

6. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL

A aplicação de uma medida cautelar pessoal não constitui exercício judicial de uma potestade discricionária, que admita uma pluralidade de soluções justas. Retomando-se a distinção feita por Eros Grau, enquanto o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente, o juízo de legalidade constitui atividade de interpretação do direito, que o juiz desenvolve atado ao texto normativo e aos fatos.⁹⁴⁵

Tratando-se de uma intervenção no direito de liberdade, não existe discricionariedade judicial,⁹⁴⁶ pois ao se restringir um direito fundamental não há margem para opção entre simples indiferentes jurídicos. Cumpre ao juiz formular um juízo de legalidade, a ser necessariamente fundamentado.

A análise da fundamentação constitucional para a intervenção é que permite distinguir uma restrição (permitida) de uma violação (não permitida) ao direito de liberdade.⁹⁴⁷ Ausente fundamentação constitucional, tratar-se-á de uma violação ao direito fundamental e deverá ser deflagrada a consequência jurídica por ele prevista, enquanto direito de defesa, que é a exigência de cessação da intervenção,⁹⁴⁸ determinada pela ordem judicial desfundamentada.

Toda atividade judicial é um saber-poder, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*), em que, quanto maior o poder, tanto menor será o saber, e vice-versa.⁹⁴⁹ Para que a decisão que impõe medida cautelar pessoal não seja expressão de um decisionismo, fundado em critérios puramente subjetivos, há um caminho lógico a ser necessariamente percorrido pelo juiz, que confere maior racionalidade ao processo decisório e torna-o intersubjetivamente controlável.

Como se verificar, em um caso concreto, se há fundamentação constitucional para a intervenção no direito fundamental de liberdade? Pelo exame da proporcionalidade da

⁹⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 209-210. Sobre discricionariedade judicial e interpretação, confira-se item 3.7.3.2.

⁹⁴⁶ Sobre discricionariedade judicial, vide item 3.7.3.

⁹⁴⁷ Maurício Zanoide de Moraes, didaticamente, anota que “intervenção” é gênero, de que são espécies: i) intervenção legítima ou permitida, denominada “restrição”; e ii) intervenção ilegítima ou não permitida, denominada “violação”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 284).

⁹⁴⁸ Sobre suporte fático, âmbito de proteção e intervenção, vide item 2.2.

⁹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

medida aplicada, método destinado a estabelecer se uma restrição pode ser considerada constitucionalmente fundamentada, ou se, ao revés, configura uma violação ao direito fundamental.⁹⁵⁰ Como visto, restrições a direitos fundamentais que passem no teste da proporcionalidade são constitucionais e não atingem o seu conteúdo essencial.⁹⁵¹

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, com base na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, aduz que a proporcionalidade exige que restrições a direitos fundamentais estejam previstas em lei, sejam adequadas aos fins legítimos que visem promover e constituam medidas necessárias a alcançá-los, numa sociedade democrática. O jurista espanhol, no âmbito do processo penal, decompõe essas exigências, sistematiza os pressupostos e requisitos⁹⁵² necessários para a adoção de medidas limitadoras de direitos fundamentais, e propõe a seguinte distinção: “pressupostos para a admissibilidade das ingerências, desde a perspectiva da proporcionalidade, são a legalidade e a justificação teleológica. Dentro dos requisitos podem-se distinguir aqueles que são extrínsecos às medidas – o requisito subjetivo de judicialidade⁹⁵³ e o formal de motivação – dos que caberia denominar intrínsecos, constituídos pelos subprincípios de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.⁹⁵⁴

A seu ver, a proporcionalidade se assenta em dois pressupostos: um formal, constituído pelo princípio da legalidade, e outro material, o princípio da justificação teleológica. O primeiro pressuposto, de natureza formal, exige que toda medida limitadora de direitos fundamentais se encontre prevista em lei, postulado básico para sua

⁹⁵⁰ Sobre proporcionalidade, vide item 3.8.

⁹⁵¹ Sobre conteúdo essencial, vide item 2.4.

⁹⁵² Há, aqui, uma questão terminológica relevante. É preciso extremar pressuposto de requisito. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, pressupostos são “supostos *prévios*”. Ocorre que, para esse autor, “pressupostos processuais são os requisitos sem os quais não se forma um processo viável”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 130-131, Vol. II). No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 313. Nessa concepção, requisito seria um simples elemento constitutivo do pressuposto, e não algo dele distinto, o que gera confusão terminológica. Rogério Lauria Tucci é quem melhor distingue pressuposto de requisito: “Pressuposto, numa visualização extrínseca do ato, diz respeito à sua própria conformação; requisito, por sua vez intrinsecamente considerado, consubstancia-se num elemento concernente à estrutura deste. Sem o pressuposto, o ato não tem como ser concretizado; sem o requisito o é, porém irregularmente”. Estabelecidas essas premissas, Rogério Lauria Tucci ensina que a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti* – art. 312, parte final, CPP) são pressupostos da prisão preventiva, ao passo que as situações de perigo constitutivas do *periculum libertatis* (art. 312, CPP) enquadram-se como seus requisitos. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 266, em especial a nota de rodapé n. 9.

⁹⁵³ A nosso ver, a judicialidade é pressuposto de existência, e não requisito subjetivo. Vide item 6.3.

⁹⁵⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 78. Relembre-se que esse autor trata a proporcionalidade como princípio, e não como regra (vide item 3.8.1).

legitimidade democrática e para garantia da previsibilidade de atuação dos poderes públicos. O segundo pressuposto, de natureza material, introduz, na avaliação da admissibilidade das intervenções estatais nos direitos fundamentais, os valores que a atuação estatal pretende proteger, e que precisam gozar de força constitucional suficiente para se defrontarem com os valores representados pelos direitos fundamentais restringidos. “O princípio da proporcionalidade requer que toda limitação a esses direitos tenda à consecução de fins legítimos”.⁹⁵⁵

Nosso objetivo, neste capítulo, é sistematizar, a partir da proposta pioneira de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, os pressupostos e requisitos indispensáveis à individualização da medida cautelar pessoal. O método a seguir proposto foi desenvolvido por Maurício Zanoide de Moraes, em cuja lição este capítulo, fundamentalmente, também se lastreia.⁹⁵⁶

6.1. Legalidade

O primeiro exame é o de legalidade, pressuposto formal para a imposição de qualquer medida cautelar pessoal no processo penal.

A legalidade, como norma fundamental reitora da intervenção estatal no direito de liberdade, já foi objeto de estudo.⁹⁵⁷ Remanescem, todavia, questões de grande relevância a serem abordadas.

6.1.1. Vedações legais à aplicação de medidas cautelares pessoais. Hipóteses de cabimento da prisão preventiva

As vedações constitucionais expressas à prisão cautelar já foram abordadas neste trabalho.⁹⁵⁸ Foram ainda examinadas a vedação à aplicação de medidas cautelares

⁹⁵⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 69.

⁹⁵⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 310-329. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, pp. 92-100. set. 2011. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

⁹⁵⁷ Vide item 3.2.

⁹⁵⁸ Vide item 3.2.2.

automáticas e obrigatórias, e a inconstitucionalidade da proibição da concessão de liberdade provisória, de forma absoluta e apriorística, pelo legislador.⁹⁵⁹

Como também existem vedações legais expressas à prisão cautelar e às medidas cautelares dela diversas, o exame do pressuposto formal da legalidade impõe verificar se a situação concreta se subsume ou não nas suas hipóteses.

De partida, veda-se a aplicação de qualquer medida cautelar pessoal a infração a que não for cominada, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade (art. 283, § 1º, do Código de Processo Penal). Há infrações, portanto, que não admitem a aplicação de nenhuma medida cautelar pessoal, como inúmeras contravenções punidas, tão somente, com multa (v.g., arts. 20, 30, 37, 38, 43, 44, 49, 57, 61 do Decreto-lei nº 3.688/41), e o crime de porte de droga para consumo próprio, cujas penas são advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

A prisão temporária é terminantemente vedada quanto aos crimes que não constem do rol taxativo do art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89, exceto se for autorizada para outros crimes por legislação posterior, como a Lei nº 8.072/90, que trata dos crimes hediondos e assemelhados.^{960 961}

Por sua vez, as hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão previstas no art. 313 do Código de Processo Penal, segundo o qual a medida será admitida: i) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; ii) se o agente for reincidente em crime doloso; iii) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e iv) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

A prisão preventiva somente poderá ser decretada, originariamente, nos crimes dolosos e desde que a privativa de liberdade máxima exceda a 4 (quatro) anos (art. 313, I,

⁹⁵⁹ Vide item 3.4 (presunção de inocência).

⁹⁶⁰ SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 303. LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. *Prisão Temporária: análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 124. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 882-883. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 349.

⁹⁶¹ Art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90: "A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade".

CPP). Veda-se, portanto, a prisão preventiva originária nas contravenções punidas com pena de prisão e nos crimes dolosos cuja pena máxima seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, salvo, neste último caso, se o agente for reincidente em crime doloso (art. 313, II, CPP), quando será em tese cabível a preventiva, independentemente da quantidade da pena máxima cominada.

Nesse ponto, relembre-se que a prisão preventiva é medida excepcionalíssima e não pode ser decretada pela mera reincidência do agente em crime doloso, porque significaria “punir o imputado pelo que ele é ou, pior, pelo que ele foi”.⁹⁶²

A prisão preventiva pelo só fato da reincidência constitui indevida modalidade de prisão automática e implica tratar o imputado, no curso da persecução penal, como culpado, violando a presunção de inocência como “norma de tratamento”. Aliás, nas palavras de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, o verdadeiro cavalo de Tróia para “a penetração de fins preventivos em uma medida, em princípio, cautelar, como é a prisão provisória, é a consagração legal dos ‘antecedentes do imputado’ como critério que deva ser tomado em consideração pelo juiz”.⁹⁶³

É preciso ter presente que, mesmo em se tratando de reincidente, deve haver homogeneidade entre a medida cautelar e a sanção penal a ser futuramente imposta,⁹⁶⁴ de modo a não se admitir a prisão cautelar se, ao final, o imputado não vier a ser efetivamente submetido à execução de uma pena privativa de liberdade, ou a sua subsistência, se o tempo de prisão cautelar for desproporcional à futura sanção penal.

Note-se que, embora deva iniciar o cumprimento de pena em regime mais gravoso (art. 33, § 2º, CP), o reincidente em crime doloso poderá ter direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se a reincidência não se operou em virtude do mesmo crime (art. 44, § 3º, CP) ou ao *sursis*, se a condenação anterior foi à pena de multa (art. 77, § 1º, CP).

De todo modo, andou bem o legislador ao excepcionar a prisão preventiva do reincidente em crime doloso quando a pena não exceder a 4 (quatro) anos. A reincidência, somada à gravidade concreta da infração (ainda que a sua pena máxima seja inferior a quatro anos) e às condições pessoais do imputado, permite um juízo positivo de valor a

⁹⁶² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 390.

⁹⁶³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 262.

⁹⁶⁴ Vide item 6.8.3.

respeito de sua periculosidade e serve de base para um prognóstico de reiteração criminosa que justifique a prisão.⁹⁶⁵

A presença de quaisquer das hipóteses de cabimento (art. 313, CPP), somada ao pressuposto do *fumus commissi delicti* e ao requisito do *periculum libertatis* (art. 312, CPP), não significa que o juiz deva, desde logo, decretar a prisão preventiva. Aliás, é vedado fazê-lo, uma vez que, nos termos do art. 282, § 4º, CPP, a prisão é a *ultima ratio*. Mesmo que se trate de reincidente em crime doloso (art. 313, II, CPP), cumprirá ao juiz impor medida cautelar diversa da prisão, salvo se a cautelaridade estiver presente em seu grau máximo. Imaginem-se as hipóteses, muito comuns, de agente condenado por porte de droga para uso próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/06) que venha praticar um furto simples, ou de reincidente em crime patrimonial sem violência ou grave ameaça à pessoa, de menor expressão. Nessas situações, a prisão preventiva, amparada apenas na reincidência, sem outros elementos que a justifiquem, mostra-se desnecessária e, portanto, desproporcional.

É vedada ainda a prisão preventiva originária nos crimes culposos, haja vista que as hipóteses de cabimento previstas no art. 313, I e II, do Código de Processo Penal, tratam, tão somente, de crime doloso.

Todas essas vedações, contudo, não se estendem às hipóteses de substituição, pela prisão preventiva, de medida cautelar anteriormente aplicada em razão de seu descumprimento (arts. 282, § 4º, e 312, parágrafo único, CPP).

A propósito, o art. 313, III, do Código de Processo Penal, ao admitir a decretação da prisão preventiva “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”, não constitui hipótese de decretação originária, mas sim de prisão preventiva substitutiva, por descumprimento de medida anteriormente aplicada. “Garantir a execução” significa coibir o descumprimento de uma medida de proteção, cuja execução tenha sido dolosamente frustrada pelo imputado.

Quanto à possibilidade de prisão preventiva “quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la” (art. 313, parágrafo único, CPP), não se cuida de nova situação de *periculum libertatis*, a título de cautela final (assegurar a aplicação da lei penal) ou de cautela instrumental (necessidade da investigação ou da instrução criminal), como poderia parecer à primeira vista. Como aduz Gustavo Badaró, enquanto os requisitos do *periculum libertatis* estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, o art. 313 contempla as

⁹⁶⁵ Vide 6.7.1.

hipóteses de cabimento (= incidência) da prisão preventiva.⁹⁶⁶ O parágrafo único, portanto, contempla uma hipótese autônoma de cabimento da prisão preventiva, que independe de conjugação com as demais hipóteses do mesmo artigo e, portanto, da quantidade de pena privativa de liberdade cominada ao crime.⁹⁶⁷

De todo modo, ainda que haja dúvida sobre a identidade civil da pessoa, jamais poderá ser decretada a prisão preventiva ou aplicada qualquer medida cautelar pessoal a infração a que não for cominada pena privativa de liberdade, ante a vedação absoluta do art. 283, § 1º, do Código de Processo Penal.

A dúvida sobre a identidade civil de quem não porte documentos de identificação ou tenha se identificado falsamente pode ser facilmente dirimida se a pessoa estiver civilmente identificada no Estado em que praticou o delito, quando bastará encaminhar suas individuais datiloscópicas ao instituto oficial de identificação do respectivo Estado, que as confrontará com seu banco de dados.

Essa questão torna-se extremamente complexa e delicada quando se constata que a pessoa não está civilmente identificada no Estado em que cometeu o delito, mas sim em outro Estado da Federação, que se recusa a indicar. Como não existe um cadastro nacional de individuais datiloscópicas, no limite será necessário decretar ou manter a prisão preventiva do imputado e encaminhar suas individuais datiloscópicas a todos os institutos de identificação do País, para que se possa estabelecer a sua real identidade. Há que se ter cautela na decretação da prisão preventiva pelo fundamento em questão, mas não se pode olvidar que se trata de medida de extrema relevância e que pode mostrar-se imprescindível, como instrumento para obstar que um terceiro venha a ser injustamente condenado, com o risco concreto de ainda vir a ser preso de forma indevida, porque o verdadeiro autor do crime identificou-se falsamente com o seu nome.⁹⁶⁸

⁹⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 743. Para esse autor, não se exige a conjugação do parágrafo único com uma das hipóteses do *caput* do mesmo art. 313, sob pena de sua inutilidade, mas ainda assim não se pode conferir a esse dispositivo tamanha amplitude que admita a prisão preventiva por qualquer infração, seja crime ou contravenção, seja crime doloso ou culposos, porque lhe faltaria a proporcionalidade em sentido estrito.

⁹⁶⁷ Em sentido diverso, Aury Lopes Júnior entende que o parágrafo único em questão deve ser interpretado sistematicamente, “à luz do inciso I do art. 313 (topograficamente situado antes, como orientador dos demais), para que se exija um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos. Impensável decretar uma preventiva com base neste parágrafo único em caso de crime culposos, por exemplo”. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 733).

⁹⁶⁸ Nossa experiência judicante demonstra que o agente, preso em flagrante por crime de maior gravidade, que não porta documentos e se recusa a identificar-se, ou identifica-se com documentos que se apura serem falsos, busca ocultar sua real condição de foragido em razão de condenações anteriores.

Finalmente, existem as hipóteses de imunidade eleitoral temporária à prisão cautelar.⁹⁶⁹ Nos termos do art. 236, *caput*, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/64), nenhum eleitor poderá ser preso desde 5 (cinco) dias antes até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença condenatória por crime inafiançável transitada em julgado. Determina ainda esse artigo que “os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição” (§ 1º).

