivocado) emprego da proporcionalidade por parte do juiz, insurgindo-se contra a decisão mediante *habeas corpus*, quando couber”.³⁷⁵ E como vem pregando Bonavides, “a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se não de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados”.³⁷⁶

Propõe-se o seguinte roteiro para verificar se a fundamentação da prisão processual é suficiente e, portanto, constitucional: 1) verificar se estão presentes, cumulativamente, a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria; 2) verificar a inexistência de causa

³⁷³ PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da Proporcionalidade no Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 139.

³⁷⁴ PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da Proporcionalidade no Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 139-140.

³⁷⁵ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 65.

³⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 395.

impeditiva de prisão preventiva (caso a prisão processual seja a preventiva); 3) verificar se estão presentes os requisitos da prisão preventiva ou temporária, dependendo do caso; e 4) fazer o exame da proporcionalidade.

Para o exame da proporcionalidade, sugere-se o seguinte roteiro: 1) qual o fim pretendido? O fim pretendido é legítimo? Com o meio escolhido (prisão cautelar) será alcançado o fim pretendido? 2) há outro meio (medidas cautelares substitutivas, artigo 319 do CPP, por exemplo) que não a prisão cautelar para se chegar ao mesmo fim? 3) o fim a ser alcançado é tão importante que justifica a restrição à liberdade e outros princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana ou a excepcionalidade da prisão processual?

Ao verificar que qualquer dos elementos da proporcionalidade não foi satisfeito evita-se decretar a prisão cautelar. E caso já haja prisão cautelar, deve-se revogá-la ou substituí-la, sob pena de ferir garantias fundamentais e, por conseguinte, tomar uma decisão inconstitucional. Nessa linha de pensamento, a lição de Fábio Delmanto:

A proporcionalidade constitui, sem dúvida, um dos princípios mais importantes para o tema em estudo, visto que, ao denunciar a eventual desproporcionalidade da prisão provisória no caso concreto (seja por desnecessidade, inadequação ou mesmo desproporcionalidade da medida em relação à pena previsivelmente aplicada), exige seja afastada ou mesmo evitada (...).³⁷⁷

Como assevera Helenilson Cunha Pontes, “o intérprete do Direito não pode optar se atende ou não atende ao princípio da proporcionalidade, pois é seu dever concretizar esse princípio, sob pena de inconstitucionalidade da decisão jurídica”.³⁷⁸

4.3 Aplicando o Exame da Proporcionalidade em Casos de Prisão Preventiva

Destaca-se, neste ponto, que por ocasião do capítulo 3 deste trabalho analisou-se detidamente a natureza cautelar da prisão processual, cada uma das espécies de prisão processual, os requisitos (finalidades) da prisão preventiva e temporária, as situações de impedimento e as garantias fundamentais limitadoras da utilização da prisão como medida de

³⁷⁷ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30.

³⁷⁸ PONTES *Apud* ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da Proporcionalidade – significado e aplicação prática. Campinas: Ed. Copola, 2002, p. 45.

cautela processual. Remete-se o leitor àquele capítulo sempre que tiver necessidade de um apanhado mais específico da prisão cautelar.

O artigo 312 do Código de Processo Penal regula a prisão preventiva estabelecendo que ela poderá ser decretada quando houver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, e estiver presente uma das finalidades elencadas, a saber: para garantir a ordem pública, para garantir a ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal.

Ademais, o parágrafo único determina que caso tenham sido estabelecidas outras medidas cautelares (art. 319 do CPP) e tenha havido descumprimento, é possível a decretação da prisão preventiva.

No exame da proporcionalidade, como visto, o primeiro passo é verificar se a medida de restrição afeta um direito fundamental do destinatário, o que se denomina de subsunção *prima facie*. No caso de prisão cautelar é fácil verificar que muitas posições do indivíduo podem ser afetadas. Por exemplo, o direito de locomoção, a presunção de inocência, o direito de trabalhar, de convivência familiar, a dignidade da pessoa humana, entre outros que devem ser sempre analisados em cada caso concreto.

Feita a subsunção *prima facie*, é preciso verificar se o fim pretendido é legítimo.³⁷⁹ Aqui um ponto tormentoso, uma questão polêmica. Seria a garantia da ordem pública um fim legítimo a ser perseguido por meio da prisão cautelar?

A garantia da ordem pública, em que pese a indeterminação da expressão e sua falta de conceituação legal, tem sido tratada como um “estado de paz social experimentado pela população e decorre do grau de garantia individual ou coletiva que o poder público propicia”.³⁸⁰

O dever do Estado de garantir a ordem pública está expressamente previsto no artigo 144 da Constituição Federal de 1988: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – policial ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares”.

³⁷⁹ Sobre a necessidade de fins legítimos, remete-se o leitor ao tópico 2.5.2, p. 43 e ss., do presente trabalho.

³⁸⁰ SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança Pública e Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 17-18.

Observe-se que a segurança pública que deve garantir a ordem pública é dever do Estado exercido por meio de certos órgãos, ligados ao Executivo, não tendo sido mencionado o Judiciário. Dizendo de outra forma, não é papel primordial de um magistrado manter a ordem pública. Diz-se primordial, pois se reconhece que, como a segurança pública é direito e responsabilidade de todos, é possível dizer que ele (magistrado) também é responsável pela segurança pública.

Para Pacheco, a medida de cautela prisional deve “contribuir para as finalidades imediatas da persecução criminal”³⁸¹ e deve contribuir com “o fim mediato geral da persecução criminal, que é a segurança pública”.³⁸² Mas ele entende que “no caso concreto, deve-se verificar se a medida cautelar pessoal é adequada aos fins imediatos e mediatos (geral e específico) da persecução criminal, ou seja, se contribui para a realização desses fins”.³⁸³

Parte do desafio é que a prisão visando garantir a ordem pública não está para o processo, não tem natureza cautelar processual. É prisão para defesa da sociedade, não contribuindo, portanto, para os fins imediatos do processo. No pensar de Fábio Delmanto, ao tratar da garantia da ordem pública e da ordem econômica, “não buscam garantir a realização ou eficácia do processo (cautela instrumental ou cautela final), mas, sim, evitar que o delinquente volte a cometer crimes ou mesmo como medida de defesa social”.³⁸⁴

Já Aury Lopes Jr. é mais radical e não aceita que seja atribuição dos juízes garantir a ordem pública por meio de prisão antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, concluindo que as prisões com a finalidade de garantir a ordem pública e a ordem econômica não são cautelares processuais e, portanto, são substancialmente inconstitucionais.³⁸⁵

De novo a pergunta: seria a garantia da ordem pública um fim legítimo a ser alcançado pela prisão cautelar? Entende-se que não, e por várias razões. Destacam-se duas: 1) o termo é tão vago que possibilita o atingimento da liberdade por inúmeros motivos; 2) sua natureza não é cautelar instrumental, não visa contribuir com as finalidades imediatas da persecução penal, ferindo a presunção de inocência.

³⁸¹ Segundo Pacheco, as finalidades imediatas da persecução criminal são demonstrar a materialidade e a autoria do crime, iniciar o processo penal em sentido estrito, obter uma sentença definitiva com trânsito em julgado e garantir os direitos fundamentais do acusado. Vide: PACHECO. Denilson Feitosa. **O princípio da Proporcionalidade no Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 165.

³⁸² PACHECO. Denilson Feitosa. **O princípio da Proporcionalidade no Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 248.

³⁸³ PACHECO. Denilson Feitosa. **O princípio da Proporcionalidade no Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 249.

³⁸⁴ DELMANTO, Fábio. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159.

³⁸⁵ LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 203.

Contudo, registra-se que apesar de se entender que a garantia da ordem pública não é um fim legítimo para ser alcançado via prisão processual, em casos de rara exceção é preciso intervir para acautelar o meio social. Seria lícito, por exemplo, prender provisoriamente um franco-atirador ou um delinquente serial. Entretanto, essa medida extrema e excepcional teria de ser circundada pelas garantias fundamentais, e sua duração deveria ser tão só a necessária para a apuração dos fatos em contraditório e em ampla defesa.

Tanto a finalidade de garantir uma instrução criminal sem indevidas perturbações quanto a de garantir que ao fim do processo, caso haja condenação, guardam concordância com as finalidades imediatas da persecução criminal, ou seja, são finalidades endoprocessuais. Em outras palavras, ambos os requisitos da prisão preventiva têm natureza cautelar processual.

Ora, tanto a subsunção *prima facie* quanto a legitimidade do fim estariam, *a priori*, satisfeitas. Passa-se então para a próxima pergunta: o meio escolhido contribui de alguma forma para atingir o fim pretendido (conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal)?

A resposta dependerá da análise do caso concreto. Eis um caso hipotético. Suponha que o Ministério Público deu entrada numa representação pela prisão preventiva de João por crime de peculato e formação de quadrilha, sob o fundamento de que, caso solto, teria acesso a documentos e pessoas que poderiam servir de prova contra si.

O juiz, ao decidir se decreta ou não a prisão preventiva, após verificar se há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, se não há nenhum impedimento legal³⁸⁶ e se está presente a necessidade de garantir a conveniência da instrução criminal, analisaria o seguinte: 1) O fim garantir a instrução criminal é legítimo? Sim. 2) O meio prisão cautelar o impediria de ter acesso a documentos e pessoas que poderiam servir de prova para sua condenação? Sim. 3) Existe outro meio que seja menos gravoso que a prisão cautelar e que alcançaria a finalidade? Sim. Por exemplo, o juiz poderia estabelecer que João não se comunicasse com as pessoas tais e tais. Igualmente, poderia afastá-lo do cargo público, além de determinar que não frequentasse tais e tais repartições públicas. Ademais, poderia ordenar seu comparecimento regular em cartório. Poderia decretar uma busca e apreensão de documentos e até mesmo a produção de prova antecipada, em último caso.

³⁸⁶ Sobre os impedimentos estabelecidos por lei para a decretação da prisão cautelar, vide, no presente trabalho, as páginas 87 e ss.

Veja que no caso hipotético descrito, ao se avançar para o exame da proporcionalidade em sentido estrito, poder-se-ia sopesar se a produção desimpedida de prova – admitindo para fins do presente estudo que a prisão seria o único meio eficaz de sua produção – seria tão relevante a ponto de justificar que se tirasse a liberdade de João. Primeiro, os crimes de peculato e formação de quadrilha não comportam violência ou grave ameaça a pessoa. Segundo, as penas privativas de liberdade dos crimes, cumuladas materialmente, variam de 03 a 15 anos de reclusão. Se João é primário, sem antecedentes, é provável que sua pena não exceda a 08 anos e seu regime de pena seria semiaberto. Se sua pena não excedesse a 04 anos, caberia substituição de pena (art. 44 do CP). Ora, disso se pode concluir que a cautela é mais gravosa do que a resposta final, o que tornaria a prisão cautelar desproporcional.

4.4 Descrição e Análise de Julgados do Tribunal de Justiça de Alagoas – À Guisa de Ilustração

4.4.1 Considerações Iniciais

Com a finalidade de enriquecer o trabalho com dados concretos, fazendo uma ponte entre a teoria pesquisada e a prática dela (ou não) no Judiciário alagoano, tem-se como necessário promover um levantamento de dados e a subsequente análise para verificar se nos decretos e manutenções das prisões processuais é feito o exame da proporcionalidade e, caso não seja, fazê-lo e verificar se o decreto ou a manutenção da prisão processual ainda seriam mantidos. Além disso, o exame de casos concretos permitirá uma visão mais abrangente de como tem sido encarado o princípio da proporcionalidade no que toca à prisão processual.

Nesse sentido, serão apresentadas recentes decisões do Tribunal de Justiça de Alagoas, em sede de *habeas corpus*, que examinaram pedidos de liberdade em diversas espécies de tipos penais.

A escolha dos documentos aqui transcritos e analisados se deu com os seguintes critérios: 1) todos os julgamentos são do Tribunal de Justiça de Alagoas; 2) todos os julgamentos são feitos em sede de *habeas corpus*; e 3) todas as decisões negaram o pedido de *habeas corpus*. Todavia, não se escolheu o tipo penal em questão, nem a quantidade de presos envolvidos, nem o juízo de primeiro grau que decretou a prisão, nem mesmo a espécie de prisão processual.

Escolheu-se o Tribunal de Justiça de Alagoas por se pretender aplicar o presente estudo à nossa realidade. O ano de 2011 foi escolhido por uma questão temporal, já que as decisões são mais recentes. As decisões são denegatórias, pois se entende que a análise da decisão denegatória seria mais interessante, já que se poderia verificar se o exame (aplicação), ou não, da proporcionalidade poderia acarretar um resultado diverso, ou seja, a concessão de liberdade.

Far-se-á agora o relato de cada caso, buscando os motivos e as circunstâncias que levaram à decisão de se manter a prisão processual. Depois, será aplicado o roteiro proposto, com ênfase no exame da proporcionalidade, para verificar se a decisão permaneceria a mesma.

4.4.2 A Análise dos Julgamentos

1 – Primeiro julgado: *Habeas Corpus* nº 2010.006954-8, tendo como autoridade coatora a quinta vara criminal da capital. O julgamento do *habeas corpus* ocorreu em fevereiro de 2011.

Neste caso, a acusação era roubo e formação de quadrilha. A prisão foi decretada para garantir a ordem pública, pois segundo o juízo de primeiro grau o acusado era voltado costumeiramente ao cometimento de crimes.

O impetrante alegou falta de justa causa para a prisão preventiva, bem como excesso de prazo na constrição cautelar do acusado, que fora preso em flagrante no dia 30/6/2010 e teve a prisão preventiva decretada na data de 18/8/2010.

Em seu voto, o relator entendeu que a fundamentação do magistrado *a quo* era suficiente e estava de acordo com o exigido pelo art. 312 da legislação processual penal. Eis parte do voto:

No caso em tela, em documentos acostados aos autos, verifiquei que o Magistrado de Primeiro Grau manteve a custódia cautelar do Acusado também com fundamento na garantia da ordem pública, motivado pela reiteração criminosa do Denunciado. In casu, penso que a argumentação colocada pelo Juiz Singular, quando da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória postulado pelo Paciente, é convincente, obedecendo aos requisitos dispostos no art. 312 do CPP.

Acrescentou ainda que existiam notícias de ameaças do acusado à vítima e que o fato de ter residência fixa, ser primário e possuir trabalho lícito não lhe dava o direito de responder ao processo em liberdade.

Em relação ao argumento de excesso de prazo, a relatoria discordou, asseverando que muito embora o acusado estivesse preso há mais de cem dias, o processo era complexo, haja vista contar com quatro réus. Sobre este ponto, foi dito pelo relator que os prazos legais prefixados devem ser avaliados de acordo com o princípio da razoabilidade, conforme o caso concreto. Imputou parte do atraso do processo à defesa, que havia feito vários pedidos de liberdade ao juízo de primeiro grau.