6.1.2. Legalidade e conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva

Existem três modalidades de prisão preventiva: i) autônoma ou originária (art. 311 CPP), ii) substitutiva (prisão-descumprimento ou prisão-sanção – arts. 282, § 4º, 312, parágrafo único, e 313, III, CPP); e iii) conversão (conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva – art. 310, II, CPP)

A prisão preventiva autônoma ou originária pressupõe que o imputado esteja solto ou preso temporariamente (art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89), e pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou da instrução criminal, desde que presentes uma das hipóteses de cabimento (art. 313, CPP) e ao menos um dos requisitos positivos do *periculum libertatis* (art. 312, CPP), e não se verifique um dos requisitos negativos (art. 314, CPP).

A prisão preventiva substitutiva de outra medida cautelar (prisão-descumprimento ou prisão-sanção), prevista para a hipótese de seu descumprimento injustificado (art. 312, parágrafo único, CPP), não se vincula a nenhuma das hipóteses de cabimento do art. 313 do Código de Processo Penal,⁹⁷⁰ sob pena de absoluta ineficácia do sistema gradual de medidas cautelares, introduzido pela Lei nº 12.403/11.⁹⁷¹

Para a imposição da prisão preventiva substitutiva, pouco importa que a pena máxima cominada ao crime não exceda a 4 (quatro) anos ou que o agente não seja reincidente em crime doloso (hipóteses de cabimento da prisão preventiva originária).

⁹⁶⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 159.

⁹⁷⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 290-292. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 717.

⁹⁷¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 161-165.

Aplicada uma medida cautelar diversa da prisão, por força, muitas vezes, da própria impossibilidade de decretação da prisão originária (por se tratar, v.g., de crime doloso cuja pena máxima não excede a quatro anos ou de crime culposos), os únicos requisitos para a decretação da prisão preventiva substitutiva são o descumprimento injustificado da medida e inviabilidade de sua substituição (ou cumulação) por outra medida menos gravosa do que a prisão (art. 282, § 4º, CPP).

Se as hipóteses de cabimento da prisão preventiva originária e da prisão preventiva substitutiva são nitidamente distintas, há controvérsia quanto à identidade ou não das hipóteses de cabimento da prisão preventiva originária e da prisão preventiva por força de conversão da prisão em flagrante (prisão-conversão). Dito de outro modo, as hipóteses que autorizam a conversão da prisão em flagrante em preventiva são mais tênues do que aquelas que autorizam a decretação da prisão preventiva originária, ou são exatamente as mesmas?

Fernando Capez sustenta que a prisão preventiva decorrente de conversão do flagrante (que também denomina de convertida, convolada ou transformada), é cabível mesmo fora das hipóteses do art. 313 do Código de Processo Penal, uma vez que o art. 310, II, refere-se apenas aos requisitos do art. 312 (garantia da ordem pública, da ordem econômica, necessidade da instrução e assegurar a aplicação da lei penal) e à insuficiência de qualquer outra medida cautelar diversa da prisão. A seu ver,

a lei só exige dois requisitos: uma das situações de urgência previstas no art. 312 do CPP + a insuficiência de outra medida cautelar em substituição à prisão (CPP, art. 319). O tratamento foi distinto, tendo em vista a diversidade das situações. Na preventiva convertida, há um agente preso em flagrante e o juiz estaria obrigado a soltá-lo, mesmo diante de uma situação de *periculum in mora* [*rectius, periculum libertatis*], porque o crime imputado não se encontra dentre as hipóteses autorizadoras da prisão (...). Já na decretação autônoma da custódia cautelar preventiva, o réu ou indiciado se encontra solto, e o seu recolhimento ao cárcere deve se cercar de outras exigências. Não se cuida de soltar quem não pode ser solto, mas de recolher ao cárcere quem vinha respondendo solto ao processo ou inquérito. Daí a diversidade de tratamento legal.⁹⁷²

Não há, todavia, como se concordar com esse entendimento.

Como observa Antônio Scarance Fernandes, esteja o imputado solto ou preso em flagrante, a prisão preventiva deve obrigatoriamente observar as hipóteses de cabimento previstas no art. 313 do Código de Processo Penal,

⁹⁷² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 340-342.

inexistindo razão para não exigi-las na prisão derivada do flagrante, com base no frágil argumento de que o artigo 310, II, CPP, ao se referir à conversão da prisão em flagrante em preventiva, apenas faz remissão ao art. 312. O tratamento desigual à pessoa presa em flagrante somente seria justificável se fosse sustentado por especiais exigências cautelares, que, todavia, inexistem, não podendo ser extraídas do simples fato de a pessoa ser pilhada no momento em que realizava o crime. Isso apenas dá maior aparência de cometimento da infração penal, mas não ampara diferentes exigências de condições para a prisão, condições essas assentadas em quantidades das penas dos crimes (inciso I, do artigo 313, CPP) ou em condenação anterior da pessoa (inciso II, do artigo 313, CPP).⁹⁷³

Em abono à incidência do art. 313 do Código de Processo Penal para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, Andrey Borges de Mendonça assevera que “do contrário, teríamos crimes que não admitiriam a decretação da prisão preventiva originária, mas a permitiram por via da conversão da prisão em flagrante, o que seria totalmente incoerente e sem razão”.⁹⁷⁴

6.1.3. Legalidade e poder geral de cautela

No processo civil, dada a impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência que reputar mais apropriada ao caso concreto, ainda que não prevista em lei.⁹⁷⁵ Trata-se do chamado poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil,⁹⁷⁶ que admite a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas.

Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (art. 5º, LIV, CF),⁹⁷⁷ exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade.⁹⁷⁸

O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto “legalidade da repressão”, como exigência de tipicidade (*nulla coactio sine lege*) das medidas

⁹⁷³ SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 294.

⁹⁷⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 214.

⁹⁷⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil – execução e processo cautelar*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251, vol. 3.

⁹⁷⁶ Art. 798, CPC: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave e de difícil reparação”.

⁹⁷⁷ Sobre o princípio do devido processo legal, confira-se item 3.3.

⁹⁷⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 315-316.

cautelares,⁹⁷⁹ a implicar o princípio da taxatividade: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza.⁹⁸⁰

O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia com o processo civil.⁹⁸¹

No processo penal, portanto, não existe o poder geral de cautela.⁹⁸²

Nem se invoque a proporcionalidade para legitimar a adoção de medida cautelar atípica, ainda que a pretexto de ser mais favorável ao imputado.

Como já ressaltamos neste trabalho,⁹⁸³ a proporcionalidade é um anteparo destinado à proteção de direitos fundamentais, e não uma válvula ajustável ao talante do intérprete para justificar suas violações. Repita-se, uma vez mais e sempre, que a proporcionalidade não pode ser transformada em “gazia apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional”.⁹⁸⁴

A propósito, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano adverte que, no processo penal, a ponderação dos interesses em conflito não pode conduzir à quebra do princípio da legalidade, de modo que, por mais relevantes que sejam os interesses estatais, não encontra justificação a adoção de medidas legalmente inadmissíveis, ainda que o puro contrapeso dos valores envolvidos no caso concreto aconselhe ignorar o interesse individual em benefício da comunidade.⁹⁸⁵

⁹⁷⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 69.

⁹⁸⁰ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp.395-396. TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 420. CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 35, Vol. 2. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 708.

⁹⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 782. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 759-761.

⁹⁸² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 759-761. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 781-782. GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. In BIANCHINI, Alice et al; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46. Em sentido contrário, admitindo o poder geral de cautela para medidas cautelares pessoais, desde que diversas da prisão: LIMA, Marcellus Polastri e. *Curso de processo penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 568-574.

⁹⁸³ Vide item 3.2.2 (vedações constitucionais à prisão cautelar).

⁹⁸⁴ Habeas Corpus nº 95.009/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 19/12/08.

⁹⁸⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 69 e 231. Esse autor critica, veementemente, a possibilidade de, mediante um contrapeso supralegal de valores, desligado das garantias estabelecidas por lei, adotarem-se

O crime de coação no curso do processo é um exemplo emblemático.⁹⁸⁶ Em razão da pena máxima a ele cominada não exceder a 4 (quatro) anos, é vedada a decretação da prisão preventiva (art. 313, I, CPP), que, originariamente,⁹⁸⁷ somente será admitida se o imputado for reincidente em crime doloso (art. 313, II, CPP) ou se houver dúvida a respeito da identidade civil do imputado ou se ele não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (art. 313, parágrafo único, CPP). Logo, se o autor da coação no curso do processo for primário, o juiz somente poderá impor-lhe medidas cautelares diversas da prisão, reservando-se a prisão preventiva, tão somente, para a hipótese de seu

medidas legalmente inadmissíveis, quando concorrerem importantes interesses do Estado. “Em nosso juízo, se se aceita o contrapeso ‘supralegal’ de valores para justificar o descumprimento da lei, em prejuízo do grau de proteção dos direitos individuais estabelecido, abre-se uma brecha no princípio da legalidade e se atribui ao princípio da proporcionalidade uma função perversa que, longe de favorecer os direitos fundamentais do cidadão, fazem com que o princípio perca sua finalidade de limite das restrições, permitindo-se, com isso, ao Estado mascarar, com argumentos pseudojurídicos, atuações arbitrárias” (*Op. cit.*, p. 71). Lênio Luiz Streck, embora tratando de outra garantia fundamental, critica o uso das interceptações telefônicas, como prova emprestada, na esfera civil, “a partir de um juízo de proporcionalidade, autorizado pela discricionariedade judicial”. Para esse autor, não se pode utilizar a proporcionalidade para expandir aquilo que vem expressamente determinado pela Constituição ou, mais precisamente, para descumprir regra constitucional expressa, o que constitui uma arbitrariedade. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42). Cabe, aqui, uma ressalva. A premissa por ele adotada é correta – a proporcionalidade não pode ser invocada para descumprimento de regra constitucional -, mas discordamos de sua conclusão. Entendemos que jamais poderá ser autorizada a censura telefônica propriamente dita para fins processuais civis, uma vez que a Constituição Federal somente a autoriza, por ordem judicial, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XIII). A questão, portanto, já foi objeto de ponderação pelo constituinte, que enunciou a citada regra e vedou a produção dessa prova para fins processuais civis. Ocorre que, uma vez rompida, lícitamente, para fins processuais penais, a intimidade constitucionalmente tutelada, e desde que não se constate a utilização indevida do processo penal como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antônio. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 185-186), não há óbice ao transporte da prova já produzida (áudios gravados e/ou laudo de degravação) para processo de outra natureza. Distinguem-se, pois, a admissão e produção da prova, somente cabíveis no processo penal, e o uso do resultado documental da prova já produzida, a ele não restrito. Assim, v.g., em processo de modificação de guarda ou de destituição do poder familiar, fundado na prática, pelo genitor, de atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 1.638, III, Código Civil), será plenamente admissível o uso, como prova emprestada, do resultado de interceptações telefônicas de conversas por ele mantidas, no curso de investigação ou processo criminal em que figure como imputado, que apure estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) ou crimes relativos a pedofilia (arts. 240 a 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente). O Supremo Tribunal Federal, na esteira desse raciocínio, admitiu o uso, em processo disciplinar instaurado pelo Conselho Nacional de Justiça contra magistrado, do resultado de interceptação telefônica obtida em inquérito ou processo-crime, “como prova do mesmíssimo ato, visto agora sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar” (Inq. 2.424/RJ – Questão de Ordem, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 24/8/07).

⁹⁸⁶ Art. 344 do Código Penal: “Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, e multa, além da pena correspondente à violência”.

⁹⁸⁷ Se ao autor da coação no curso do processo tiver sido imposta medida cautelar diversa da prisão, o seu descumprimento poderá ensejar a decretação da prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, CPP). Mas não se tratará de prisão preventiva *originariamente* decretada, mas de prisão substitutiva de outra medida cautelar, em razão do seu descumprimento.

descumprimento.⁹⁸⁸

Diante do princípio da legalidade estrita, não cabe argumentar, para contornar a expressa vedação legal à prisão preventiva originária, com a proporcionalidade e com o interesse público, a pretexto de que “o legislador esqueceu-se do tipo previsto no artigo 344 do Código Penal, quando insculpiu a regra limitativa do artigo 313, I, do C.P.P.” e das “severas consequências, frequentemente irreversíveis, que podem advir da conduta daquele que intimida testemunhas no curso de um processo criminal”.⁹⁸⁹

Não há como, repita-se, placitar esse entendimento, uma vez que, em sede de medidas cautelares pessoais, o exercício do poder jurisdicional está estritamente vinculado ao princípio da legalidade, e a ponderação dos supostos interesses em conflito não pode levar à quebra desse princípio.⁹⁹⁰

Se o crime de coação no curso do processo “envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência”, a prisão preventiva também não poderá ser decretada de forma originária, mas sim de forma substitutiva à medida protetiva de urgência imposta, para garantir a sua execução (art. 313, III, CPP). É o caso do agente que, proibido de se aproximar e de manter contato com a vítima (art. 22, III, “a” e “b”, da Lei nº 11.340/06), usa de violência ou grave ameaça para compeli-la a não comparecer à audiência de instrução designada.

Em suma, as medidas cautelares limitadoras da liberdade reduzem-se um número fechado de hipóteses, “sem espaço para aplicações analógicas ou outras intervenções (mais ou menos criativas)” do juiz, ainda que a pretexto de favorecer o imputado.⁹⁹¹ Trata-se de

⁹⁸⁸ Nesse sentido, SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 493-494.

⁹⁸⁹ Nesse sentido, a lição de Cláudio do Prado Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira, que ainda indagam: “Alguém preferirá aplicar medidas não privativas de liberdade sobre indivíduo que vem descarada e agudamente ameaçando testemunhas em um processo crime?”. (AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 11.403/11 comentadas artigo por artigo*. Leme: J. H. Mizuno, 2012, pp. 99-100). Não se trata, todavia, de uma mera questão de preferência, mas sim de estrita observância do princípio da legalidade.

⁹⁹⁰ Sobre legalidade e proporcionalidade, vide itens 3.2 e 3.8. Sobre a questão do interesse público no processo penal, vide item 3.7.2.4.

⁹⁹¹ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 717. Contra: Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano sustenta que, apesar da falta de previsão normativa, no direito espanhol, de medidas alternativas, “e sem prejuízo do desejável desenvolvimento legislativo de alternativas menos gravosas”, é possível defender-se, na Espanha, como consequência do princípio constitucional da intervenção mínima e da interpretação mais favorável à efetividade dos direitos fundamentais, a possibilidade de os juízes aplicarem medidas alternativas às legalmente previstas, quando observadas três condições: i) idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; ii) “cobertura legal suficiente” da limitação de direitos fundamentais que a medida venha a restringir, e iii) existência de infraestrutura necessária para sua aplicação, a fim de garantir sua eficácia. A ser ver, essas condições evitariam a arbitrariedade judicial. (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y*

uma enumeração exaustiva (*numerus clausus*), e não de uma lista aberta, meramente exemplificativa (*numerus apertus*).

Exemplificativamente, é vedada, em face de ausência de previsão legal, de imposição de medida cautelar de monitoramento pessoal, que poderia consistir na determinação judicial para o exercício de vigilância pessoal direta, permanente e ininterrupta sobre o imputado, inclusive em seu domicílio,⁹⁹² a fim de que todos os seus atos fossem diuturnamente monitorados pela autoridade policial e seus agentes.⁹⁹³

Não há que se confundir, todavia, enumeração exaustiva com interpretação literal e restritiva do enunciado, uma vez que, por força do *favor rei*, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao imputado.

O art. 319, V, do Código de Processo Penal, prevê a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tiver residência e trabalho fixos. Presumiu o legislador, de forma infeliz, que o trabalho se exerce no período diurno e o repouso no período noturno, quando o contrário também se verifica. Ora, a *ratio* do dispositivo é a de que, fora do seu período de trabalho e nos dias de folga, deva o imputado permanecer recolhido ao seu domicílio. Logo, a medida será cabível, qualquer que seja (diurno ou noturno) o período de trabalho, sob pena de grave violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, CF).

Também não há razão jurídica para se negar o benefício a quem apenas estude e/ou não tenha trabalho fixo, sob pena de indevida discriminação, mesmo porque o fator

derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990, pp. 200-202). No mesmo sentido: CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp.178-181. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 79-84. Como já tivemos oportunidade de salientar na nota de rodapé n. 763, antes da Lei nº 12.403/11, havia decisões judiciais que, sem previsão legal, ao arripio do princípio da taxatividade e a pretexto do exercício de um poder geral de cautela, impunham o recolhimento do passaporte do imputado como *conditio sine qua non* para a concessão ou manutenção da liberdade provisória, sob o falacioso argumento, nas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, de que, com essa medida cautelar atípica, buscava-se beneficiar o imputado, evitando-se a sua prisão. Ocorre que as alternativas de então eram somente prisão cautelar ou liberdade provisória, no caso de flagrante legítimo. Logo, ausentes os pressupostos da custódia cautelar, se o agente houvesse sido preso em flagrante, teria direito à liberdade provisória, e se não houvesse flagrante, seria vedada a decretação da prisão preventiva. Em ambos os casos, a consequência deveria ser a liberdade (provisória, no primeiro caso, e plena, no segundo), sem o ônus da entrega do passaporte. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 760).

⁹⁹² Na ampla acepção que lhe confere o art. 150, § 4º, do Código Penal, segundo o qual a expressão “casa” compreende: i) qualquer compartimento habitado; ii) aposento ocupado de habitação coletiva e iii) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

⁹⁹³ A similaridade com o monitoramento eletrônico por tornozeleira ou bracelete reside, tão somente, no exercício de controle diuturno sobre a liberdade de locomoção do imputado. Mas, diferentemente da modalidade eletrônica, o monitoramento pessoal, na forma indicada, conduziria à supressão do seu direito fundamental à intimidade (art. 5º, X, CF), sem previsão legal, implicando verdadeira devassa em sua vida privada.

determinante para a eliminação do *periculum libertatis* não é o trabalho fixo em si, mas o próprio recolhimento domiciliar. Desta feita, caso o imputado esteja desempregado, ou seja, estudante, nada obstará a aplicação da medida em questão, competindo ao juiz estabelecer os horários em que ele deva se recolher ao seu domicílio.

Por outro lado, o *favor rei* não obsta a interpretação teleológica. A proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares (art. 319, II, CPP) compreende tanto locais físicos quanto virtuais, como redes sociais ou sítios eletrônicos, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, “deva o indiciado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações”. Invoque-se, a título de exemplo, a proibição de um acusado de estupro ou pedofilia acessar *chats* ou “salas de bate-papo virtuais”, onde haja risco de aliciar crianças e adolescentes. Também a proibição de acesso a redes sociais pode, concretamente, impedir o seu uso para a prática de ilícitos, como a postagem de material pornográfico ou de mensagens racistas, ameaçadoras, caluniosas, difamantes, injuriosas, que façam apologia de crimes etc.

Finalmente, o princípio da taxatividade (*numerus clausus*) não se resume às espécies de medidas cautelares legalmente previstas. O rol de exigências cautelares também é taxativo, e não se permite ao juiz justificar a aplicação de uma medida cautelar típica com base em requisitos não previstos em lei, como alarma social e clamor público.⁹⁹⁴

6.2. Justificação constitucional ou teleológica

O segundo exame, no processo lógico-racional de individualização da medida cautelar pessoal, é o da justificação constitucional ou teleológica da medida de intervenção no direito de liberdade. Se a legalidade fixa a constitucionalidade do “meio”, a justificação teleológica fixa a constitucionalidade do “fim”.⁹⁹⁵

A rigor, a justificação constitucional do fim não constitui pressuposto do exame da proporcionalidade, mas sim elemento de uma de suas sub-regras (idoneidade ou adequação). Ao analisarmos o exame da adequação, salientamos que toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover a realização de um fim constitucionalmente legítimo. Aduzimos também que não há unanimidade na doutrina em

⁹⁹⁴ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 418. Essa questão será objeto de análise no item 6.7.1. ao tratarmos da garantia da ordem pública e da ordem econômica.

⁹⁹⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 319. Segundo o autor, justificação teleológica, justificação constitucional e justificação jusfundamental são sinônimos. (*Op. cit.* p. 318. nota de rodapé n. 174).

tratar a legitimidade do fim como uma exigência do exame de idoneidade, pois há quem a considere um dado alheio e externo à proporcionalidade, e há quem a considere uma sub-regra independente na estrutura da proporcionalidade, ou, mais precisamente, uma quarta sub-regra. Registramos, em arremate, que a maior parte da doutrina sustenta que a legitimidade constitucional do fim integra a sub-regra da adequação (idoneidade), constituindo, ao lado do favorecimento do fim, um dos seus dois subníveis.⁹⁹⁶

Para Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, a justificação teleológica não integra o exame da proporcionalidade propriamente dito, uma vez que constitui, ao lado do princípio da legalidade, um dos seus pressupostos. Trata-se, a seu ver, de um pressuposto de natureza material porque introduz, na avaliação da admissibilidade das intervenções nos direitos fundamentais, os valores que a atuação estatal pretende proteger e que precisam gozar de força constitucional suficiente para se defrontarem com os valores representados pelos direitos fundamentais restringidos, haja vista que “o princípio da proporcionalidade requer que toda limitação a esses direitos tenda à consecução de fins legítimos”.⁹⁹⁷ Nessa ótica, a legitimidade constitucional do fim é um elemento externo, que antecede o exame da proporcionalidade.

A nosso ver, a legitimidade constitucional do fim ou justificação teleológica integra o exame da idoneidade ou adequação, uma vez que não há como se dissociar o favorecimento do fim de sua legitimidade constitucional. Logo, se for ilegítimo o fim que se busca promover com a intervenção no direito de liberdade, a medida não será adequada (idônea) e, portanto, será desproporcional.

Todavia, dada a extrema relevância da legitimidade constitucional do fim em matéria de intervenção no direito de liberdade, preferimos, na esteira do método proposto por Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, destacá-la do exame da adequação propriamente dito, para que, já no início do processo de individualização da medida cautelar pessoal, o juiz possa aferi-la.

Não se cuida, nesse momento, de examinar a idoneidade em si do meio, mas tão somente de identificar o fim, isoladamente considerado, como pressuposto para a imposição de uma medida cautelar, para verificar se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional.⁹⁹⁸

⁹⁹⁶ Vide item 3.8.5.1.

⁹⁹⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 69 e 99.

⁹⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 347.

Caso se trate de um fim ilegítimo ou irrelevante, a medida, de antemão, será considerada inadmissível, por ser absolutamente arbitrária.

Embora a Constituição Federal, ao tratar da prisão cautelar, não indique os fins que devam orientá-la, os parâmetros para aferir a sua justificação teleológica são fornecidos por princípios constitucionais, como a presunção de inocência (art. 5º, LVII), que torna ilegítima qualquer prisão cautelar automática ou obrigatória, baseada na mera gravidade objetiva da imputação, sem a demonstração concreta da sua necessidade.

A imparcialidade do juiz, como princípio inseparável da própria jurisdição,⁹⁹⁹ também é um parâmetro para se aferir o pressuposto da justificação teleológica. Lamentavelmente, registram-se ao menos dois casos teratológicos de prisões cautelares ordenadas para a satisfação de sentimentos pessoais do juiz, de manifesta ilegitimidade constitucional.¹⁰⁰⁰

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento realizado em 27/3/13, nos autos da ação penal nº 9027471-33.2003.8.26.0000, condenou uma juíza de direito, por violação de sigilo telefônico (art. 10 da Lei nº 9.296/96) e denúncias caluniosas (art. 339, CP), à pena de 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de multa, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime de falsidade ideológica. O Tribunal de Justiça também decretou a perda do seu cargo público (art. 92, I, CP). Segundo o acórdão, após romper um conflituoso relacionamento amoroso, a juíza de direito, sem afirmar suspeição, atuou em ação penal ajuizada contra o pai do ex-namorado e julgou-a procedente, condenando-o à pena de 9 (nove) meses de detenção, em regime semiaberto. Embora a pena aplicada admitisse substituição por restritiva de direitos ou *sursis*, a juíza negou qualquer benefício ao réu, inclusive o direito de apelar em liberdade, e ordenou a imediata expedição de mandado de prisão em seu desfavor, retendo os autos em seu poder. Determinou ainda, de acordo com o acórdão, que fosse lavrado falso termo de conclusão e rasuradas datas de registro de sentenças. A juíza também ordenou a interceptação das comunicações telefônicas de seu ex-namorado, com objetivos não autorizados por lei. Imbuída do propósito de investigar a sua vida particular e por motivos exclusivamente pessoais, a juíza de direito oficiou à operadora de telefonia, determinando o

⁹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58.

¹⁰⁰⁰ Os julgamentos a seguir citados são públicos e a íntegra dos respectivos acórdãos está disponível para consulta em www.tjsp.jus.br.

redirecionamento das chamadas censuradas para o seu próprio telefone e a remessa do histórico de ligações para o seu endereço residencial.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento realizado em 20/3/13, nos autos da ação penal nº 0075132-20.2010.8.26.0000, condenou um juiz de direito e um promotor de justiça, por prevaricação (art. 319, CP), à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de multa, e decretou a perda dos respectivos cargos públicos, por manifesta ilegalidade e abuso de poder na decretação da prisão preventiva de um padeiro, ao qual se imputava mero crime de ameaça contra um advogado, para suposta garantia da ordem pública. Segundo o acórdão, o padeiro, vítima de adultério cometido por sua esposa com aquele advogado, sintomaticamente colega do promotor e do juiz de direito em instituição de ensino, foi preso por três dias,

devido ao promotor formular requerimento e o juiz ordenar a preventiva, em expediente desprovido de formação de culpa e com usurpação de atribuições e competência do juiz e promotor natural, provando-se que a estratégia, com o respaldo da Administração Pública, foi planejada e executada com o propósito de intimidar ou calar o marido traído, em benefício ou para agrado do camarada da faculdade.¹⁰⁰¹

O direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF), por sua vez, projeta largos efeitos em matéria de prisão cautelar. De acordo com Maria Elizabeth Queijo, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, equivalente à máxima latina *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), a qual, no direito anglo-americano, traduz-se no *privilege against self-incrimination*.¹⁰⁰²

O reconhecimento desse princípio, que se funda no instinto ou dever natural de

¹⁰⁰¹ Consignou-se, nesse julgado, que a “prisão preventiva é medida excepcional, tanto que o art. 313, I, do CPP (alterado pela Lei 12403/2011) estabeleceu o seu cabimento apenas em crime doloso com pena máxima superior a 4 anos. Embora o dispositivo tenha sido introduzido na organização jurídica após os fatos, a qual não poderia ser aplicada no caso, a lembrança é inserida como argumento de que o legislador admitiu o que os juizes de todas as épocas deveriam ter em mente, ou seja, que prisão preventiva se justifica para atender emergências e evitar o *periculum in mora*. Por mais que a defesa se empenhe em tentar demonstrar que a prisão de [...] era necessária, a argumentação perde todo o sentido e racionalidade quando se constata não existir um fato concreto que colocasse em risco a integridade física do Advogado e, especialmente, a garantia da instrução criminal. O CPP foi alterado para filtrar os casos de preventiva, permitindo sua decretação apenas e quando (último caso) as cautelares forem insuficientes ou descumpridas (arts. 282, § 4º, 310, II e 312, § único, todos do CPP)”. Por fim, o acórdão assentou que “o fator relevante não está nos dias e horas da pena ilegal exaurida, mas, sim, no impacto da decisão judicial no patrimônio do envolvido e da sociedade como um todo, porque revela a vulnerabilidade do sistema jurídico (e legal, consequentemente) pelos agentes que descumprem os compromissos e o cumprimento do princípio da impessoalidade inscrito no art. 37, da Constituição Federal. O crime foi consumado graças ao empenho dos réus que, burlando as normas de segurança do processo justo e do juiz e promotor natural, colocaram atrás das grades uma vítima de adultério porque ela ousou reclamar do assédio do advogado, amigo das autoridades, à esposa”. Acórdão disponível em www.tjsp.jus.br.

¹⁰⁰² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

autopreservação,¹⁰⁰³ representa o respeito à dignidade da pessoa humana no processo penal e a vedação da produção de provas que impliquem violação de direitos do imputado, numa limitação à busca da verdade.¹⁰⁰⁴ Por ser um direito fundamental constitucionalmente assegurado, o seu exercício jamais poderá produzir qualquer efeito desfavorável ao imputado, razão por que não se limita à mera vedação a que, na valoração da prova, importe confissão ou seja interpretado em prejuízo da defesa (art. 186 e seu parágrafo único, CPP).

Assim, é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal.¹⁰⁰⁵ Nesses casos, embora constitucional a norma em abstrato, na apontada incidência ela produziu um resultado inconstitucional.¹⁰⁰⁶

Como assevera Vittorio Grevi, em nenhuma hipótese o exercício do direito ao silêncio pode ser colocado como fundamento, no terreno do *periculum libertatis*, de uma medida cautelar pessoal, que jamais pode ser adotada com o fim de induzir o imputado a colaborar com a autoridade judiciária.¹⁰⁰⁷

Essa questão não é cerebrina, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ilegitimidade constitucional de prisão preventiva cuja razão preponderante foi a recusa da imputada, no exercício do direito ao silêncio, em responder ao interrogatório judicial a que submetida.¹⁰⁰⁸ O Supremo Tribunal Federal também decidiu que carece de legitimidade constitucional, por manifesta ofensa ao privilégio contra a autoincriminação, a decretação

¹⁰⁰³ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

¹⁰⁰⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

¹⁰⁰⁵ Nesse sentido, SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 248-249. PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p.162. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 277-280.

¹⁰⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347, nota de rodapé n. 6.

¹⁰⁰⁷ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 394-395 e pp. 401-403. O art. 274, 1, a, do Código de Processo Penal italiano expressamente determina que *o periculum libertatis* não pode ser individualizado na recusa do imputado em prestar declarações ou em admitir as imputações. Por essa razão, Grevi assevera “(...) *che in nessun caso l’esercizio del diritto al silenzio, da parte dell’imputato, possa essere posto a fondamento.sul terreno del periculum libertatis, di una misura cautelare disposta a suo carico e. quindi. a maggior ragione, che nessuna misura cautelare (a cominciare da quella carceraria) possa venire legittimamente adottata allo scopo di indurre l’imputato stesso a collaborare con l’autorità giudiziaria*”.

¹⁰⁰⁸ Habeas Corpus nº 99.289/RS. Segunda Turma. Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 4/8/11.

da prisão temporária ou preventiva do imputado pelo seu não comparecimento à delegacia de polícia para prestar depoimento¹⁰⁰⁹ ou “por falta de interesse em colaborar com a Justiça”, supostamente evidenciada pelo fato de os réus “haverem respondido às perguntas de seus interrogatórios de forma desdenhosa e evasiva, mesmo sabedores de que tais versões não encontram guarida no caderno investigatório”.¹⁰¹⁰

E não é só. Ainda que, explicitamente, não seja essa a motivação da decisão, caso se constate, inclusive pela forma de atuação extraprocessual do juiz ou dos órgãos da persecução penal, que o verdadeiro objetivo da prisão cautelar é forçar a colaboração do imputado, sua inconstitucionalidade será patente.

Essa questão evidencia-se em investigações complexas, que envolvam, v.g., uma intrincada cadeia de agentes, quando não organizações criminosas, na prática de crimes contra a administração pública, o sistema financeiro nacional ou de lavagem de dinheiro, em que haja interesse concreto dos órgãos da persecução penal em formalizar com o investigado um acordo de colaboração premiada, visando a identificação dos demais coautores e partícipes e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas, ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (arts. 3º, I, e 4º, da Lei nº 12.850/13).

Ainda que legalmente se admita, diante da relevância da colaboração, o perdão judicial, a redução de pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (arts. 3º, I, e 4º, da Lei nº 12.850/13), é vedado utilizar-se da decretação ou da manutenção da prisão cautelar como instrumento de barganha com o imputado, no intuito de coagi-lo a colaborar.

A imposição da fiança também exige justificação constitucional.

Jordi Nieva Fenoll, ao tratar da fiança, observa, com certa ironia, que se cuida de determinar qual o montante em dinheiro que obstará a fuga do imputado e que o seu pressuposto é ingênuo, pois não será o depósito de bens ou valores que irá dissuadir os propósitos de evasão de quem, de fato, teme por sua liberdade.¹⁰¹¹

A fiança se destina, primordialmente, a “assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial” (art. 319, VIII, CPP). Tem por finalidade, ainda, garantir o pagamento da

¹⁰⁰⁹ Habeas Corpus nº 89.503/RS. Segunda Turma. Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 8/6/07.

¹⁰¹⁰ Habeas Corpus nº 79.781/SP. Primeira Turma. Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/6/2000.