A Corte negou o pedido por unanimidade de votos. Foi lavrado o Acórdão nº 3.0149/2011, que teve a seguinte ementa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA LIBERDADE PROVISÓRIA. PRISÃO MANTIDA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. ATRASO DECORRENTE DA COMPLEXIDADE DO FEITO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. NÃO DEMONSTRADA, COM PROVA INEQUÍVOCA, A INÉRCIA ESTATAL. ALEGAÇÕES BASEADAS EM CONJECTURAS. DILATAÇÃO DO PRAZO NÃO IMPUTÁVEL APENAS AO JUDICIÁRIO, MAS TAMBÉM À DEFESA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 52 E 64, AMBAS DO STJ. SITUAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA EM QUE NÃO SE CONSTATA CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INSTRUÇÃO PROCESSUAL JÁ ENCERRADA. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME.

- **A análise do caso**

Primeiro, de acordo com o documento em análise, o acusado foi preso em flagrante delito e reconhecido pelas vítimas. Estão presentes a prova da materialidade do crime e os indícios de autoria, pelo menos no que diz respeito ao crime de roubo, já que pouco se tem dito sobre o crime de formação de quadrilha ou bando. Contudo, para o presente fim, admite-se a presença dos dois pressupostos para ambos os crimes.

Segundo, a prisão preventiva foi decretada para garantir a ordem pública, por causa da reiteração criminosa do acusado, ou seja, ele praticou várias vezes o mesmo fato e até mesmo ameaçou uma das vítimas.

Ora, como o termo ordem pública é elástico e comporta inúmeras interpretações, dentre elas a periculosidade do agente pela reiteração da conduta criminosa, afirma-se que, nesses termos, o requisito se faz presente. O artigo 282 do Código de Processo Penal³⁸⁷, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011, traz como uma das finalidades das medidas cautelares “evitar a prática de infrações penais”.

Terceiro passo, como o crime é de reclusão, com pena máxima maior que quatro anos e não foi praticado sob uma das excludentes de ilicitude, não há nenhum impedimento para a decretação da prisão preventiva.

Neste ponto da análise, vale salientar que nada foi dito sobre a proporcionalidade da medida. Nenhum dos elementos da proporcionalidade foi examinado, o que, por si só, gera insuficiência de fundamentação e nulidade da medida.

Far-se-á, por fim, o exame da proporcionalidade com base no que foi exposto no trabalho. Para o exame da proporcionalidade é preciso responder ao seguinte: 1) Qual o fim pretendido? O fim pretendido é legítimo? Com o meio escolhido (prisão cautelar) será alcançado o fim pretendido? 2) Há outro meio (medidas cautelares substitutivas, por exemplo) que não a prisão cautelar para se chegar ao mesmo fim? 3) O fim a ser alcançado é tão importante que justifica a restrição à liberdade e outros princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana ou a excepcionalidade da prisão processual? O primeiro passo é verificar qual fim foi pretendido com a prisão processual.

No presente caso, o fim pretendido foi garantir a ordem pública. Contudo, seria a ordem pública um fim legítimo para o Estado alcançar por meio da prisão processual? Entende-se que não. Garantir a ordem pública é um fim legítimo para o Estado, mas não é um fim legítimo para se buscar por meio da prisão processual.

A prisão processual é diferente da prisão pena. A finalidade da prisão pena é punir e prevenir o crime,³⁸⁸ Essa não pode ser a finalidade da prisão processual, que é uma medida cautelar do processo.

³⁸⁷ “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Alterado pela Lei 12.403-2011)

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Acrescentado pela Lei 12.403-2011)

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

³⁸⁸ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

Como visto, a garantia da ordem pública não guarda correspondência com a natureza cautelar exigida para a prisão processual, sendo de fato meio de defesa social, que antecipa a pena do acusado, considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que fere a presunção de inocência.

Veja-se que, no presente caso, apesar de não haver antecedentes criminais e, por óbvio, não tendo sido condenado – sem ter sequer sentença condenatória de primeiro grau –, o magistrado afirma que o acusado é culpado de várias práticas delitivas, o que é reafirmado em segundo grau. O indivíduo foi preso, nitidamente, para não continuar a cometer crimes.

Logo, tem-se que o fim, garantia da ordem pública, tendo como fundamento fático a proclamação da culpa antes do trânsito em julgado, sem motivo processual algum, não é legítimo e, por conseguinte, a prisão é desproporcional.

2 – Em 30 de março de 2011 foi julgado o *habeas corpus* nº 2010.007095-0 contra um decreto de prisão preventiva expedido pelo 4º Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher da Comarca de Maceió. A ordem foi denegada, à unanimidade de votos, sendo lavrado o acórdão nº 3.0218/2011. Eis a ementa:

HABEAS CORPUS – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. PACIENTE SEGREGADO HÁ MAIS DE CINCO MESES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. INSTRUÇÃO ENCERRADA, PACIENTE PRONUNCIADO, AGUARDANDO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 21 DO STJ – DENEGAÇÃO DA ORDEM IMPETRADA – UNANIMIDADE.

O impetrante alegou excesso de prazo na manutenção da constrição cautelar (cinco meses, quando impetrou o *habeas corpus*), apontando como autoridade coatora o juiz de direito do quarto juizado da violência doméstica contra a mulher.

O juiz de direito do quarto juizado informa que o paciente fora preso em flagrante em junho de 2010 por tentativa de homicídio contra sua companheira e que, naquele momento, novembro de 2010, o processo já contava com sentença de pronúncia. Acrescenta que os

I - as **penas** aplicáveis dentre as cominadas;

II - a **quantidade** de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o **regime inicial** de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a **substituição da pena** privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” (*grifamos*)

autos já haviam sido encaminhados para uma das varas com competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, a fim de que fosse submetido ao tribunal do júri de Maceió/AL.

Com parecer desfavorável à concessão da ordem, a Procuradoria-Geral de Justiça alegou que se aplicava ao caso a súmula 21 do STJ, a qual apregoa a superação do excesso de prazo quando o custodiado estiver pronunciado.

Em suma, o voto do desembargador, seguido por todos os componentes da câmara criminal, foi no mesmo sentido do parecer ministerial, a fim de denegar a ordem. Para tanto, o relator fez mais que apenas citar a referida súmula; deu a ela a sua interpretação, asseverando que se o réu já foi pronunciado, não há que se falar em excesso de prazo, bem como que inexistente prazo fixado em lei para que o réu pronunciado seja efetivamente submetido ao sinédrio popular. Transcreve-se a seguir parte do voto-condutor:

Do mesmo modo, do conteúdo lógico da Súmula 21 se aduz que, se o réu preso está pronunciado, não tem aceitação alegar excesso de prazo suscitando o período de recolhimento havido anteriormente à pronúncia, **uma vez que se trata de coisas absolutamente distintas.**
(*Grifamos*)

Por fim, o desembargador relator fez um paralelo entre a súmula 21 aplicada ao caso e a súmula 52 (ambas do STJ), a qual informa que depois de encerrada a instrução criminal fica superada a alegação de excesso de prazo.

Sobre o tema, o desembargador construiu o seguinte raciocínio: se o réu permaneceu preso durante toda a instrução processual, fase mais crítica, não será após esta fase que ele deve ser posto em liberdade, até porque faltam poucos atos, e portanto pouco tempo, pressupondo-se que a sentença *condenatória* está próxima.

- **A análise do caso**

O presente caso trata de uma prisão em flagrante decorrente de uma tentativa de homicídio, que foi homologada e mantida pelo juízo de primeiro grau. Não consta no corpo do voto os motivos que levaram à manutenção da prisão em flagrante, já que o juiz ao homologar o flagrante deve examinar a possibilidade de liberdade ou a existência de um dos requisitos da prisão preventiva.