¹⁰¹¹ FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012, p. 166.

indenização *ex delicto*, da pena pecuniária e das custas processuais, para a hipótese de a fuga do imputado se concretizar.¹⁰¹²

A fiança, portanto, não pode ser imposta para garantir a execução de outras medidas cautelares, senão para aqueles fins legalmente previstos. Não bastasse isso, a fiança jamais pode ser arbitrada em valor excessivo,¹⁰¹³ que implique verdadeira negativa do direito à liberdade,¹⁰¹⁴ por falta de justificação constitucional.

A norma do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, em razão de mutação constitucional já abordada neste trabalho,¹⁰¹⁵ determina que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou

¹⁰¹² FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012, p. 166. Nesse particular, estabelece o art. 336 do Código de Processo Penal que “o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado”. Como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Habeas Corpus nº 42.049/SP, Sexta Turma, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 3/2/14, “o instituto da fiança tem por finalidade a garantia do juízo, assegurando a presença do acusado durante a persecução criminal e o bom andamento do feito. Interpretando sistematicamente a lei, identifica-se uma finalidade secundária na medida, que consiste em assegurar o juízo também para o cumprimento de futuras obrigações financeiras.”

¹⁰¹³ A Emenda VIII à Constituição dos Estados Unidos da América, por exemplo, expressamente proíbe a imposição de fianças exageradas (“excessive bail shall not be required”) ou multa excessivas (“nor excessive fines imposed”).

¹⁰¹⁴ Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “o valor da fiança deve guardar correspondência com a capacidade econômica do preso, que será atestada pela autoridade competente, de modo que não seja arbitrada em valores irrisórios, tornando inócua sua função, tampouco em quantias excessivamente elevadas, que se traduzam, na prática, em manutenção da prisão. E, quando constatada a insuficiência de recursos do acusado para arcar com o seu valor sem comprometer a sua subsistência e a de sua família, o juiz poderá, nos termos do art. 350 do CPP, conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 e a outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP (...). Como se sabe, o art. 319 do Código de Processo Penal traz um amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão, o que impõe ao magistrado, como qualquer outra decisão acauteladora, a demonstração das circunstâncias de fato e as condições pessoais do agente que justifique a medida restritiva a ser aplicada. Na espécie, manteve-se a medida cautelar da fiança sem levar em consideração fator essencial exigido pela legislação processual penal e indispensável para o próprio arbitramento do valor: capacidade econômica do agente. Não há, portanto, fundamentação adequada, (...) não havendo razão jurídica em manter a fiança, no caso, como óbice intransponível para a liberdade” (HC nº 114.731/SP, Segunda Turma, Ministro Teori Zavascki, DJe de 16/4/14). Nesse caso, foi arbitrada fiança de cinco salários mínimos pela suposta prática dos crimes de embriaguez ao volante e direção sem habilitação. O paciente era pobre: cuidava-se de um pedreiro, casado com empregada doméstica, e assistido pela Defensoria Pública. Foi concedida a liberdade provisória ao paciente, com a dispensa do pagamento de fiança, ressalvada a hipótese de oportuna imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Assim também decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 236.748/DF, Quinta Turma, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 1º/8/12, que “(...) a imposição da fiança, dissociada de qualquer dos pressupostos legais para a manutenção da custódia cautelar, não tem o condão, por si só, de justificar a prisão cautelar do réu, a teor do disposto no art. 350 do Código de Processo Penal, quando a situação econômica do réu assim não a recomenda, tal como se verifica na hipótese, em que o Paciente se diz hipossuficiente”. No mesmo sentido, Habeas Corpus nº 113275/PI, Sexta Turma, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21/2/11. Em suma, “a fiança a ser arbitrada deve conter estreita ligação com a possibilidade de pagamento pelos agentes, não sendo possível admitir-se, pois, que ela venha ser fixada em patamar que ultrapasse as suas condições financeiras (ausência de adequação)”, “principalmente quando se tratarem de moradores de rua” (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 238.956/SP, Sexta Turma, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 18/6/12).

¹⁰¹⁵ Vide item 4.1.

liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A imposição de fiança em valor impossível de ser recolhido, por força das limitadas condições financeiras do imputado, implica não apenas a negação desse direito constitucionalmente assegurado, como também, e o que é mais grave, verdadeira burla ao texto constitucional. Desta feita, a fixação da fiança deve necessariamente levar em consideração “a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento” (art. 326, CPP), e, se o recomendar a situação econômica do imputado, pode ser dispensada,¹⁰¹⁶ reduzida de até 2/3 ou aumentada em até mil vezes (art. 325, § 1º, CPP).

6.3. Judicialidade

A judicialidade, como norma fundamental reitora da intervenção no direito de liberdade, já foi analisada neste trabalho.¹⁰¹⁷ Remanescem, todavia, algumas questões de grande relevância a serem abordadas.

Nos termos do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, 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.

Somente a autoridade judiciária, portanto, pode decretar prisão temporária ou preventiva ou aplicar medida cautelar diversa da prisão (arts. 282, § 2º, 283, 310 e 321, CPP). Por essa razão, embora Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano trate a judicialidade como requisito subjetivo,¹⁰¹⁸ cuida-se de verdadeiro pressuposto de existência do ato.¹⁰¹⁹

A autoridade policial, por sua vez, tem atribuição apenas para conceder liberdade provisória mediante fiança, como contracautela¹⁰²⁰ e providência substitutiva da prisão em

¹⁰¹⁶ Art. 350, *caput*, CPP: “Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso”. Trata-se de disposição da mais alta relevância, destinada a tutelar a liberdade dos hipossuficientes, por vezes não observada pelos juízes.

¹⁰¹⁷ Confira-se item 3.5.

¹⁰¹⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 78.

¹⁰¹⁹ Como já exposto na nota de rodapé n. 952 supra, “sem o pressuposto, o ato não tem como ser concretizado; sem o requisito o é, porém irregularmente”. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 266, em especial a nota de rodapé n. 9. A ordem judicial, portanto, é pressuposto de existência, e não requisito da prisão e das medidas cautelares pessoais.

¹⁰²⁰ Como já exposto no item 5.5, a liberdade provisória, com ou sem fiança, não constitui medida cautelar diversa da prisão, mas sim uma contracautela que pressupõe o estado coercitivo do flagrante.

flagrante, nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos (arts. 322 e 323, CPP), sendo-lhe vedado impor, em cumulação, medidas cautelares diversas, matéria reservada exclusivamente à apreciação judicial (art. 321, CPP).

Na fase da investigação criminal, o juiz não pode, de ofício, decretar medidas cautelares, uma vez que depende de provocação da autoridade policial ou do Ministério Público (art. 282, § 2º, CPP). Essa mesma vedação, em relação à prisão temporária, já constava da respectiva lei de regência (art. 2º, da Lei nº 7.960/89).

Com fundamento nos arts. 282, § 2º (que veda a imposição, de ofício, de qualquer medida cautelar na fase da investigação preliminar), e 311 (que veda a decretação, de ofício, da prisão preventiva, na fase da investigação preliminar), ambos do Código de Processo Penal, Fernando da Costa Tourinho Filho sustenta que é vedado ao juiz, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, convertê-la de ofício em prisão preventiva, o que somente “poderá ocorrer se houver pedido nesse sentido”, vale dizer, se houver representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. “Não havendo, ou o Juiz aplica uma das medidas cautelares do art. 319 ou concede a liberdade provisória, com ou sem fiança, tal como dispõe o inc. III do art. 310”.¹⁰²¹

Nessa esteira, sustenta-se que, além de uma interpretação sistemática exigir a conjugação dos arts. 282, §2º, e 310, II, do Código de Processo Penal, a atuação de ofício do juiz, máxime na fase da investigação criminal de um sistema acusatório, poderia comprometer sua imparcialidade e “romper o necessário equilíbrio entre as partes, trazendo o perigo de transformar-se o magistrado em coadjuvante dos órgãos incumbidos da persecução penal”.¹⁰²²

¹⁰²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 495-496, Vol. 3. A solução por ele preconizada é contraditória, uma vez que, nos termos do mesmo art. 282, § 2º, do Código de Processo Penal, por ele invocado, nenhuma medida cautelar pode ser decretada de ofício na fase da investigação criminal. Logo, se o juiz, na fase do art. 310 do Código de Processo Penal, não puder converter a prisão em flagrante, de ofício, em preventiva, também não poderá impor, de ofício, medida cautelar dela diversa.

¹⁰²² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 44-45. Para Geraldo Prado, “a vedação da decretação da prisão preventiva de ofício é absoluta, por exigência do sistema acusatório, mesmo que se trate da impropriamente denominada ‘conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva’, prevista no inc. II do Código de Processo Penal”. (PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória*. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 129-130). Segundo Aury Lopes Jr., a inércia do juiz e seu afastamento da esfera de atividade das partes são condição de sua imparcialidade e algumas das principais características do sistema acusatório, em contraposição ao sistema inquisitivo. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 115-142). No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 49-51.

A nosso ver, todavia, o art. 310, II, do Código de Processo Penal, constitui exceção à regra do art. 282, § 2º, ao prever que juiz, de ofício, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá impor medidas cautelares diversas da prisão ou, se estas se revelarem inadequadas ou insuficientes, converter o flagrante em prisão preventiva. Diferentemente da hipótese de decretação originária da prisão preventiva, quando o imputado se encontra solto, no caso de prisão em flagrante a situação de máxima compressão da liberdade do imputado está a exigir imediato exame da necessidade ou não de sua subsistência, constituindo a comunicação do flagrante, por si só, provocação suficiente à atuação jurisdicional.¹⁰²³

Atuar o juiz de ofício, nessa fase específica, torna desnecessários requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial para a imposição de medidas cautelares diversas da prisão ou para a própria conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, mas não dispensa a manifestação prévia do Ministério Público e da defesa, em atenção ao princípio do contraditório.¹⁰²⁴

Imperiosa, portanto, a prévia ouvida do Ministério Público e da defesa, a fim de que se pronunciem sobre a regularidade do flagrante, a concessão de liberdade provisória, a aplicação da medida cautelar pertinente ou a conversão do flagrante em preventiva. Aliás, a manifestação da defesa é imprescindível não apenas para elidir as razões de eventual requerimento de conversão do flagrante em prisão preventiva deduzido pelo Ministério Público, como também para sustentar a inadequação ou desnecessidade, até mesmo por excessiva onerosidade, da fiança ou outra (s) medida(s) alternativa(s) que venha(m) a ser proposta(s).

De todo modo, repita-se, ausente representação da autoridade policial ou manifestação expressa do Ministério Público pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ou pela conversão da prisão em flagrante em preventiva, o juiz poderá, de ofício,

¹⁰²³ Nesse sentido, aduz Andrey Borges de Mendonça: “Nem se alegue que a possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, prevista no art. 310, inc. II, durante o inquérito, seja um permissivo para a atuação de ofício do magistrado. Em verdade, na hipótese do art. 310, já houve uma prisão anterior em flagrante, de sorte que o magistrado não está tomando qualquer iniciativa. A prisão em flagrante já foi realizada por qualquer do povo ou pela autoridade policial e o magistrado apenas verifica se há necessidade de sua manutenção. O que o legislador chama de “converter” deve ser compreendido no sentido de verificar os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva (...). Na prática, a prisão já ocorreu e o juiz não a decreta, mas apenas verifica se é caso de manter a prisão ou conceder a liberdade. Atua dentro de sua função de garantidor do inquérito policial, zelando para que a prisão somente seja mantida se realmente houver sua necessidade”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 228). No mesmo sentido: JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 290. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 689.

¹⁰²⁴ Sobre princípio do contraditório, vide item 3.6.

adotar uma ou outra providência ao receber a comunicação da prisão em flagrante.

6.4. Motivação

A motivação e sua estrutura, fatores determinantes da controlabilidade das decisões judiciais, já foram analisadas neste trabalho.¹⁰²⁵ Remanescem, todavia, algumas questões de grande relevância a serem abordadas.

A imposição de qualquer medida cautelar exige adequada motivação, uma vez que não se outorgam poderes discricionários ao juiz nessa seara. Essa motivação compreende a demonstração concreta da hipótese de cabimento da medida cautelar, dos seus pressupostos (o *fumus commissi delicti*, que se traduz na existência da infração e nos indícios de autoria), requisitos (uma das situações de perigo, legalmente tipificadas, geradas pelo estado de liberdade do imputado, o *periculum libertatis*), e dos critérios utilizados para a escolha de determinada medida cautelar, dentre as legalmente previstas.

A necessidade de indicação concreta dos pressupostos e requisitos da medida cautelar pessoal rechaça, desde logo, qualquer possibilidade de referência genérica aos elementos de informação ou às provas dos autos para justificar a imposição de uma medida cautelar. Embora tratando de questão diversa (dosimetria da pena), já decidiu o Supremo Tribunal Federal que o recurso à expressão genérica “os elementos demonstram”, sem a sua concreta indicação, é incompatível com o dever de motivação expressa.¹⁰²⁶

Outrossim, como a prisão preventiva somente será admitida quando não for cabível medida cautelar dela diversa (art. 282, § 6º, CPP), para decretá-la

deverá o juiz justificar por que nenhuma das medidas alternativas à prisão é, no caso concreto, adequada para a necessidade cautelar que se apresenta. Por certo, não bastará repetir os termos da lei e afirmar que nenhuma outra medida é adequada.¹⁰²⁷

O recurso a fórmulas de estilo, válidas para todos os casos e para qualquer imputado, sem a efetiva análise dos elementos concretos dos autos, constitui hipótese de motivação aparente, o que equivale a dizer inexistente.¹⁰²⁸

¹⁰²⁵ Confira-se item 3.7.

¹⁰²⁶ Recurso em Habeas Corpus nº 123.529/GO, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 17/11/14.

¹⁰²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 745.

¹⁰²⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

De acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho, a motivação poderá ser sintética, desde que seja completa, vale dizer, que compreenda suficientemente toda a área decisória, justificando-se todas as opções adotadas. O requisito de integridade (= completude ou completitude) da motivação

não se confunde, em absoluto, com a sua prolixidade, seja pela excessiva utilização de desnecessários argumentos puramente retóricos, seja pela indicação de fundamentos de duvidosa pertinência com o objeto da motivação: tanto uma motivação pode ser sintética e, ao mesmo tempo, completa, como outra pode ser superabundante e simultaneamente incompleta.¹⁰²⁹

Questão mais complexa é a atinente aos denominados artifícios da motivação, como a motivação implícita e a motivação *ad relationem*, expedientes ou subterfúgios que comprometem o requisito de integridade da decisão, por representarem uma omissão relevante no discurso judicial, que pode ou não ser superada pela integração de dados extraídos do próprio contexto da motivação ou nela referidos.¹⁰³⁰

Na motivação implícita,

a superação das lacunas torna-se possível em virtude da relação lógica existente entre aquilo que ficou expresso no discurso judicial e aquilo que também deveria ter sido objeto de justificação mas não foi. Em outros termos, os motivos que justificam a solução de uma questão servem, implicitamente, para atender à mesma finalidade em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial.¹⁰³¹

Na decisão que impõe medida cautelar pessoal, Antônio Magalhães Gomes Filho admite a motivação implícita quanto à capitulação legal da infração, mediante adoção da classificação feita no inquérito ou na peça de acusação, ressalvando que, se houver qualquer dúvida a respeito da qualificação jurídica dos fatos investigados ou que constituem o objeto da acusação, cumprirá ao juiz decidir sobre esse ponto controvertido com fundamentação expressa.¹⁰³²

Feita essa ressalva a respeito da qualificação jurídica dos fatos, a nosso ver, a motivação implícita é incompatível com o direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal.¹⁰³³

¹⁰²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 143-144, em especial a nota de rodapé n. 2.

¹⁰³⁰ *Idem, op. cit.*, pp. 161-162.

¹⁰³¹ *Idem, op. cit.*, p. 162.

¹⁰³² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

¹⁰³³ Vide item 4.3.

No tocante ao *fumus commissi delicti*, compete ao juiz demonstrar, com fundamentação idônea, a existência do fato criminoso e a razão por que os indícios se mostram suficientes para firmar um juízo positivo de probabilidade sobre a autoria. Não basta, pois, a mera enunciação desses indícios.¹⁰³⁴

A exigência de fundamentação expressa avulta na demonstração do *periculum libertatis*, impondo ao juiz o dever de valorar os fatos, retratados nos autos, que tipificam a situação de perigo criada pela conduta do imputado.