Como não se dispunha das informações necessárias, foi consultado o Diário Oficial de Alagoas; em sua página eletrônica, o réu foi pronunciado como incurso no art. 121 c/c 14, II, do CP e sua prisão mantida por ter antecedentes criminais, já que ele mesmo confessou a prática de outros crimes.³⁸⁹

O impetrante alegou excesso de prazo da prisão processual. Na época da impetração estava preso havia cinco meses. No dia do julgamento do *habeas corpus* já fazia nove meses. Pelo que se depreende da narrativa exposta no voto, o acusado já estava pronunciado quando alegou excesso de prazo, e até o dia do julgamento do *habeas corpus* – nove meses preso – ainda não havia sido julgado pelo Tribunal do Júri.

A decisão foi tomada simplesmente aplicando ao caso a súmula 21 do STJ, ou seja, da subsunção do comando que, uma vez pronunciado, não há de se alegar excesso de prazo ao fato concreto. Mas nada foi dito sobre a proporcionalidade da medida ou sobre a proporcionalidade de sua manutenção, o que por si só acarreta insuficiência de motivação para a manutenção da prisão processual.

Vale enfatizar dois dos argumentos utilizados pelo relator: 1) inexistente prazo fixado em lei para que o réu pronunciado seja efetivamente submetido a julgamento; 2) “segundo a súmula enfocada, não assistiria bom senso em livrar o réu por excesso de prazo após a instrução criminal se durante ela isto não ocorreu, e pressupondo-se ainda que a sentença condenatória está próxima”.

O que se tem aqui? Um indivíduo preso por não haver prazo em lei para seu julgamento. E já que ele ficou preso durante a instrução, não seria recomendável sua soltura, até porque sua condenação era iminente.

Eis o exame da proporcionalidade. Qual o fim pretendido? Não é possível dizer ao certo, mas aparentemente é mantê-lo preso, pois será condenado, ou seja, antecipação de pena. Seria a antecipação de pena um fim legítimo? Repitam-se as palavras de Luiz Flávio

³⁸⁹ Diário de Justiça do Estado de Alagoas (DJAL) de 24/1/2011, p. 99-101.

“Assim sendo, atendendo ao que dispõe o art. 413 do Código de Processo Penal, JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA, para PRONUNCIAR o réu JAIRO DOMINGOS DOS SANTOS, como incurso nas penas do art. 121, combinado com o art. 14, II, do Código Penal, sujeitando-o ao julgamento pelo egrégio Tribunal do Júri, que, dentro de sua soberania constitucional, caso assim entenda, também o julgará pelo crime de lesão corporal capitulado na denúncia. Em respeito ao princípio da inocência, deixo de determinar-lhe o lançamento do nome no rol dos culpados. Considerando que o réu não registra bons antecedentes criminais (fls. 99 e 97), pois ele próprio confessou a prática de outros delitos (fl. 141), seguindo os cânones do § 3º do art. 413 do Código [...] de Processo Penal, deixo de relaxar sua prisão e o mantenho no lugar onde se encontra.”

<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/24321597/djal-jurisdicional-primeiro-grau-24-01-2011-p.-99>. Consulta em 25.8.2011.

Gomes: “A medida é inidônea quando se pretende alcançar fins incompatíveis ou ilegítimos (como a condenação antecipada, a sua prisão para garantir a sua própria segurança etc.)”.³⁹⁰ Nessa mesma linha de pensamento, entende-se que no presente caso o que se pretende é fazer da prisão processual uma antecipação da pena, que segundo o relato está próxima.

Prossegue a análise da proporcionalidade. A medida que inicialmente era necessária (supondo que tenha sido), continua sendo necessária? Nessa fase do procedimento, não poderia ser outra a medida cautelar tomada? Admitindo-se que a prisão é necessária, não haveria outro meio menos gravoso de atingir a finalidade de forma igual ou pelo menos próxima à prisão?

Tendo em mente que a prisão processual se estende por nove meses, já se tornando meio de expiação da culpa, sem que haja julgamento, e pelo que se entendeu do voto, sem julgamento marcado, com algumas fases do processo a cumprir, convém fazer o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, relembrem-se as perguntas de Ávila para aferir a justa medida da restrição: “As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”.³⁹¹

A vantagem seria manter o paciente preso enquanto espera seu julgamento. A desvantagem é que ele já está há nove meses preso, sem julgamento, violando o seu direito a um julgamento em prazo razoável e sua presunção de inocência, sem falar dos aspectos da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, se for condenado, sua pena variará, com o desconto mínimo da tentativa, de quatro anos a 13 anos e quatro meses; e com o desconto máximo da tentativa, de dois anos a seis anos e oito meses.

Levando em conta o que se espera como resultado final em caso de condenação, como o paciente é confesso e não reincidente, sua pena deve ficar próxima da mínima, ou pelo menos bem longe da máxima. Fazendo um prognóstico, seria razoável dizer que sua pena ficaria em torno dos seis anos. Com uma pena privativa de liberdade de seis anos, seu regime de pena em regra seria o semiaberto. Em Alagoas, não se tem um lugar adequado para cumprir a pena em regime semiaberto, de sorte que o juízo da execução penal determina o semiaberto domiciliar. Além do que, se no dia do julgamento já havia ficado preso nove meses, com mais três meses poderia progredir de regime.

³⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

³⁹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173.

Ora, o que se pode concluir? Sua situação de réu preso é pior do que se estivesse condenado, mesmo que no presente momento processual goze da presunção de inocência. Em outras palavras, a medida restritiva é mais grave do que o fim que se pretende alcançar. Portanto, a medida é desproporcional. /

3 – Em maio de 2011, foi julgado o *habeas corpus* nº 2011.002181-9 contra um decreto de prisão temporária expedido pela décima sétima vara criminal da Comarca de Maceió. A ordem foi denegada, à unanimidade de votos, sendo lavrado o acórdão nº 3.0372/2011. Eis a ementa:

HABEAS CORPUS – PRISÃO TEMPORÁRIA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – NÃO CONFIGURAÇÃO – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – IMPRESCINDIBILIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA AS INVESTIGAÇÕES DO INQUÉRITO POLICIAL – NÃO LOCALIZAÇÃO DA PACIENTE – OBSTÁCULO À APURAÇÃO DO CRIME – LEGALIDADE DA PRISÃO – ORDEM DENEGADA.

O caso trata do exame de uma prisão temporária decretada pela 17ª Vara Criminal da Capital, para investigar dois homicídios, que teriam ocorrido dentro do sistema prisional alagoano, contra reeducandos, pelas mãos dos próprios agentes penitenciários.

A paciente, integrante do corpo de enfermagem da instituição penitenciária, teve seu nome envolvido nas investigações, uma vez que teria supostamente deixado o local de serviço e se omitido dolosamente a fim de que o delito fosse consumado, segundo informações prestadas por presos daquele estabelecimento prisional.

Nessa conjuntura, segundo o relatório do acórdão, os argumentos elencados pela impetração contra a prisão temporária foram os de que a paciente teria “*comparecido a todos os atos para os quais foi convocada, prestando esclarecimento perante a autoridade policial, Ministério Público e 2ª comissão permanente de sindicância, ou seja, colaborando nas investigações sobre os assassinatos*”. Acresce que não há justa causa para a prisão, haja vista a fragilidade de provas contra a paciente.

A autoridade apontada como coatora informou que a prisão temporária é fruto de representação da autoridade policial, sendo imprescindível para as investigações.

O relator inicia seu voto asseverando que existem sim indícios de autoria em desfavor da paciente e para tanto lança mão de excerto das informações prestadas pela autoridade impetrada, as quais dão conta de que alguns depoimentos de reeducandos incriminam a paciente.