Pelo princípio da gradualidade, as medidas cautelares pessoais são ordenadas em termos de progressiva afluência, de modo que a compressão da liberdade do imputado deve ser contida nos limites mínimos necessários à satisfação das exigências cautelares.¹⁰³⁵

A prisão cautelar, como *ultima ratio*, é medida excepcionalíssima que somente poderá ser imposta quando as demais medidas cautelares mostrarem-se inadequadas ou insuficientes. Por força do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal, o juiz necessariamente deverá partir da medida de menor intensidade para somente então, motivadamente, alcançar as de maior intensidade.

Admitir que a decretação da prisão cautelar implique, automática e implicitamente, que as medidas cautelares dela diversas sejam, desde logo, inadequadas ou insuficientes, importa subverter a lógica do sistema gradual de medidas cautelares e violar o dever de motivação expressa. Significa, ainda, recolocar indevidamente a prisão preventiva no baricentro do novo sistema de medidas cautelares, deitar por terra a reforma processual feita pela Lei nº 12.403/11, e recair no imobilismo, imortalizado por Giuseppe Tomasi, Príncipe de Lampedusa, em *O Leopardo*, nas palavras de Tancredi Falconieri: “Se queremos que tudo fique como está, é preciso que tudo mude”, e reverberada no pensamento de Don Fabrizio Cordera, Príncipe de Salina: “Depois tudo ficará na mesma, embora tudo tenha mudado”.¹⁰³⁶

Não se exige para a decretação da prisão cautelar que o juiz se pronuncie, analítica e exaustivamente, sobre a inadequação ou insuficiência de cada uma das medidas cautelares a ela alternativas, mas sim que demonstre, fundamentadamente, a presença da cautelaridade em seu grau máximo, e de forma sintética, mas completa, explicita as razões pela quais as medidas alternativas seriam inadequadas ou insuficientes para eliminar a

¹⁰³⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 186.

¹⁰³⁵ Vide item 5.5.

¹⁰³⁶ TOMASI, Giuseppe. *O leopardo*. Trad. Leonardo Codignoto. São Paulo: Nova Cultural, 2002, pp. 43 e 47.

situação de perigo.

Quanto à motivação *per relationem*, o Supremo Tribunal Federal admite, de longa data, que o juiz ou tribunal, para decretar ou manter prisão cautelar, limite-se a fazer referência ou remissão aos fundamentos de fato e de direito que deram suporte à i) manifestação do Ministério Público; ii) anterior decisão; ou iii) às informações prestadas pela autoridade coatora, incorporando-os ao seu ato decisório.¹⁰³⁷

A doutrina, contudo, opõe fundadas restrições à inexistência de justificação autônoma na decisão, por reputar duvidoso que essa prática traduza efetiva e adequada cognição judicial. Como aponta Antônio Magalhães Gomes Filho, a adoção unilateral das razões do Ministério Público “também pode comprometer um dos objetivos processuais da motivação, que é assegurar a imparcialidade da decisão, pois não é certo que as próprias razões do provimento sejam dadas por uma das partes”.¹⁰³⁸

Sob esse prisma, diante do dever de motivação expressa e do direito do imputado à individualização da medida cautelar, mostram-se inaceitáveis, a nosso ver, decisões de seguinte teor: “nos termos da manifestação do Ministério Público, que adoto integralmente como razão de decidir, decreto a prisão preventiva do réu” ou “nos termos do parecer retro do Ministério Público, que acolho na íntegra, indefiro o pedido de liberdade provisória”.

Outrossim, em *habeas corpus* ou recurso exclusivo da defesa não é lícito ao tribunal, para manter a prisão cautelar, valer-se de fundamentos inovadores em substituição à ausência ou inidoneidade de motivação da decisão da instância antecedente. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta a prisão cautelar, de modo que a falta, deficiência ou ilegalidade da fundamentação não podem ser supridas posteriormente.¹⁰³⁹

¹⁰³⁷ Habeas Corpus nº 74.095/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, j. 13/8/96, DJe de 1º/3/11. No mesmo sentido: Habeas Corpus nº 97.456/RJ e Habeas Corpus nº 99.827/CE, Segunda Turma, ambos da relatoria do Ministro Celso de Mello; Habeas Corpus nº 112.207/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 25/9/12; Habeas Corpus nº 114.790, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 10/9/13; Habeas Corpus nº 92.020/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 8/11/10.

¹⁰³⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163-166. No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivañy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 746. Criticando a motivação por remissão, placitada pelo Tribunal Constitucional espanhol, vide ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 87-88.

¹⁰³⁹ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus nº 103.583-MC/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 29/9/11; e Habeas Corpus nº 100.340/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 18/12/09, do qual se extrai a seguinte ementa: “Ação Penal. Prisão Preventiva. Suprimento de motivação pelas instâncias superiores em HC. Acréscimo de fundamentos. Inadmissibilidade. Superação da súmula 691. Precedentes. Não é lícito às instâncias superiores suprir, em habeas corpus ou recurso da defesa, com novas razões, a falta ou deficiência de fundamentação da decisão penal impugnada”. Nesse último caso, a prisão havia sido decretada, em primeiro grau de

Constitui ainda manifesto constrangimento ilegal, reparável por *habeas corpus*, o acórdão que ordena, desde logo, como mera decorrência do julgamento de apelação, a prisão do réu, sem motivação específica, vale dizer, sem a demonstração concreta da necessidade da custódia, quando a sentença lhe assegurou o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.¹⁰⁴⁰

Por sua vez, nos termos do art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, no caso de sentença condenatória, o juiz deve decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar.¹⁰⁴¹ A mera circunstância de o réu já se encontrar preso cautelarmente por ocasião da sentença condenatória não basta, por si só, para justificar a manutenção da prisão cautelar, pois incumbe ao juiz demonstrar, fundamentadamente, a subsistência ou não de seus pressupostos,¹⁰⁴² e a possibilidade ou não de sua substituição por medida cautelar diversa.

6.5. Pressuposto. *Fumus commissi delicti*

No processo civil, “o *fumus boni juris*, enquanto simples verossimilhança do direito invocado pela parte, é pressuposto inafastável do juízo cautelar”,¹⁰⁴³ que se funda na hipótese de um futuro provimento favorável ao autor,¹⁰⁴⁴ na aparência do bom direito.¹⁰⁴⁵

jurisdição, para garantia da ordem pública - em decorrência da mera gravidade do crime - e da futura aplicação da lei penal. O tribunal local, em *habeas corpus* impetrado em favor do réu, inovou, ao acrescentar, como fundamento da prisão preventiva, a periculosidade do agente, o que não lhe era lícito fazer.

¹⁰⁴⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica nesse sentido, inclusive com a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*, afastando-se o óbice processual da Súmula nº 691 (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”). Nesse sentido: *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 26/2/10; *Habeas Corpus* nº 119.132, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 23/4/14; *Habeas Corpus* nº 119.759, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 3/2/14; *Habeas Corpus* nº 120.321/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25/6/14.

¹⁰⁴¹ O Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 120.984/PE, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 10/9/14, admitiu que a instância superior, diante de omissão da sentença, determine ao juiz de primeiro grau que decida, de forma fundamentada, a respeito da manutenção ou não da prisão cautelar. Transcrevemos, no que interessa, a ementa desse julgado: “(...) 3. Embora o juiz, nos termos dos arts. 387, § 1º, e 492, I, e, do Código de Processo Penal, deva decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, a omissão da sentença condenatória nesse ponto não constitui causa de sua nulidade, tanto que poderia, validamente, ser suprida em sede de embargos de declaração. 4. Omissão a sentença condenatória a respeito da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a instância superior pode determinar ao juiz de primeiro grau que, fundamentadamente, decida a esse respeito. Precedente”.

¹⁰⁴² Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* nº 108.588/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello. DJe de 9/8/13.

¹⁰⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 121.

¹⁰⁴⁴ GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria*

No processo penal, diversamente, pressuposto para a imposição de uma medida cautelar pessoal não é o *fumus boni juris*, enquanto probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim o *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade de ocorrência de um fato aparentemente punível. Urge, portanto, superar o equívoco resultante da transposição de conceitos do processo civil para o processo penal.¹⁰⁴⁶

O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação,¹⁰⁴⁷ traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e em indícios suficientes de autoria,¹⁰⁴⁸ e impõe ao juiz o dever de valorar, no dizer de Grevi, a consistência da plataforma indiciária indispensável para a adoção de qualquer medida cautelar pessoal.¹⁰⁴⁹

O *fumus commissi delicti* constitui um *prius* em relação ao exame do *periculum libertatis*, razão por que, se não houver prova da existência do crime ou se, ainda que demonstrado o fato, não existirem indícios suficientes de autoria ou participação, não se passará à análise da eventual situação de perigo.¹⁰⁵⁰ Dito de outro modo, inexistente o *fumus commissi delicti*, estará vedada, de partida, qualquer possibilidade de imposição de uma medida cautelar.

Embora o Código de Processo Penal somente se refira ao *fumus commissi delicti* em relação à prisão preventiva (art. 312), trata-se de pressuposto comum e indispensável a todas as medidas cautelares.¹⁰⁵¹ Impor uma medida cautelar diversa da prisão, cujo descumprimento inclusive pode conduzir à prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, CPP), sem demonstrar a existência do delito e os indícios suficientes de autoria equivale a

Geral do Processo. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 345.

¹⁰⁴⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil – execução e processo cautelar*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 258, vol. 3.

¹⁰⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 779. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 13.

¹⁰⁴⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 33 e p. 60, vol. IV. Esse autor, seguindo a fórmula tradicionalmente emprestada do processo civil, denomina *fumus boni juris* a probabilidade de condenação ou de um resultado favorável àquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró também identifica o *fumus commissi delicti* como um juízo de probabilidade de que, ao final, será aplicado o direito de punir, por meio de uma sentença penal condenatória, donde “a medida cautelar será um instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 702).

¹⁰⁴⁸ Art. 312 do Código de Processo Penal.

¹⁰⁴⁹ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 397-399.

¹⁰⁵⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 375.

¹⁰⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 755.

fazê-lo sem fundamentação.

Note-se que a expressão indícios não tem o sentido que lhe atribui o art. 239 do Código de Processo Penal (“circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”).¹⁰⁵²

A expressão indício, como observa Mario Chiavario, tem a função de estabelecer, tão somente, a base mínima de carga probatória *lato sensu* para a adoção de uma medida cautelar. Significa que não se exige prova plena ou direta de autoria, bastando a indiciária, desde que grave. Evidente que a expressão “indício” não exclui a relevância da prova plena ou direta, que poderão, por maior razão, servir de plataforma de base para uma medida cautelar.¹⁰⁵³

Não se reclama, por óbvio, um quadro de certeza, de mesma consistência que o exigido para uma condenação, mas a qualificação “indício suficiente” exclui que simples suspeitas¹⁰⁵⁴ ou conjecturas¹⁰⁵⁵ possam legitimar uma intervenção no direito de liberdade. Indício suficiente significa probabilidade de autoria, e não simples possibilidade.¹⁰⁵⁶

Em suma, “existe prova da existência do crime, quando demonstrada está a prática de fato típico na integralidade de seus elementos. E há indícios suficientes de autoria

¹⁰⁵² Como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, embora o Código de Processo Penal discipline o indício entre os meios de prova, o indício é o resultado probatório de um meio de prova. “O indício é o fato provado que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato (...). Em outras palavras, o indício é o ponto de partida da presunção. Ou, visto pelo outro lado, a presunção é um juízo fundado sobre um indício”. Por fim, Badaró registra a divergência doutrinária a respeito do raciocínio indiciário: se indutivo, dedutivo ou indutivo-dedutivo. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 336). Para Hélio Tornaghi, presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando *id quod plerumque* accidit, isto é, aquilo que ordinariamente, em geral acontece. Baseia-se, portanto, na experiência cotidiana, na realidade, no que ocorre normalmente. Em relação ao indício, a presunção nada mais é do que a operação intelectual que liga um fato conhecido e provado a um fato probando, autorizando uma conclusão a respeito (“Tício foi encontrado, junto ao cadáver, com a arma assassina e objetos da vítima. Logo, Tício, provavelmente, é o autor do crime”). (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 282-283 e pp. 451-457, vol. 1).

¹⁰⁵³ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp. 727-728.

¹⁰⁵⁴ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 728. Refere-se o autor ao art. 273, inc. 1, do Código de Processo Penal italiano, que exige a presença de “graves indícios de culpabilidade” (“*gravi indizi di colpevolezza*”) para a imposição de uma medida cautelar. Como observa Vittorio Grevi, essa expressão – que substituiu a fórmula tradicional “indícios suficientes” - tem o evidente propósito de acentuar a consistência da plataforma indiciária indispensável para a adoção de qualquer medida cautelar pessoal. Para Grevi, mais do que simples modificação no léxico, cuida-se de inequívoco sinal para conter eventuais excessos no plano aplicativo. GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 397.

¹⁰⁵⁵ FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012, p. 160.

¹⁰⁵⁶ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 194. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 744.

quando o réu é o provável autor do crime”.¹⁰⁵⁷

O mesmo raciocínio se aplica à prisão temporária.

As “fundadas razões de autoria ou participação do agente” (art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89) significam existência provável do crime e indício razoável de autoria ou participação.¹⁰⁵⁸ A decretação da prisão temporária, portanto, exige um juízo de probabilidade a respeito da existência do crime e de sua autoria, de modo que também não a legitimam simples conjecturas, suspeitas, rumores, referências de ouvir dizer e, menos ainda, uma denúncia anônima.¹⁰⁵⁹

Por outro lado, como a prisão temporária é cabível no limiar das investigações, não se afigura imprescindível que a materialidade do crime venha provada por laudo pericial, sendo suficiente, dada a sumariedade da cognição, que se mostre altamente provável, com base em outros elementos de informação ou meios de prova.¹⁰⁶⁰

6.6. Requisitos negativos. Excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade¹⁰⁶¹

Nos termos do art. 23 do Código Penal, não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O *fumus commissi delicti*, como já visto, funda-se em um juízo de probabilidade de condenação. Se a condenação nem sequer se mostra provável, uma vez que a inexistência de crime importará absolvição do agente (art. 386, VI, CPP), inclusive sumária (art. 397, I, CPP), quando não resultar no próprio arquivamento do inquérito, está ausente o pressuposto do *fumus commissi delicti*.

Por essa razão, o art. 314 do Código de Processo Penal determina que a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar, pelos elementos de informação ou pelas provas constantes dos autos, que o agente praticou o fato acobertado

¹⁰⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 60, vol. IV.

¹⁰⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 880.

¹⁰⁵⁹ LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. *Prisão Temporária: análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 129.

¹⁰⁶⁰ Nesse sentido. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 318.

¹⁰⁶¹ Adotamos a classificação dos requisitos da medida cautelar em positivos e negativos feita por BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 732 e p. 740. Andrey Borges de Mendonça opta por “condição de admissibilidade negativa”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 252).

por uma daquelas causas excludentes de antijuridicidade (= ilicitude).

A fundada dúvida sobre a existência de causa excludente de antijuridicidade também constitui motivo para a absolvição do agente (art. 386, VI, CPP) e, da mesma forma, faz desaparecer o *fumus commissi delicti*. Mais uma vez, não há razão para se decretar a prisão preventiva ante o prognóstico de absolvição.

Se for demonstrada a presença de determinadas causas excludentes da culpabilidade, como inexigibilidade de conduta diversa, o erro de proibição escusável (art. 21, CP), a coação moral irresistível e a obediência hierárquica (art. 22, CP), ou se houver fundada dúvida a seu respeito, também desaparecerá o *fumus commissi delicti*, diante do prognóstico de absolvição (art. 386, VI, CPP).

A inimizabilidade do agente, embora também constitua causa excludente da culpabilidade, não faz desaparecer o *fumus commissi delicti*, diante da probabilidade de absolvição imprópria, com imposição de medida de segurança (art. 386, VI, e parágrafo único, I, CPP). Aliás, caso se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça, há previsão legal para a imposição de medida cautelar de internação provisória (art. 319, VII, CPP).

Ressalve-se, todavia, que se o inimputável tiver agido sob o pálio de alguma excludente de antijuridicidade (art. 23, CP), não existirá crime e, ausente o *fumus commissi delicti*, não estará sujeito, como qualquer outro imputado, à prisão preventiva nem à internação provisória (art. 314, CPP).

Por fim, a *ratio* do artigo 314 do Código de Processo Penal estende-se à prisão temporária e às medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320, CPP). Trata-se, portanto, de uma regra geral, aplicável a toda e qualquer medida cautelar pessoal.¹⁰⁶²

6.7. Requisitos positivos. *Periculum libertatis*

Superado o exame do *fumus commissi delicti*, pela constatação positiva de seus elementos constitutivos, passa-se ao exame do *periculum libertatis*.

A prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria não autorizam, isoladamente, a imposição de qualquer medida cautelar. Para tanto, o próximo passo é determinar se concretamente existe alguma situação de perigo, criada pelo comportamento

¹⁰⁶² SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 154. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier. 2012. p.741.

do imputado, que se enquadre nas hipóteses legais.

No processo civil, o *periculum in mora* encontra-se ligado à inevitável dilação temporal entre o início do processo e a tutela jurisdicional final, e ao perigo resultante dessa demora para o bem jurídico tutelado, em decorrência da alteração da situação de fato.¹⁰⁶³ O *periculum in mora*, portanto, vincula-se a um fator temporal, ainda que parte da doutrina advirta que a sua tônica não está propriamente na morosidade natural da prestação jurisdicional, mas sim no conceito de perigo, que, por si só, seja capaz de colocar em risco a efetividade do direito ou do interesse protegido.¹⁰⁶⁴

No processo penal, diversamente, pressuposto para a imposição de uma medida cautelar pessoal não é o *periculum in mora*, enquanto inevitável dilação temporal entre o nascer do processo e o ato decisório que lhe põe termo,¹⁰⁶⁵ mas sim o *periculum libertatis*, enquanto situação de perigo ao normal desenvolvimento ou aos fins do processo, que decorre do estado de liberdade do imputado. Urge, portanto, superar mais esse equívoco resultante da transposição de conceitos do processo civil para o processo penal.¹⁰⁶⁶

A correta avaliação da existência e da intensidade da situação de perigo é *conditio sine qua non* da aplicação de uma medida cautelar. Se não houver uma situação de perigo, é vedada a imposição de qualquer medida cautelar. Se estiver presente uma situação de perigo, a resposta cautelar deverá ser modulada de conformidade com a natureza e o grau do perigo constatado, e nos limites necessários para debelá-lo.

Enquanto o *fumus commissi delicti* exige a demonstração, nos autos, de acontecimentos pretéritos (existência do crime e probabilidade de autoria), o *periculum libertatis* exige a demonstração do perigo, atual ou futuro, decorrente da liberdade do imputado.¹⁰⁶⁷ Perigo, “e não apenas um risco, porque esse está mais afeito ao campo da possibilidade que ao da probabilidade”.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 345.

¹⁰⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 216.

¹⁰⁶⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 33, vol. IV.

¹⁰⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 780. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 13.

¹⁰⁶⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.

¹⁰⁶⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 113, p. 98, set. 2011.

do imputado. que se enquadre nas hipóteses legais.

No processo civil, o *periculum in mora* encontra-se ligado à inevitável dilação temporal entre o início do processo e a tutela jurisdicional final, e ao perigo resultante dessa demora para o bem jurídico tutelado, em decorrência da alteração da situação de fato.¹⁰⁶³ O *periculum in mora*, portanto, vincula-se a um fator temporal, ainda que parte da doutrina advirta que a sua tônica não está propriamente na morosidade natural da prestação jurisdicional, mas sim no conceito de perigo, que, por si só, seja capaz de colocar em risco a efetividade do direito ou do interesse protegido.¹⁰⁶⁴

No processo penal, diversamente, pressuposto para a imposição de uma medida cautelar pessoal não é o *periculum in mora*, enquanto inevitável dilação temporal entre o nascer do processo e o ato decisório que lhe põe termo,¹⁰⁶⁵ mas sim o *periculum libertatis*, enquanto situação de perigo ao normal desenvolvimento ou aos fins do processo, que decorre do estado de liberdade do imputado. Urge, portanto, superar mais esse equívoco resultante da transposição de conceitos do processo civil para o processo penal.¹⁰⁶⁶

A correta avaliação da existência e da intensidade da situação de perigo é *conditio sine qua non* da aplicação de uma medida cautelar. Se não houver uma situação de perigo, é vedada a imposição de qualquer medida cautelar. Se estiver presente uma situação de perigo, a resposta cautelar deverá ser modulada de conformidade com a natureza e o grau do perigo constatado, e nos limites necessários para debelá-lo.

Enquanto o *fumus commissi delicti* exige a demonstração, nos autos, de acontecimentos pretéritos (existência do crime e probabilidade de autoria), o *periculum libertatis* exige a demonstração do perigo, atual ou futuro, decorrente da liberdade do imputado.¹⁰⁶⁷ Perigo, “e não apenas um risco, porque esse está mais afeito ao campo da possibilidade que ao da probabilidade”.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 345.

¹⁰⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 216.

¹⁰⁶⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 33, vol. IV.

¹⁰⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 780. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 13.

¹⁰⁶⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.

¹⁰⁶⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 113, p. 98, set. 2011.

É de suma importância atentar para o fato de que “não se pode medir o *periculum libertatis* pela régua do *fumus commissi delicti*, sob pena de flagrante ilegalidade”.¹⁰⁶⁹ São exames estanques e sucessivos, que não se confundem.

O *periculum libertatis* não é diretamente proporcional ao *fumus commissi delicti*. A maior probabilidade de autoria não se traduz em maior probabilidade de perigo. Pode haver um alto grau de probabilidade em relação à autoria, e não existir qualquer situação de perigo criada pela conduta do imputado.

Logo, não cabe modular a resposta cautelar em razão do maior ou menor grau de certeza do *fumus commissi delicti*. Ou o *fumus commissi delicti* está ausente e não autoriza a adoção de nenhuma medida cautelar, ou está presente (com maior ou menor probabilidade), e autoriza a decretação de uma medida cautelar, a ser racionalmente escolhida em função do exame sucessivo do *periculum libertatis*.

No exame do *periculum libertatis*, é indispensável que o juiz aponte fatos objetivamente existentes nos autos.

Por esses fatos certos e comprovados é que o julgador deverá justificar a existência do perigo, sua natureza (material ou processual), seu grau (mediato ou imediato, mais ou menos intenso) e, por consequência, também justificará a melhor forma de evitá-lo.¹⁰⁷⁰

De acordo com a segunda lei do sopesamento, formulada por Robert Alexy, “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”.¹⁰⁷¹ Assim, a prisão cautelar, por representar a máxima compressão do direito de liberdade, exigirá o mais alto grau de probabilidade quanto ao *periculum libertatis* e a demonstração concreta de sua base empírica idônea.

As situações que tipificam o *periculum libertatis* e que, no dizer de Mario Chiavario, exaurem o rol de causas idôneas a legitimar a adoção de medidas cautelares¹⁰⁷² são: i) garantia da ordem pública, na qual se insere a necessidade de se evitar a reiteração

¹⁰⁶⁹ A expressão é de ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

¹⁰⁷⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.

¹⁰⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 617.

¹⁰⁷² CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 736.

na prática de infrações penais; ii) garantia da ordem econômica; iii) necessidade da investigação ou da instrução criminal; e iv) necessidade para aplicação da lei penal (arts. 282, I, e 312, CPP).

Assim, as medidas cautelares pessoais, na dicção do Código de Processo Penal, prestam-se a três finalidades: i) defesa social (garantia da ordem pública e da ordem econômica); ii) cautela instrumental (necessidade da investigação ou da instrução criminal); e iii) cautela final (assegurar a aplicação da lei penal).¹⁰⁷³

6.7.1. Garantia da ordem pública e da ordem econômica

Das três finalidades a que se prestam as medidas cautelares, indicadas no item anterior, apenas as duas últimas, que visam resguardar os meios ou os fins do processo, constituem um instrumento a serviço de um instrumento (processo de conhecimento) e, portanto, têm natureza cautelar.

Diversamente, a prisão preventiva (ou qualquer medida dela diversa) para garantia da ordem pública ou da ordem econômica ampara-se em razões de ordem material e não processual,¹⁰⁷⁴ a gerar grande controvérsia a respeito de sua constitucionalidade. A rigor, como se trata de requisitos despidos de natureza cautelar, nem se poderia falar propriamente em prisão cautelar, mas sim em prisão provisória.

A despeito da complexidade da questão, há que se enfrentá-la, nos limites necessários aos fins do presente trabalho.

Ao discorrer sobre o conceito de ordem pública, Fábio Bechara afirma que

O substantivo 'ordem' designa a necessidade de presença de certas condições, sem as quais aquele estado de coisas, que caracteriza a ordem, não se sustentaria, mas modificaria até acarretar a desordem. A ordem, porém, é um conceito que envolve não só a realidade como ela é, mas que indica como a realidade deve ser (...). A noção de ordem pública por sua vez, constitui o estado de coisas que representa a normalidade da vida coletiva de uma determinada sociedade. A ideia de normalidade é eminentemente relativa, e pode se caracterizar como ausência de anomalias, de condições perturbadoras, ou, ainda, como a presença de condições positivas bem determinadas (...).¹⁰⁷⁵

Fábio Bechara registra que, no processo penal, o conceito de ordem pública é

¹⁰⁷³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 65-72.

¹⁰⁷⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 382.

¹⁰⁷⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95.

empregado “em termos de pacífica convivência social, resultante de um componente objetivo de efetiva condição de paz pública e de um correspondente componente subjetivo de sentimento coletivo de segurança”. Como, tradicionalmente, os seus componentes são a tranquilidade e a segurança pública, a ordem pública é concebida como sinônimo de harmonia e pacificação ou como instrumento de defesa social, entendida como reação à prática do crime.¹⁰⁷⁶

Para Luigi Ferrajoli, a perversão mais grave do instituto da prisão preventiva foi a “sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado ‘à estrita necessidade’ instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa novos crimes”. A seu ver, é manifesta a incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva como forma de prevenção e de defesa social, uma vez que estas finalidades partem de uma presunção de culpabilidade, “fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade, baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva”.¹⁰⁷⁷

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, justifica-se apenas nas situações excepcionais “em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual”. A prisão preventiva para garantia da ordem pública, longe de ser um “instrumento a serviço do instrumento”, é uma medida de defesa social, enquanto reação imediata ao crime, para satisfazer o sentimento de justiça da sociedade, ou necessidade de se evitar a prática de novos crimes. Ao ver desse autor, a prisão por esse requisito constitui antecipação da punição, próxima de uma justiça sumária e incompatível com a presunção de inocência.¹⁰⁷⁸

Aury Lopes Júnior afirma que a prisão cautelar não destina a fazer “justiça”, mas sim a garantir o regular funcionamento dos mecanismos do sistema de justiça criminal, através do processo de conhecimento. A seu ver, a prisão preventiva para garantia da ordem pública é inconstitucional, por não se revestir de natureza cautelar.¹⁰⁷⁹

No mesmo sentido, Gustavo Badaró aduz que a prisão para garantia da ordem pública não visa conservar uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a

¹⁰⁷⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 119-120 e 155.

¹⁰⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 509-512.

¹⁰⁷⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 65-68.

¹⁰⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 838-839.

eficácia de um futuro provimento condenatório. “Ao contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal”.¹⁰⁸⁰

É inegável, todavia, que a prisão preventiva para garantia da ordem pública tem grande relevância para a manutenção da paz social. Aliás, nem se trata da única prisão provisória com base em razões materiais, haja vista que a prisão em flagrante, despida de natureza cautelar, também ocorre por motivos de ordem material (certeza visual do cometimento do crime).¹⁰⁸¹

As posições abolicionistas da prisão preventiva para garantia da ordem pública, ao tomarem como premissa a existência de um núcleo duro e intocável da presunção de inocência (conteúdo essencial absoluto),¹⁰⁸² contrastam com a realidade judiciária do País, em que juízes de primeiro grau e tribunais recorrerem largamente a esse requisito.¹⁰⁸³

A função do Poder Judiciário não é preservar a segurança pública, missão constitucionalmente confiada a órgãos policiais (art. 144, CF), mas sim garantir direitos fundamentais.

De todo modo, é inegável que a ordem pública constitui um valor constitucionalmente protegido. O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, impõe ao Estado o dever de adotar as medidas necessárias à sua proteção contra intervenções ilegais por parte de terceiros.¹⁰⁸⁴ Nessa esteira, o art. 144 da Constituição Federal determina que a segurança pública, dever do Estado, “é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública tem, portanto, legitimidade constitucional, e contrasta com esse valor constitucional admitir que alguém esteja a cometer, sem freios de espécie alguma, crimes graves, e não possa ser preso enquanto não sobrevier o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Sendo um mal necessário, como instrumento imprescindível de preservação da segurança e da tranquilidade pública, é mister compatibilizar a prisão para garantia da

¹⁰⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 733.

¹⁰⁸¹ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 387.

¹⁰⁸² Sobre conteúdo essencial, vide item 2.4.

¹⁰⁸³ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 384.

¹⁰⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 195.

ordem pública com a presunção de inocência e torná-la intersubjetivamente mais controlável.

Primeiramente, há que se restringir o alcance da expressão “ordem pública”. Embora se trate de um conceito jurídico indeterminado, a indeterminação do enunciado, como já tivemos oportunidade de expor neste trabalho, não se traduz em indeterminação de aplicação, a qual só permite uma “unidade de solução justa” em cada caso, à qual se chega mediante uma atividade de cognição, objetivável, e não por um ato de volição.¹⁰⁸⁵

Na lição de Eduardo García de Enterría, identificam-se, na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado, i) um núcleo fixo ou zona de certeza, configurado por dados prévios e seguros; ii) uma zona intermediária ou de incerteza, ou “halo do conceito”, mais ou menos precisa; e, finalmente, iii) uma zona de “certeza negativa”, também segura quanto à exclusão do conceito. A dificuldade de se precisar a solução justa se concreta na zona de imprecisão ou “halo conceitual”, mas desaparece nas zonas de certeza, positiva ou negativa.¹⁰⁸⁶

Quanto à zona de certeza negativa do conceito de ordem pública, é pacífico, no Supremo Tribunal Federal, que o estado de comoção social, a indignação popular, o clamor público suscitado pela prática do crime,¹⁰⁸⁷ assim como a necessidade de se acautelar o meio social e a credibilidade da justiça em razão da repercussão do crime,¹⁰⁸⁸ constituem

¹⁰⁸⁵ Vide item 3.7.2.3.

¹⁰⁸⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 468, tomo I.

¹⁰⁸⁷ HC nº 80.719/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 28/9/01 (acórdão com extensa fundamentação, relativo ao emblemático homicídio praticado pelo jornalista Pimenta Neves, de intensa repercussão social); HC nº 115.897/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 25/6/13; HC nº 92.751/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 9/8/11; HC nº 102.605/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 15/2/11; HC nº 84.662/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 22/10/04; HC nº 101.055/GO, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 18/12/09; HC nº 101.621/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 5/8/10; HC nº 95.125/BA, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/9/10; HC nº 87.468/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 15/9/06.

¹⁰⁸⁸ HC nº 82.832/DF, Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5/9/03; HC nº 80.719/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 28/9/01; HC nº 111.244/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 26/6/12; HC nº 98.776/SC, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 16/10/09; HC nº 99.379/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 23/10/09; HC nº 95.483/MT, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 29/10/09. Em sentido contrário: HC nº 96.579/MG, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 19/6/09; HC nº 89.143/PR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 27/6/08 e RHC nº 65.043/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Madeira, j. 28/4/87, RTJ 124/1.033-1.036. Este último acórdão seguramente é o precedente mais invocado por quem sustente, como se extrai de sua ementa, que “no conceito de ordem pública não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar do meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa”.

fundamentos inidôneos, por si sós, para a prisão cautelar.¹⁰⁸⁹ Também a suposta necessidade de se preservar a integridade física do imputado não legitima a sua prisão preventiva para garantia da ordem pública. “Nessa hipótese, cumpre à Justiça dar garantias ao indiciado ou réu, e não trancafiá-lo no xadrez”, a pretexto de favorecê-lo,¹⁰⁹⁰ uma vez que ninguém pode ser preso para a sua própria proteção, em razão de ameaças de linchamento ou de revolta popular causada pelo crime.¹⁰⁹¹

Na zona de certeza positiva, inclui-se a necessidade de se evitar a prática de infrações penais, ou, mais precisamente, de se impedir a reiteração criminosa.¹⁰⁹²

Resta adentrar na zona intermediária ou de incerteza, vale dizer, no “halo do conceito” de ordem pública.