Em seguida, a relatoria faz breve ponderação a respeito da excepcionalidade da prisão temporária em face, principalmente, do princípio da presunção de inocência. Assim, reafirma os mandamentos normativos contidos nos incisos I e III da Lei nº 7.960/1989 e neles fundamenta a legalidade da prisão.

Argumenta o relator que os pressupostos de materialidade e autoria estão presentes, e quanto à imprescindibilidade para as investigações, se apoia no fato de que em liberdade a paciente possivelmente poderá *“causar embaraço para a solução do caso, através de ameaça aos presos que depuseram indicando sua participação nos crimes, bem como podendo dificultar a produção de outras provas”*.

E sob esses fundamentos a prisão temporária da paciente foi mantida.

• **A análise do caso**

Como o caso diz respeito a uma prisão temporária, apesar de não ter sido indicado no corpo do voto ou da ementa, deduz-se – pela narrativa fática – que se trata de um duplo homicídio qualificado, cujo prazo da temporária é de 30 dias, podendo ser prorrogado por mais 30 dias.

Primeiro, sobre a prova da materialidade do fato é certo afirmar que há prova da materialidade delitiva, porquanto dois presos foram mortos dentro do sistema prisional. Já sobre indícios de autoria de crime de homicídio suficientes para a prisão temporária da paciente, para fins do presente trabalho, admite-se que estejam presentes.

Como o caso é de prisão temporária, verifica-se a presença dos requisitos autorizadores³⁹². É preciso que estejam presentes as circunstâncias indicadas nos incisos I ou

³⁹² “Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver 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);

(...) Os outros incisos foram omitidos.”

II e o crime seja um dos indicados no inciso III. Ou seja, os incisos I e II têm de estar cumulados com o inciso III, para legitimar a prisão temporária.

No caso em análise, o crime sob investigação é o de homicídio, portanto o inciso III da Lei nº 7.960/1989 se acha preenchido, pois a alínea a trata do homicídio doloso (simples ou qualificado).

O motivo da prisão foi o de que “possivelmente poderá *causar embaraço para a solução do caso, através de ameaça aos presos que depuseram indicando sua participação nos crimes, bem como podendo dificultar a produção de outras provas*”.

Primeiro, de se arguir se a possibilidade de ameaça a outros presos e a possibilidade de dificultar a produção da prova se enquadram no requisito como imprescindíveis para as investigações do inquérito policial. Aqui a palavra-chave é imprescindível, ou seja, sem a prisão da paciente as investigações não poderiam prosseguir?

Segundo, nenhum dado concreto, mesmo indiciário, demonstrou que a paciente traz risco à produção da prova. Vale ressaltar que ela (uma enfermeira) já teria “comparecido a todos os atos para os quais foi convocada, prestando esclarecimento perante a autoridade policial, o Ministério Público e a 2ª comissão permanente de sindicância, ou seja, colaborou nas investigações sobre os assassinatos”. Não parece que os fatos indiquem que ela está embaraçando ou que, solta, trará algum risco à produção de prova em sede inquisitorial. A questão é se a prisão é imprescindível para as investigações.

Não parece que esse requisito haja sido preenchido, logo a prisão não estaria autorizada, sendo, portanto, abusiva. Contudo, para que seja feito o exame da proporcionalidade passar-se-á adiante, como se os requisitos houvessem sido preenchidos.

Antes de adentrar no âmago do exame da proporcionalidade, verifica-se no presente caso se algo foi dito sobre a proporcionalidade da medida cautelar, sendo a fundamentação insuficiente e acarretando a inconstitucionalidade da prisão.

Passa-se à análise da proporcionalidade. A finalidade da prisão temporária se deu em virtude da imprescindibilidade das investigações. O fim é legítimo, pois é de natureza cautelar, dizendo respeito à produção de informações para apurar a autoria de um duplo homicídio.

A medida é adequada para atingir o fim? Como supostamente a paciente poderia ameaçar testemunhas que se encontram presas no mesmo local onde trabalha como enfermeira, sua prisão impediria o acesso aos presos.

A medida é necessária? Não haveria outro meio menos gravoso que a prisão da paciente para impedir o acesso aos presos (testemunhas)? Aqui, parece claro que existem outras medidas menos gravosas que a prisão da paciente, que, igualmente, impediriam o acesso aos presos. Por exemplo, ela poderia ser afastada de sua função de enfermeira do sistema prisional; poderia ser impedida de entrar nos presídios; poderia ser monitorada eletronicamente; poderia até ser decretada sua prisão domiciliar. Todas essas medidas, isoladas ou cumulativamente, seriam menos gravosas que o cárcere e alcançariam a finalidade proposta.

Portanto, a prisão temporária da paciente – repita-se, admitindo por questões didáticas que era imprescindível para as investigações do inquérito policial – é desproporcional. Não deveria ter sido decretada pelo juízo de primeiro grau, assim como não poderia ter sido mantida pelo órgão revisor. No entanto, como não se fez o exame da proporcionalidade, a prisão foi decretada e mantida.

4 – Em maio de 2011, foi julgado o *habeas corpus* nº 2011.000619-2 contra um decreto de prisão preventiva expedido pela décima sétima vara criminal da Comarca de Maceió. O Tribunal reexaminou a prisão e negou o pedido de liberdade, à unanimidade de votos, sendo lavrado o acórdão nº 3.0321/2011, tendo a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS – ALEGAÇÃO DE QUE O DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA ESTÁ DESFUNDAMENTADO E FALTA DE JUSTA CAUSA PARA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL – DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL – CONFIGURADA A JUSTA CAUSA PARA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO CRIME – CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DA ORDEM IMPETRADA – UNANIMIDADE.

O caso versa sobre a arguição de prisão preventiva decretada em desfavor de dois indivíduos (um homem e uma mulher), ambos acusados de furto qualificado (art. 155, § 4º, I e II, do CP) e formação de quadrilha ou bando (art. 288 do CP).

Argumenta o impetrante que a prisão dos acusados é ilegal pela falta da prova da autoria e pela precária fundamentação do decreto prisional. Para tanto, aponta a inexistência de participação destes em qualquer ação criminosa e sopesa que, possivelmente, a medida constritiva somente se deu pelo fato de que a acusada fora companheira de um apenado, infringindo, a seu ver, o princípio da pessoalidade da pena.

Continua o impetrante a ressaltar que durante todas as investigações não fora citado o nome de nenhum dos pacientes ou mesmo comprovada qualquer participação ou facilitação em ação delituosa. Entretanto, fora decretada a prisão preventiva, consistindo esta numa peça sem consistência probatória, mantendo evasivos fundamentos de um inquérito policial inacabado e sem consistência jurídica.

Além desses aspectos, a argumentação do impetrante tenta demonstrar a desnecessidade do decreto de prisão preventiva, criticando principalmente sua fundamentação, adjetivando-a de incompleta e carente de elementos probatórios.

Em seguida, foram expostas as informações dos magistrados de primeiro grau, os quais alegam que a prisão preventiva dos acusados fora decretada depois das investigações que apuraram o furto ocorrido em uma agência bancária no interior de Alagoas, com o envolvimento de um grupo criminoso.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou que o desenvolvimento do inquérito propiciou a existência de fortes indícios de autoria/participação dos acusados na ação criminosa e que após a análise dos autos é de se constatar a necessidade de manutenção da prisão. Ressaltou que essa medida evitará prejuízos ao andamento da instrução processual, já que a forma de atuação da quadrilha demonstra ousadia, ausência de temor e prática de delitos graves. Faz-se, portanto, necessária a manutenção sob a custódia do Estado por conveniência da instrução criminal, bem como para garantir a ordem pública. Justifica-se também não só pela evidência, mas também pela repercussão social negativa, devido à instabilidade e à insegurança que a liberdade dos pacientes representaria.