Registre-se, preliminarmente, que o conceito de ordem pública não pode se prestar a qualquer fim. Se tudo couber no conceito de ordem pública, ele nada filtrará e não servirá como critério, razão por que deve necessariamente ser residual.¹⁰⁹³

Maurício Zanoide de Moraes aduz que

a lógica sistêmica que inspira a presunção de inocência ‘como norma de tratamento’, ou seja, que veda qualquer antecipação de pena, está em confronto direto e insuperável com a prisão provisória ou qualquer outra medida coativa, pouco importando a justificativa apresentada (material ou processual).

A seu ver, como essa contradição lógica é insuperável, somente a opção pelo “conteúdo essencial relativo”¹⁰⁹⁴ da presunção de inocência possibilita que se diminua o espaço de conflito entre esse princípio e a prisão provisória até um mínimo de hipóteses

¹⁰⁸⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 311-325. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 337.

¹⁰⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 557, Vol. 3.

¹⁰⁹¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 326-328. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 734.

¹⁰⁹² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 262-263. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 197. SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 490. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93, vol. 1. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 63, vol. IV. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 310. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 336-337. Contra: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 713.

¹⁰⁹³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

¹⁰⁹⁴ Sobre conteúdo essencial, vide item 2.4.

excepcionais, dentre as quais a escolha será racionalmente orientada pela ponderação das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.¹⁰⁹⁵

Ao invés de rejeitar o conceito de ordem pública, a pretexto de sua indeterminação ou de suas razões de ordem material, ou de persistir, em vão, na busca de um consenso para delimitá-lo, Maurício Zanoide de Moraes propõe que ele seja determinado caso a caso, desde que atendidos, no mínimo, três requisitos cumulativos: i) pena abstratamente cominada para o crime imputado; ii) circunstâncias do crime e modo de execução (v.g., homicídio por esquiteamento ou mediante tortura, tráfico de quantidades superlativas de droga, etc.); e iii) relação temporal de proximidade entre o conhecimento da autoria do ato imputado e o momento da decretação da prisão cautelar. Trata-se de parâmetros externos ao conceito de ordem pública e que operam como limites à sua indevida expansão, evitando-se, desse modo, “ingressar em seu conteúdo (que deve ter espaço interpretativo suficiente para ser atualizado no tempo e conforme as condições concretas), sem que com isso fique isento de margens restritivas que sejam simultaneamente proporcionais e constitucionais”.¹⁰⁹⁶

A reforma do Código de Processo Penal, encetada pela Lei nº 12.403/11, acabou por encampar aquela proposta quanto ao requisito da pena cominada ao crime, para somente admitir a prisão preventiva originária nos crimes dolosos e quando a pena máxima exceder a quatro anos (art. 313, I), salvo se o agente for reincidente em crime doloso (art. 313, II).

A proximidade temporal entre o conhecimento do fato criminoso e sua autoria e a decretação da prisão provisória encontra paralelo com a prisão em flagrante, que sugere atualidade (“o que está a acontecer”) e evidência (“o que é claro, manifesto”).¹⁰⁹⁷ Se a prisão por “ordem pública” é ditada por razões materiais, quanto mais tempo se passar entre a data do fato (ou a data do conhecimento da autoria, se distinta) e a decretação da prisão, mais desnecessária ela se mostrará. Em consequência, não se pode admitir que a prisão preventiva para garantia da ordem pública seja decretada muito tempo após o fato ou o conhecimento da autoria, salvo a superveniência de fatos novos a ele relacionados.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 384-386.

¹⁰⁹⁶ *Idem, op. cit.* pp. 390-397. Registre-se que a proposta feita por esse autor é anterior à reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11.

¹⁰⁹⁷ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 48, vol. 1.

¹⁰⁹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 395. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus:

Quanto às circunstâncias do crime e à sua particular forma de execução, Antônio Magalhães Gomes Filho sustenta que os elementos indicados no art. 282, II, do Código de Processo Penal (gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado), isolada ou cumulativamente, não constituem fundamentos que, por si sós, autorizem a imposição de medidas cautelares. A seu ver, esses elementos “somente entram em jogo *depois* de verificada a admissibilidade da medida e de sua necessidade para assegurar uma (ou mais) das finalidades enumeradas no inciso antecedente”, quais sejam, a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais.¹⁰⁹⁹

Pensamos, todavia, que os três elementos indicados no art. 282, II, do Código de Processo Penal efetivamente se inter-relacionam para autorizar a formação do convencimento judicial a respeito da presença ou não do requisito “garantia da ordem pública”. A gravidade concreta do crime, revelada por suas circunstâncias e particular forma de execução, demonstra, concretamente, a periculosidade do agente, e permite um prognóstico de reiteração criminosa assentado em dados fáticos, e não em suposições.¹¹⁰⁰

Corroborando essa assertiva, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal admitem a decretação de prisão preventiva em razão da gravidade concreta do crime, para garantia da ordem pública, quando o comportamento do agente revelar, concretamente, a sua periculosidade, evidenciada pelo *modus operandi* da infração.¹¹⁰¹ De todo modo, será abusiva a decretação de qualquer medida cautelar lastreada na mera gravidade em abstrato

Elsevier, 2012, p. 734.

¹⁰⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011..* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 42-43.

¹¹⁰⁰ O Código de Processo Penal italiano, no art. 274, inc. 1, “c”, contempla a possibilidade de decretação de medida cautelar pessoal ante o perigo de desenvolvimento de atividades criminosas (similar ao requisito da garantia da ordem pública), mas limita-a: i) a crimes graves, com uso de arma ou violência contra a pessoa; ii) a crimes graves contra a ordem constitucional; iii) à criminalidade organizada; e iv) a crimes de mesma espécie daquele pelo qual se procede. Esse dispositivo estabelece, como parâmetros de valoração dessa exigência cautelar, a modalidade e circunstâncias do fato, bem como a personalidade do agente, deduzida de seu comportamento, atos concretos e antecedentes criminais. Trata-se, portanto, de uma avaliação da gravidade concreta da infração e da periculosidade concreta do agente. TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 438. CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp.739-740. GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 401-402.

¹¹⁰¹ HC nº 123.748/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 11/12/14; RHC nº 121.399/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 1º/8/14; HC nº 120.634/MA, Segunda Turma. Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 29/8/14; HC nº 106.462/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 8/4/11; HC nº 97.688/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto. DJe de 27/11/09; e HC nº 97.462/RS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 23/4/10.

do crime, por contrariar a presunção de inocência como norma de tratamento.¹¹⁰²

Quanto à garantia da ordem econômica, esse conceito equivale ao de ordem pública, na medida em que ambos se relacionam à necessidade de se evitar a prática de novas infrações penais. Diferem, tão somente, porque as hipóteses legais de perigo para a ordem econômica se restringem aos crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.176/91); contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86); contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90); contra o consumidor (Lei nº 8.078/90); de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), e contra a economia popular (Lei nº 1.521/51).¹¹⁰³

Tal como a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica suscita grande controvérsia.

Assim como é vedada a prisão preventiva para garantia da ordem pública por clamor público, repercussão social do fato ou para acautelar a credibilidade na Justiça e nas instituições públicas, descabe a prisão preventiva para garantia da ordem econômica, a pretexto de se restaurar a credibilidade na ordem econômica ou no sistema financeiro, abaladas pela prática do crime.

Outrossim, se a finalidade da prisão para garantia da ordem econômica é evitar a reiteração criminosa, poderá ser decretada a medida cautelar de suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira (art. 319, VI, CPP), menos gravosa e invasiva do que a prisão preventiva, reservada para a hipótese de descumprimento daquela medida.

A escolha da medida adequada e necessária para debelar a situação de perigo que se apresente dependerá da correta avaliação do *periculum libertatis*, em função dos critérios já indicados, como a proximidade temporal entre o conhecimento do fato (ou de sua autoria) e a gravidade concreta da infração, as circunstâncias do fato e modo de execução, notadamente quando sua prática envolver associação criminosa (art. 288, CP) ou organização criminosa (art. 1º da Lei nº 12.850/13), com infiltração nos poderes públicos e prognóstico de reiteração de condutas criminosas.

Por fim, em se tratando de crimes contra o sistema financeiro nacional, a magnitude da lesão, isto é, o vulto dos prejuízos causados pela infração penal, é um vetor a ser considerado na avaliação da gravidade concreta da infração (art. 30 da Lei nº 7.492/86),

¹¹⁰² Vide item 3.4.

¹¹⁰³ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 336-337. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 271.

mas, por si só, tal como a necessidade de se resguardar a credibilidade das instituições, não constitui causa idônea para a decretação da prisão preventiva.¹¹⁰⁴

6.7.2. Necessidade para a investigação ou a instrução criminal

A imposição de uma medida cautelar pessoal, fundada em juízo de valor de mera oportunidade ou conveniência, carece de justificação constitucional e ofende o princípio da presunção de inocência enquanto “norma de tratamento”.¹¹⁰⁵ A observação é relevante porque o art. 312 do Código de Processo Penal ainda mantém a vetusta expressão “por conveniência da instrução criminal” (art. 312, CPP) para descrever uma das situações legais do *periculum libertatis*.

Essa expressão, todavia, deve ser interpretada como “necessidade para a investigação ou a instrução criminal”, como determina o art. 282, I, Código de Processo Penal, tanto mais que a prisão preventiva também é cabível na fase da investigação preliminar (art. 311, CPP). Trata-se de uma falha da reforma processual feita pela Lei nº 12.403/11, que se esqueceu de harmonizar a redação desses dispositivos legais, o que não impede que, por força de interpretação sistemática, se proceda à revogação tácita da expressão “conveniência”.¹¹⁰⁶

A necessidade da investigação ou da instrução criminal se reveste de nítida finalidade cautelar, pois visa resguardar os meios do processo, evitando-se a ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova.

Seu objetivo é fazer frente a uma situação de perigo para a aquisição ou a genuinidade da prova,¹¹⁰⁷ de modo a permitir que o processo seja concluído segundo

¹¹⁰⁴ Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: HC nº 85.615/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 3/3/06; HC nº 82.809/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 17/10/03; e HC nº 99.210/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 28/5/10. No HC nº 86.758/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 1º/9/06, embora concedida a ordem por outra razão (extensão dos efeitos da ordem de habeas corpus concedida em outra instância), o acórdão ressaltou ser “pertinente conjugar a magnitude da lesão e a habitualidade criminoso, desde que ligadas a fatos concretos que demonstrem o ‘risco sistêmico’ à ordem pública ou econômica, ou à necessidade da prisão para impedir a continuidade delitiva”. Vide também: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 273-274. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 736.

¹¹⁰⁵ Sobre presunção de inocência como “norma de tratamento”, item 3.4.

¹¹⁰⁶ Muito antes da reforma processual, Hélio Tornaghi já advertia que o legislador deveria ter empregado o termo necessidade, pois a prisão para a instrução criminal somente pode ser decretada se estritamente necessária, “isto é, quando sem ela a instrução não se faria ou se deturparia”. (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93, vol. 1).

¹¹⁰⁷ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 401.

critérios de regular funcionalidade e alcance um resultado útil. Dado o seu caráter estritamente “endoprocessual”, não se contesta, com maior veemência, a sua legitimidade constitucional.¹¹⁰⁸

O imputado, tanto na fase da investigação quanto da instrução criminal, não pode se valer de sua liberdade para obstruir a correta apuração dos fatos, por meio, v.g., das seguintes condutas: i) aliciar, corromper ou ameaçar – e, por maior razão, ofender a integridade física, sequestrar ou matar - outros imputados, vítima, testemunha, perito, autoridade policial, membro do Ministério Público, jurados, juiz ou quaisquer pessoas relacionadas a essas figuras, com o propósito de interferir no seu ânimo de depor ou para impedir que exerçam com exatidão as suas funções; ii) alterar, ocultar, suprimir ou destruir documentos, objetos ou vestígios da infração, incluindo-se o local do crime; iii) forjar elementos de informação ou provas, como testemunhas ou documentos falsos.¹¹⁰⁹

Todas essas hipóteses retratam situações de perigo ao regular desenvolvimento da investigação ou da instrução criminal, mas não legitimam, desde logo, a prisão preventiva, uma vez que cumpre ao juiz avaliar, em primeiro lugar, o cabimento de medida cautelar dela diversa.

Na hipótese de o imputado furtar-se a comparecer aos atos de investigação ou de instrução em que sua presença se faça necessária, como o reconhecimento pessoal,¹¹¹⁰ existe a possibilidade, antes mesmo de se cogitar a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, de se ordenar a sua condução coercitiva para o ato (art. 260, CPP), reservando-se a prisão preventiva, como *ultima ratio*, para o caso de não mais ser encontrado.

Por sua vez, a demonstração de plena disponibilidade do imputado ou do seu ânimo de cooperar com a autoridade policial ou judiciária indubitavelmente milita em desfavor da necessidade de uma medida cautelar para garantir a escorreita apuração dos fatos,¹¹¹¹ o que

¹¹⁰⁸ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 737.

¹¹⁰⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 240-251. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 274-278. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 708-709. LOPES JÚNIOR, Aury; Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 737. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 200-201. PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 161-165.

¹¹¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 737.

¹¹¹¹ PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico*.

não significa, em hipótese alguma, que a sua liberdade a tanto possa ser condicionada. Evidente que, a despeito do espírito de disponibilidade ou de cooperação do imputado, se vier a ocorrer uma situação de perigo a ele atribuível, a medida cautelar poderá ser imposta.

Finalmente, a decisão que impõe medida cautelar deve indicar os elementos fáticos que demonstrem, concretamente, em que consiste o perigo para o regular desenvolvimento da investigação ou da instrução e a sua vinculação a um comportamento do imputado, uma vez que não pode se basear em mera conjectura ou suspeita.

6.7.3. Necessidade para aplicação da lei penal

A necessidade da medida cautelar pessoal para aplicação da lei penal tem nítida natureza cautelar, pois visa resguardar os fins do processo (cautela final) e a própria efetividade da tutela jurisdicional penal.

A situação tutelada é o perigo de fuga do imputado, que frustraria a provável (eis que necessariamente presente o *fumus commissi delicti*) execução da pena. Esse requisito não suscita maior controvérsia quanto à sua legitimidade constitucional, mas sim quanto à demonstração de sua existência.

Revela-se o perigo de fuga quando o imputado, exemplificativamente, prepara-se para deixar o seu domicílio, sem informar, deliberadamente, o novo local em que possa ser encontrado; desfaz-se injustificadamente de seus bens; compra passagem ou tenta embarcar para o exterior, sem previsão de retorno e sem outro propósito, que não o de evasão, a animar a viagem (como, v.g., férias regulares com a família);¹¹¹² já se encontra foragido em razão de outro processo ou condenação criminal; não é encontrado nos endereços que declinou em juízo; esquivava-se mediante sucessivas mudanças de endereço; usa documentos falsos para se identificar e não reside no distrito da culpa.¹¹¹³

As circunstâncias indicativas desse temor devem ser demonstradas por elementos concretos, pois não se deve confundir o prognóstico de fuga (juízo de probabilidade) com

Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 164.

¹¹¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 737. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. pp.281-284. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 201.

¹¹¹³ Os dois últimos exemplos são citados por SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 255.

as circunstâncias fáticas dele determinantes.¹¹¹⁴ A propósito, Mario Chiavario aduz que a jurisprudência italiana não exige, para a demonstração concreta do perigo de fuga, comportamentos materiais típicos como o afastamento do agente (“*allontanamento*”), a compra de bilhete ou a preparação de bagagem, pois considera relevantes outros elementos, como os locais que frequenta (“*frequentazioni*”) e os seus antecedentes criminais.¹¹¹⁵

Por outro lado, não se pode deduzir o perigo de fuga, isoladamente, da mera gravidade abstrata da imputação, da reincidência do agente ou da elevada pena imposta em sentença recorrível, sem que haja outros elementos de convicção indicativos do propósito de evasão.

Não basta, ainda, a mera possibilidade de fuga, pois deve haver indícios de que o agente, concretamente, vá fazer uso dessa possibilidade, sob pena de abrir-se margem para a prisão de qualquer imputado.¹¹¹⁶ Aliás, no movediço campo das possibilidades, tanto cabe conjecturar que o agente vá fugir quanto que irá permanecer, o que demonstra a sua fragilidade.