Em seu voto, o desembargador relator, utilizando-se das razões expostas no parecer da Procuradoria, afirma que há necessidade de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal. Quanto às razões de justa causa para o processo, diz que restam configuradas pela existência de indícios suficientes de autoria.

O pedido de liberdade foi indeferido por unanimidade de votos.

- **A análise do caso**

O caso trata de uma prisão preventiva. Sobre a prova da existência dos crimes (artigos 155, §4º, incisos II e IV c/c art. 288, ambos do Código Penal), nem a impetração nem o julgado trazem informações que nos levassem a crer que ele não existia. Ambos partem do pressuposto de que os crimes ocorreram.

Sobre os indícios suficientes de autoria, a impetração argumenta que não existem, mas a Procuradoria afirma o contrário, o que é acatado pelo relator, que inclusive cita o seguinte texto do parecer da Procuradoria:

A partir da prisão do acusado Eraldo Berto da Silva, ocasião em que os pacientes também foram detidos em sua companhia, foi possível a evolução das investigações com relação ao delito de furto acima mencionado. O desenvolvimento do inquérito policial demonstrou a existência de fortes indícios de autoria e participação dos pacientes na ação criminosa, com importância especial ao depoimento prestado pelo policial Paulo Benedito dos Santos, que presenciou parte da ação dos bandidos e reconheceu sem hesitação a participação dos pacientes, conforme se observa às fls. 71/73.

O reconhecimento feito por testemunha idônea, mesmo em sede policial, configura indício suficiente de autoria para os fins da prisão processual.

Os crimes foram cometidos em concurso material, e ao cumular as penas têm-se os seguintes patamares: o mínimo em abstrato é de três anos e o máximo é de 11 anos. Não há nada no julgado que indique que os crimes foram cometidos sob o manto de alguma excludente de ilicitude. Sendo assim, não há causa impeditiva de prisão preventiva.

Os requisitos da prisão preventiva apontados pelo relator foram a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal.

Para fundamentar o requisito da garantia da ordem pública argumentou-se que a quadrilha era ousada, que existia ausência de temor à aplicação da lei penal e que os acusados são voltados para a prática de crimes graves.

Visando demonstrar a necessidade da prisão para a conveniência da instrução criminal, afirmou-se que a medida de cautela prisional evitará prejuízos à instrução, pois os pacientes são importantes para a produção da prova e sua *“evasão consistirá em enorme prejuízo para o prosseguimento do feito, posto que vários são os acusados, e o lastro probatório se interliga para a formação da culpa ou prova da inocência de ambos”*.

Assim, a ousadia da quadrilha (*modus operandi*), sua periculosidade (ausência de temor) e a prática reiterada de crimes (mesmo sem haver antecedente algum) foram interpretados como motivos garantidores da ordem pública.

É preciso um grande esforço hermenêutico para admitir que esses motivos sejam de natureza cautelar processual. Um grande esforço para admitir que não ferem o princípio da presunção de inocência. Um grande esforço para não admitir que a prisão foi utilizada como meio de defesa social, de demonstração de força estatal e de antecipação de pena.

Sobre a necessidade da prisão para garantir a conveniência da instrução criminal, o argumento foi manter presos os acusados para que fiquem à disposição da estrutura estatal que apura o crime, fazendo deles meio de obter prova.

Contudo, para fins do presente trabalho, admite-se que tanto o requisito da garantia da ordem pública quanto o da conveniência da instrução criminal estão presentes.

Apesar de o julgado fazer menção aos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, nada foi dito sobre a proporcionalidade da medida. Novamente, há um caso de total desprestígio aos princípios constitucionais. Ora, a falta de demonstração da proporcionalidade da prisão processual gera insuficiência de motivação, fato que, por si só, acarreta a nulidade da medida.

Passa-se à análise da proporcionalidade. A finalidade da prisão preventiva se deu em virtude da garantia da ordem pública e da conveniência da instrução criminal. Analisar-se-á a proporcionalidade da medida em relação a cada finalidade individualmente.

Primeiro, a análise da garantia da ordem pública. Aqui o argumento é praticamente o mesmo do que foi exposto quando do exame do primeiro julgado. Ou seja, não se entende como legítimo que o Estado estabeleça como finalidade a garantia da ordem pública por meio da prisão processual. Sobretudo, como no presente caso, em que o discurso não deixa espaço para uma medida cautelar processual, mas meramente funciona como meio de defesa social.

A prisão processual é diferente da prisão pena. A finalidade da prisão pena é punir e prevenir o crime. Essa não pode ser a finalidade da prisão processual, salvo se se quiser transmutar sua natureza jurídica, o que afetaria o núcleo mínimo da presunção de inocência e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

No presente caso, apesar de não haver antecedentes criminais e, por óbvio, não terem sido condenados – não há sentença condenatória de primeiro grau –, o parecer utilizado como

fundamento da decisão que manteve a prisão preventiva afirma textualmente que os acusados são “*pacientes voltados à prática de delitos graves*” e indica a “*ousadia da quadrilha*”. Em outras palavras, estão presos porque foram eles.

Como dizer que são presumivelmente inocentes e afirmar que são voltados para a prática de crimes, se nunca foram julgados? Qual a relevância de afirmar que a quadrilha é ousada, se não se deduz que eles fazem parte da quadrilha? Por outro lado, como se pode afirmar que fazem parte da quadrilha sem um julgamento, ainda em sede inquisitorial, e sustentar que o princípio da presunção de inocência não foi aniquilado?

Logo, tem-se que o fim, garantia da ordem pública, guardando como fundamento fático a proclamação da culpa antes do trânsito em julgado, sem motivo processual algum, não é legítimo; por conseguinte, a prisão é desproporcional.

Já no caso da conveniência da instrução criminal o fim é legítimo, pois é de natureza cautelar, dizendo respeito à produção desimpedida de informações para apurar a autoria de um duplo homicídio.

A medida é adequada para atingir o fim? É. Se presos, ficam à disposição do Estado para que ele disponha de suas informações sempre que entender conveniente.

A medida é necessária? Não haveria outro meio menos gravoso do que a prisão dos acusados, que impedisse a evasão dos pacientes, ou seja, para que estivessem à disposição da Justiça a fim de colher a prova que esta entender necessária?

Parece claro que existem outras medidas menos gravosas que a prisão dos acusados, que, igualmente, garantiria, sempre que necessário, estivessem eles à disposição da Justiça. Por exemplo, poderia ser estabelecido que mensalmente comparecessem ao fórum; poderia ser feito o monitoramento eletrônico; poderia ser estipulada uma fiança; poderiam ser monitorados eletronicamente; poderia até ser decretada a prisão domiciliar dos pacientes. Todas essas medidas, isoladas ou cumulativamente, seriam menos gravosas que o cárcere e alcançariam a finalidade perseguida.

Portanto, a prisão preventiva dos pacientes é desproporcional.

Como visto nos julgados acima descritos e analisados, em nenhum deles foi feito o exame da proporcionalidade. Observa-se que se o exame da proporcionalidade tivesse sido feito, como o presente trabalho propõe, a decisão poderia ter sido outra.

Ademais, a falta do exame da proporcionalidade, por si só, acarreta insuficiência de motivação e a conseqüente nulidade da medida.

Vale chamar a atenção para o fato de que existirão inúmeros casos de análise da proporcionalidade do decreto ou da manutenção da prisão processual em que será extremamente difícil se chegar a uma unanimidade do resultado. Segundo Alexy, “tais casos existem [...], quando tanto a intervenção é muito intensiva como os fundamentos que a justificam pesam muito gravemente”.³⁹³ Isso em nada diminui a importância e a necessidade do teste da proporcionalidade.

³⁹³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 68.

CONCLUSÕES

O pós-positivismo colocou em xeque o juspositivismo tradicional e seus antigos dogmas do legicentrismo, formalismo interpretativo e a separação rígida entre a moral e o direito.

Nesse contexto filosófico o interprete/aplicador do Direito Processual Penal não pode interpretar e aplicar as regras infraconstitucionais tomando a Constituição como uma carta de intenções, centrando todo o pensamento jurídico na Lei. Necessita, portanto reconhecer o caráter normativo dos princípios constitucionais. Reconhecer que a Constituição constitui e que as regra e os princípios constitucionais não são textos programáticos, principalmente quando tratam de matérias afeitas a direitos fundamentais, que devem ter aplicação direta.

Como os princípios constitucionais e os direitos fundamentais têm certa abertura semântica e identificam valores, sua interpretação e aplicação não se dão nos moldes da escola exegética de mera subsunção. Os métodos de interpretação clássicos (semântico, sistemático, teleológico) não são mais suficientes. Uma nova hermenêutica constitucional se faz necessária. Além dos métodos clássicos de interpretação – que não podem ser desprezados - entram em jogo a ponderação e o exame da proporcionalidade.

A proporcionalidade é princípio constitucional implícito e, apesar da doutrina não ser unânime sobre seu fundamento, o certo é que não há dúvidas de sua envergadura constitucional. Utilizamos a nomenclatura princípio da proporcionalidade, apesar de entender que é um método de interpretação que não comporta ponderação, aproximando-se do conceito de regra, pois além da relevância para assegurar e materializar os direitos fundamentais, faz parte da tradição do sistema pátrio assim denominá-lo.

Ele tem aplicabilidade quando o poder estatal (legislativo, executivo e judiciário) busca com certa medida (abstrata ou concreta) atingir determinado fim que termina por interferir em direitos fundamentais. O fim perseguido pela medida restritiva de direitos fundamentais deve ser lícito e o exame de sua licitude é feito dentro do exame da proporcionalidade.

A proporcionalidade, portanto, tem três elementos, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para fazer o exame da proporcionalidade, faz-se o teste, de forma sequenciada, dos três elementos indicados.

No teste ou exame da adequação se verifica se o meio escolhido é apto para atingir o fim pretendido. O exame é feito sobre as circunstâncias fáticas de cada caso e nem sempre é tão simples, pois uma medida pode oferecer vantagens qualitativas e outra pode oferecer vantagens quantitativas em relação ao fim desejado. Contudo, o principal foco da primeira escala do exame da proporcionalidade é verificar se a medida a ser tomada de algum modo fomenta o fim.

A próxima etapa é verificar a necessidade da medida. O exame é feito entre um conjunto de medidas que podem atingir o mesmo fim de forma idêntica ou assemelhada. Com o exame da necessidade se pretende averiguar, por exemplo, se não existe outra medida (Mb) que seja tão apta quanto a medida de referência (Ma) para promover o fim pretendido e o faça de maneira a restringir menos as garantias fundamentais. A ideia é que o fim perseguido seja alcançado de forma minimamente lesiva.

A etapa final é o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, a ponderação é feita entre o direito tutelado (finalidade perseguida) e o direito a ser restringido pela medida que se que tomar. A análise é feita sobre as possibilidades jurídicas. Nesta fase a carga subjetiva para erigir o que tem mais peso é bem maior. Mas, a exposição dos motivos que levaram a determinada decisão deve ser feita de forma lógica e racional.

O exame da proporcionalidade, portanto, serve de proteção aos direitos fundamentais, na medida em que, toda e qualquer intervenção só será possível se for proporcional, ou seja, se o fim da intervenção for legítimo, se a medida for adequada para atingir o fim, se não houver outra medida adequada menos gravosa para atingir o fim pretendido e se o fim é tão importante que recomenda a restrição ao direito fundamental em jogo.

O princípio da proporcionalidade tem ampla aplicação no processo penal, principalmente se ele (o processo penal) for visto como meio de concretizar os direitos fundamentais e não como instrumento de imposição de pena e de defesa social.

No que pese o exame da proporcionalidade quando do controle de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo ser feito, em regra - pela própria natureza das coisas - posteriormente, no caso de intervenção do Poder Judiciário, quando um juiz toma uma decisão que restringe um direito fundamental e, mais especificamente, quando um julgador está por decidir se decreta ou mantém uma prisão processual, o exame da proporcionalidade deve ser prévio, ou seja, deve fazer parte da própria decisão que impôs a medida restritiva.

A prisão processual é medida cautelar processual que atinge diretamente o direito fundamental da liberdade e indiretamente pode atingir outros direitos fundamentais, tais como, a presunção de inocência, a honra, a dignidade da pessoa humana, satisfazendo desse modo a subsunção *prima facie* para o exame da proporcionalidade, que requer a demonstração que a medida restritiva a ser imposta atinge um direito fundamental.

No ordenamento jurídico brasileiro temos três espécies de prisão processual: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Porém, a prisão em flagrante que já vinha sendo considerada uma prisão pré-processual, por causa dos comandos dos artigos 311 e 312 do CPP, hoje com a modificação estabelecida pela Lei 12.403/2011, já não pode ser reconhecida como prisão processual propriamente dita.

A prisão temporária, como o próprio nome indica, tem duração previamente estabelecida em lei. Mas, nada impede que se decida, por uma questão de proporcionalidade, que a medida tenha uma duração menor.

As críticas à prisão temporária são inúmeras. Elas vão desde o desrespeito ao princípio da legalidade, passando por sua quase impossibilidade fática de se ter indícios suficientes e ao mesmo tempo ser ela imprescindível para as investigações, até a crítica de ser, na verdade, uma prisão para averiguação. Não obstante, continua válida e plenamente aplicada.

A prisão preventiva é, mesmo antes da modificação imposta pela Lei 12.403/2011, sem dúvidas, a principal espécie de prisão processual de nosso sistema. Seus requisitos e pressupostos estão indicados nos artigo 312 do CPP.

A prisão processual – temporária ou preventiva - não tem, por seu caráter cautelar-instrumental, finalidade satisfativa. Em outras palavras, a finalidade da prisão cautelar não deve ter interesses externos ao processo, por exemplo, questões de política criminal, como a segurança pública, credibilidade da justiça ou de qualquer órgão estatal. Não pode servir como símbolo de controle da expansão da criminalidade, ou de demonstração do exercício de poder. Tão pouco pode servir como antecipação de pena.

Essas considerações nos remetem ao exame da constitucionalidade da garantia da ordem pública como fundamento da prisão processual. Exame este que pode ser feito em relação à lei infraconstitucional em abstrato, pois os requisitos expostos no artigo 312 do CPP, nada mais são do que a finalidade da prisão processual, ou seja, se confundem com a finalidade da medida restritiva estatal nas garantias fundamentais.

Ora, como o exame da proporcionalidade pressupõe um meio e um fim, antes da análise dos elementos ou subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), faz-se necessário verificar se o fim elegido pelo Estado é lícito.

No caso da garantia da ordem pública, existe uma série de desafios a serem suplantados para que a consideremos um fim constitucionalmente permitido. Vejamos:

Primeiro, a garantia da ordem pública, por ser fim que afeta a liberdade do cidadão está regulada pelo princípio constitucional da legalidade. A legalidade no aspecto taxatividade importa que os termos de uma norma devem ser claros e com menor imprecisão semântica possível. O que, evidentemente não ocorre com o termo “ordem pública”.

O que é ordem pública? Quais as situações que a ordem pública precisa ser garantida? Como visto, é o estado de ausência de situação perturbadora ou um estado de paz. Contudo, pode-se afirmar que todo crime tem a potencialidade de interromper o estado de paz social, principalmente quando se tem ampla veiculação e, por conseguinte, indicar a necessidade de garantir a ordem pública.

Já se prendeu para garantir a ordem pública por causa da gravidade do delito, por causa da credibilidade da justiça, para evitar que o crime ocorra, ou volte a ocorrer, para salvaguardar a vítima das ações do suposto ofensor, para salvaguardar o suposto ofensor da vítima, por causa do clamor público (muitas vezes confundido com a exposição midiática do caso). Já se prendeu para que solto o acusado não tenha os mesmos estímulos e volte a praticar outros crimes. Já se prendeu pela periculosidade do agente, pois tem anotações na sua folha de antecedentes criminais. E as circunstâncias que se amoldam a necessidade de garantir a ordem pública se multiplicam a cada dia, e sem querer se extremista, tendem ao infinito.

Segundo, a finalidade garantir a ordem pública para a decretação da prisão processual, não raro fere o princípio da presunção de inocência, pois o discurso que fundamenta a decisão, na maioria das vezes, passa pela admissão que o preso cometeu o crime.

Terceiro, a finalidade garantir a ordem pública é categoria externa ao processo, não tendo viés de cautela processual instrumental, logo nada mais é do que antecipação de pena, ferindo o princípio da presunção de inocência.

Ora, dito o que foi dito, voltamos a questão da análise que pressupõe o exame da proporcionalidade: o exame da licitude fim perseguido. Se o fim perseguido tem que ser, ao

menos, não proibido pela constituição, é possível assumir que a finalidade garantir a ordem pública, por meio de prisão processual, é constitucional? Pensamos que não. Todavia, mesmo que se considere que é possível afirmar, em abstrato, a legitimidade do fim “garantir a ordem pública”, será muito difícil no caso concreto, em um discurso racional e legítimo, demonstrar que o fim pretendido é lícito.

A motivação das decisões é garantia fundamental. Ao motivar um decreto de prisão processual ou a sua manutenção, além da análise correspondente ao tipo de prisão em questão (preventiva ou temporária), deve ser feito o exame da proporcionalidade, sob pena de insuficiência de motivação e, por conseguinte, nulidade da decisão.

Portanto, propomos que o juiz ao decidir sobre o decreto ou manutenção da prisão processual deve responder uma série dupla de indagações que diz respeito às normas infraconstitucionais e ao exame da proporcionalidade, que servirá de base para uma fundamentação adequada. Vejamos:

Em relação as regras de processo penal que regulam a prisão processual, propomos o seguinte questionamento: 1) Verificar se estão presentes, cumulativamente, a prova da materialidade do crime e os indícios suficientes de autoria; 2) Verificar a inexistência causa impeditiva de prisão preventiva (caso a prisão processual seja a preventiva); 3) Verificar se estão presentes os requisitos da prisão preventiva ou temporária, dependendo do caso;

Para o exame da proporcionalidade propomos o seguinte: 1) Qual o fim pretendido com a prisão processual (preventiva ou temporária? O fim pretendido é legítimo? Com o meio escolhido (prisão processual) alcançarei ao fim pretendido? 2) Há outro meio (medidas cautelares substitutivas, por exemplo) que não a prisão processual para se chegar ao mesmo fim? 3) O fim a ser alcançado é tão importante que justifica a restrição da liberdade e de outros princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana ou a excepcionalidade da prisão processual, por exemplo?

Ora, o Judiciário (reportando-me aos Magistrados), que é o intérprete por excelência, porém não o único, foi incumbido de realizar a concretização dos direitos fundamentais. O juiz criminal, sob o qual pesa a tomada de decisões sobre a liberdade do indivíduo, inclusive antes do trânsito em julgado, no estado democrático de direito precisa ser o tutor das garantias individuais. O princípio da proporcionalidade é este poderoso instrumento para uma verificação racional da justeza de suas decisões.

Claro que haverá casos que, apesar do exame da proporcionalidade da prisão processual, ainda assim, não será simples decidir se a medida é adequada, necessária e justa. Mas, certamente, a aplicação do referido princípio como exame prévio da medida cautelar trará mais decisões acertadas do que incorretas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática**. Campinas: Editora Copola, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Wellington Pacheco. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 141-181.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

_____. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONFIM, Edilson Mongenout. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. Os Princípios Constitucionais e o Condicionamento da Interpretação da Constituição. **Revista do Mestrado em Direito -UFAL**, Maceió, ano 2, n. 2, jan.-jun. 2006.

_____. **Os Princípios Constitucionais e o Condicionamento da Interpretação da Constituição**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRARA, Francesco. **Programa de Direito Criminal**. Campinas: LZN, 2002. 2 v.

CASTRO. Carlos Roberto Siqueira Castro. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: EDUFAL, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça/Departamento Penitenciário Nacional – Depen. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 21 mar 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 84078/MG – Rel. Ministro Eros Grau – Tribunal Pleno – 5.2.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=execu%E7%E3o+provis%F3ria+da+pena+%28%28EROS+GRAU%29%2ENORL%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2ENORV%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2ENORA%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 ago 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 72077/RS – RIO GRANDE DO SUL. Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO. Relator p/Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 3/3/95. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 16-6-1995 p. 18.216 MEMENT. v. 01791-04, p. 691.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 88362 / SE – SERGIPE - Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA – Julgamento: 24/10/2006 – Órgão Julgador: Segunda Turma. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+84%2E639&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 ago 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DITTRICH, Cícero. O Conteúdo e o Sentido do Princípio da Proporcionalidade e sua Identificação na Ordem Constitucional Brasileira Vigente In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (coordenadores). **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2007, p.139-177.

- D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. São Paulo: Bookseller. 2000.3 v.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. Medidas Cautelares. **Boletim IBCCRIM**, ano 19, n. 224, p.7, jul. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GREVI, Vittorio. **Misure Cautelari e Diritto di Difesa**. Milano: Giuffrè Editore, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1991.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal – Arts. 11 a 27**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 1V, Tomo II.
- ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- KATO, Maria Ignez Lanzellotti. **A (Des) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

LEVI, Edward H. **Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes; Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

_____. **Processo penal e sua conformidade com a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Millenium, 2000.4 v.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Notas Sobre o Caráter Normativo dos Princípios e das Normas Programáticas**. Texto enviado por correio eletrônico para estudo em sala, na matéria Teoria Geral, do Curso de Mestrado de Direito da UFAL.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1997.

MOURA, Humberto Fernandes. Prisões Provisórias – Evolução Legislativa e sua Análise em Face do Princípio da Presunção de Inocência, Estado de Inocência ou da Não-Culpabilidade. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, n. 38, p. 7-34, jun.-jul. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2007.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

RIPÓLLES, José Luis Díez. **A Racionalidade das Leis Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROBERTO, Welton. A Hermenêutica e o Monastério dos Sábios – O abuso das medidas cautelares penais na retórica proteção da sociedade (do bem). **CCJUR em revista**, Maceió, ano 7, p. 15-21, 2009.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Juruá, 2007. 2 v.

ROSA, Fabio Bitencourt da. Proporcionalidade: perigo do conceito aberto. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 153, p. 5, ago de 2005

SANTOS, João Paulo Alexandre dos. Ponderação e Regras de Direito Fundamental. **Revista do Mestrado em Direito – UFAL**, ano 2, n. 2, p. 255, set 2006.

SARAIVA EDITORA. Código de Processo Penal. **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.) **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 31-68.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Entrevista. **Revista Liberdades**, n. 3, p. 10-11, jan.-abril 2010.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOUZA, Marcelo Ferreira. **Segurança Pública e Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 33.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos Sarmiento. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.