A condição financeira do imputado, seu maior poder de mobilidade ou de trânsito pelo território nacional ou para o exterior e o fato de viajar constantemente a outros países, a negócios ou lazer, por si sós, não constituem base empírica idônea para a prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal. Mais uma vez, exige-se a demonstração concreta de que o imputado pretenda se valer dessas facilidades para se evadir.¹¹¹⁷

Por fim, a fuga do imputado, posterior à decretação da sua prisão preventiva, não serve de fundamento para suprir a inexistência de base empírica idônea do decreto de prisão, que deverá ser contemporânea ao ato. Dito de outro modo, se no momento da decretação da prisão cautelar inexistia perigo de fuga, não será a evasão do agente, para subtrair-se à prisão ilegal, que a convalidará. Além disso, não se pode exigir que o imputado se submeta espontaneamente a uma prisão que repete ilegal e que impugnará por meios judiciais.¹¹¹⁸

¹¹¹⁴ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 255-269.

¹¹¹⁵ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 738.

¹¹¹⁶ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 254.

¹¹¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 738. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 283. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 276.

¹¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.

6.7.4. *Periculum libertatis* e prisão temporária

Nos termos do art. 1º da Lei nº 7.960/89, caberá a prisão temporária, nos crimes taxativamente previstos em seu inciso III ou em outros diplomas legais, quando imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I) ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inciso II).

Esse caráter de imprescindibilidade deve ser interpretado em consonância com o art. 282, I, do Código de Processo Penal, que estabelece requisitos para aplicação de qualquer medida cautelar, especificamente no que toca à necessidade para a aplicação da lei penal e para a investigação.¹¹¹⁹

Não há diferença ontológica entre imprescindibilidade e necessidade, que significa essencial, o que é preciso, do que não se pode abdicar.¹¹²⁰

Como adverte Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, não se pode confundir “imprescindibilidade” com “utilidade”, uma vez que “útil” é o que auxilia, otimiza, mas não se mostra essencial. A seu ver, a expressão “imprescindível” deve ter o mesmo significado de “indispensável”, de modo que “a medida só deverá ser cogitada (e ter lugar) quando for absolutamente necessária” ao desdobramento da investigação.¹¹²¹ Em suma, imprescindível significa que, sem a prisão temporária, a finalidade da investigação não será alcançada ou restará prejudicada. A prisão temporária não pode ser ordenada para “uma melhor apuração do envolvimento do investigado, sem a demonstração concreta da imprescindibilidade da medida”. Ela não se destina a facilitar a investigação, senão a viabilizá-la, no sentido da aquisição de elementos de informação que não poderiam ser obtidos com o indiciado em liberdade.¹¹²²

Por fim, a prisão temporária somente é cabível quando imprescindível à investigação criminal (art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89) ou à aplicação da lei penal (art. 1º, II, da Lei nº 7.960/89), inexistindo previsão de sua decretação com o fim de se evitar a

738. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 284-286. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 277-278.

¹¹¹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 318-319.

¹¹²⁰ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://www.priberam.pt/dlpo/necess%C3%A1rio>>. Consultado em 27/10/14.

¹¹²¹ LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. *Prisão Temporária: análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 137-138.

¹¹²² SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 104.

reiteração criminosa (garantia da ordem pública).¹¹²³

6.8. O exame da proporcionalidade em sentido amplo

O exame do *periculum libertatis* é crucial não apenas para determinar se alguma medida deve ou não ser aplicada, mas também, resolvido positivamente esse primeiro dilema, para estabelecer qual medida deverá ser aplicada dentre as legalmente previstas, em razão da natureza da situação de perigo diagnosticada e do grau das exigências cautelares a satisfazer no caso concreto.¹¹²⁴

Importante ressaltar que o *fumus commissi delicti* não desempenha nenhum papel na escolha da medida cautelar, por ser apenas um pressuposto para que se possa alcançar esse momento. Trata-se de um exame, por assim dizer, meramente eliminatório da possibilidade de aplicação de uma medida cautelar. O fator determinante, por excelência, dessa escolha é o *periculum libertatis*, responsável por modular a intensidade da resposta estatal às exigências cautelares que se apresentam.

Uma vez individualizada a situação de perigo criada pelo comportamento do imputado, é chegado o momento de estabelecer, pelo exame da proporcionalidade em sentido amplo, como será feita a intervenção no seu direito de liberdade, em resposta à situação de perigo por ele causada.

A proporcionalidade é o vetor que orientará, racionalmente, a escolha judicial da medida a ser aplicada, pois qualquer a intervenção no direito de liberdade somente será constitucional se superar as suas exigências.

O exame da proporcionalidade tem uma estrutura pré-definida, com três sub-regras que são aplicadas de maneira sucessiva e escalonada,¹¹²⁵ às quais o juiz deve submeter as medidas cautelares potencialmente elegíveis diante da situação de perigo identificada, para determinar, caso sejam superados aqueles filtros, qual delas será imposta.

Relembre-se que o juiz, ao testar as medidas potencialmente aplicáveis ao caso concreto, nem sempre terá que proceder à análise de todas as sub-regras. Como observa Virgílio Afonso da Silva, a razão de ser da divisão da proporcionalidade em sub-regras

¹¹²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 750.

¹¹²⁴ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 741. Trata-se, inclusive, de regra expressamente prevista no art. 275 do Código de Processo Penal italiano (“*Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto*”).

¹¹²⁵ Vide item 3.8.5.

reside na relação de subsidiariedade entre elas. Se, no primeiro teste, a medida já se revelar inadequada (inidônea), nem se passará ao exame subsequente da necessidade. A análise da proporcionalidade em sentido estrito somente será exigível se a medida superar, com êxito, os testes da adequação e da necessidade. Desta feita, é possível esgotar-se o exame da proporcionalidade em sentido amplo de uma medida cautelar já no exame de adequação, ou, superado este, no exame da necessidade.¹¹²⁶

6.8.1. O exame da idoneidade (adequação)

De acordo com a sub-regra da idoneidade (adequação), já analisada neste trabalho,¹¹²⁷ toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover a realização de um fim. Não se exige que a intervenção realize-o por completo, mas sim que se mostre idônea (apta) a favorecer a sua obtenção.¹¹²⁸

Não se avalia, no exame da adequação, se as medidas elegíveis são de fato essenciais, por não existirem medidas alternativas menos gravosas para debelar a situação de perigo, questão reservada ao exame subsequente da necessidade. Importa, tão-somente, a relação de causalidade entre meio (medida cautelar potencialmente aplicável) e fim (situação de perigo a debelar). Disso resulta a imprescindibilidade da determinação do fim, pela correta individualização do *periculum libertatis*, pois “um fim vago e indeterminado pouco permite verificar se ele é, ou não, gradualmente promovido pela adoção de um meio”.¹¹²⁹ Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes aponta que “só uma visão clara sobre o que se quer evitar permite uma escolha justificada e proporcional da medida mais apropriada, impedindo-se, com isso, um atuar judicial excessivo ou insuficiente”.¹¹³⁰

A sub-regra da idoneidade ou adequação funciona, em verdade, como um critério negativo, uma vez que visa eliminar os meios que não sejam adequados (idôneos) ao fim

¹¹²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 30-34, abril, 2002.

¹¹²⁷ Vide também item 3.8.5.1.

¹¹²⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 323.

¹¹²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 175.

¹¹³⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 98, set. 2011. A seu ver, “o maior número das decisões que falham ao decretar medidas cautelares erra porquanto não define ou sequer percebe que a identificação do ‘perigo a ser evitado’ é a base segura sobre a qual poderão construir toda uma fundamentação de necessidade e adequação da medida mais eficiente e, simultaneamente, menos invasiva”.

proposto,¹¹³¹ isto é, que não se mostrem aptos a promover, de nenhum modo, a sua realização.

Nessa esteira, é inegável que a prisão preventiva é apta a promover o fim de debelar qualquer situação de perigo que se apresente em relação à ordem pública, à investigação ou instrução criminal e à aplicação da lei penal. Logo, presentes o *fumus commissi delicti*, o *periculum libertatis* e as suas hipóteses de cabimento, a prisão preventiva sempre seria, desde logo, uma medida cautelar idônea e potencialmente elegível.

Ocorre que a prisão preventiva, como *ultima ratio*, somente poderá ser considerada quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares dela diversas (art. 282, § 6º, CPP). Ante o caráter excepcional da prisão preventiva e por força do princípio da gradualidade,¹¹³² o juiz deve necessariamente iniciar o exame da adequação partindo das medidas menos invasivas e gravosas, sob pena de frustrarem-se o sistema de progressiva afliatividade das medidas cautelares pessoais e o direito fundamental do imputado à sua individualização.¹¹³³

A prisão preventiva, portanto, somente será uma opção constitucionalmente válida quando constatada a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas para responder à situação de perigo que se apresenta.

No exame da adequação, verifica-se a existência ou não de relação de causalidade entre a medida cautelar que se pretenda aplicar e o *periculum libertatis*. Importante ressaltar que esse exame deve ser feito de forma individualizada para cada imputado. Assim como uma medida determinada em face de um imputado não pode ser automaticamente estendida a outro, sem um novo exame específico de sua situação, uma medida não pode ser indeferida para um imputado porque se mostrou inidônea em face de outro.¹¹³⁴

Se a situação de perigo for a probabilidade de fuga do imputado, são medidas idôneas a debelá-la o comparecimento periódico a juízo, a proibição de se ausentar da comarca ou do País, o recolhimento domiciliar, a fiança e a monitoração eletrônica (arts. 319, I, IV, V, VIII e IX e 320, CPP). Diversamente, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a suspensão

¹¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590.

¹¹³² Vide item 5.5.

¹¹³³ Vide capítulo 4.

¹¹³⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 325.

do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e a internação provisória (art. 319, II, III, VI e VII, CPP) são medidas inadequadas ao fim em questão.

Se a situação de perigo se relacionar à investigação ou à instrução criminal, são medidas adequadas a resguardar uma e outra: a proibição de acesso ou frequência aos locais de trabalho, residência, lazer, estudo ou culto religioso de vítima e testemunhas ou de seus familiares; a proibição de manter contato com essas pessoas (art. 319, II e III, CPP) ou de sua aproximação (art. 22, III, "a", da Lei nº 11.340/06); o afastamento do lar (art. 22, II, da Lei nº 11.340/06); a suspensão da posse ou restrição do porte de armas (art. 22, II, da Lei nº 11.340/06) e o recolhimento domiciliar. São medidas aptas a impedir condutas que coloquem em perigo as fontes de prova (aliciamento, ameaça ou intimidação de vítima e testemunhas; alteração, ocultação ou destruição de documentos, objetos ou vestígios da infração; forjamento de elementos de informação e provas). A monitoração eletrônica é outra medida apta a contribuir para que o imputado, ciente do controle sobre ele exercido, permaneça no perímetro que lhe for determinado e não pratique atos que comprometam a escorreita apuração dos fatos. Para assegurar a presença do imputado aos atos de investigação ou de instrução criminal, são medidas idôneas o comparecimento periódico a juízo, a proibição de se ausentar da comarca ou do País, o recolhimento domiciliar e a fiança. Diversamente, as medidas cautelares de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e de internação provisória não têm nenhuma relação de pertinência com as situações de perigo em questão e, portanto, são inadequadas.

Se a situação de perigo se relacionar à garantia da ordem pública, são medidas cautelares idôneas a debelá-la e a evitar a prática de novas infrações penais: a proibição de acesso ou frequência a determinados locais; o recolhimento domiciliar; a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; a internação provisória (somente nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando o agente for inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração, nos termos do art. 319, VII, CPP); a monitoração eletrônica; o afastamento do lar e a suspensão da posse ou restrição do porte de armas (art. 22, I e II, da Lei nº 11.340/06).

Evidente que se, no exame do *periculum libertatis*, a cautelaridade já se apresentar em seu grau máximo (a fuga para o exterior é iminente; o imputado já ameaçou de morte a vítima ou testemunhas e está na iminência de realizar o mal prometido; a gravidade concreta do crime, revelada por suas circunstâncias e especial modo de execução,

evidencia o alto grau de periculosidade do agente, com prognóstico de reiteração criminosa), a prisão preventiva será potencialmente elegível desde logo, mas cumprirá ao juiz demonstrar por que as medidas cautelares dela diversas se mostram inadequadas para promover o fim de debelar a situação de perigo identificada.

Em suma, no exame da adequação deve o juiz, analisando a relação de causalidade entre meio e fim, descartar as medidas que não tenham idoneidade para promover o fim visado e somente selecionar a(s) medida(s) cautelar(es) apta(s), de algum modo, a debelar a situação de perigo criada pelo comportamento do imputado.

6.8.2. O exame da necessidade

Caso a medida inicialmente escolhida pelo juiz supere, com êxito, o teste da idoneidade (ou adequação), há que se submetê-la ao exame da necessidade, pelo qual se verifica se existem outras medidas cautelares capazes de debelar a situação de perigo já identificada, sem restringir, na mesma intensidade, o direito fundamental afetado.

Como já ressaltamos,¹¹³⁵ o exame da necessidade é um teste comparativo entre medidas cautelares alternativas que possam promover o mesmo fim. Uma medida não será necessária se a sua finalidade puder ser alcançada por outro meio ao menos igualmente eficaz e que não restrinja o direito fundamental afetado, ou restrinja-o com uma intensidade menor.

O primeiro passo é verificar se alguma medida cautelar, diversa da escolhida, se reveste de idoneidade ao menos equivalente para enfrentar a situação de perigo. Não basta, agora, que o meio alternativo se limite a contribuir de qualquer modo para debelar a situação de perigo; é preciso que essa contribuição seja ao menos igualmente eficaz.

Identificadas as medidas que tenham idoneidade equivalente, o próximo passo é verificar qual delas afeta menos intensamente o direito fundamental restringido.

Como já ressaltamos,¹¹³⁶ na comparação entre medidas potencialmente idôneas há duas variáveis a considerar: i) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e ii) o grau de restrição ao direito fundamental atingido. Como se trata de duas variáveis, há que se determinar qual delas tem maior importância. O meio menos gravoso somente preponderará quando as medidas potencialmente idôneas forem igualmente eficientes na realização do objetivo. O critério decisivo no exame da necessidade, portanto, é a

¹¹³⁵ Vide também item 3.8.5.2.

¹¹³⁶ Vide item 3.8.5.3.

eficiência da medida. Se a medida mais eficiente for também a mais gravosa, a solução do meio menos gravoso não prevalecerá, o que não significa desproteção ao direito restringido em favor de uma eficiência a todo custo, uma vez que essa proteção apenas se desloca para o exame da proporcionalidade em sentido estrito.¹¹³⁷

A esse propósito, segundo Laura Clérico, quando os meios alternativos, de igual idoneidade, restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados, mas afetam em maior medida outros direitos fundamentais, o exame da necessidade deixa de ser conclusivo, “porque o meio estabelecido não é menos lesivo em todos os sentidos relevantes”. Nesses “casos duvidosos”, o exame da necessidade permanece em aberto e apenas funciona como uma espécie de pré-estruturação do exame subsequente da proporcionalidade em sentido estrito.¹¹³⁸

Se o juiz, no anterior exame da adequação, vislumbrar a possibilidade de impor, desde logo, mais de uma medida cautelar, todas as medidas que reputar aptas e potencialmente aplicáveis deverão ser submetidas ao exame da necessidade, a fim de se verificar se essa cumulação é, de fato, essencial frente ao *periculum libertatis*, por insuficiência da aplicação isolada de uma delas.

O juiz, no exame da necessidade, não pode se impressionar com a mera gravidade em abstrato do crime. Essa questão de capital importância, embora já devesse estar superada pelo exame do *periculum libertatis* (gravidade em abstrato do crime, por si só, não constitui fundamento idôneo de situação de perigo), frequentemente retorna à cena no exame da necessidade.

Quando se examina a eventual necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, depara-se, em certos casos, com uma zona de penumbra entre gravidade abstrata e gravidade concreta do crime. Apresenta-se a delicada pergunta: as circunstâncias e o modo de execução do crime são normais e ínsitos ao tipo penal, ou o fato se reveste de particularidades graves e relevantes?

Nesse ponto, o juiz, além da exação na avaliação da situação fática, deve ter em mente que a exceção que autoriza a prisão preventiva por esse fundamento (circunstâncias do fato e especial modo de execução, reveladores do maior grau de periculosidade do

¹¹³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171.

¹¹³⁸ CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 174. No mesmo sentido, ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 326.

agente não pode ser distorcida e expandida, a ponto de se tornar a regra. Considerar qualquer conduta que simplesmente se subsuma no tipo penal como de especial gravidade, para justificar uma prisão preventiva, nada mais é do que prender pela mera gravidade abstrata do crime e estabelecer, de forma inconstitucional, uma modalidade de prisão preventiva obrigatória.

No exame da necessidade, é preciso, uma vez mais e sempre, ter presente a natureza real da situação de perigo e o grau de cautelaridade concretamente exigido, para aferir qual a medida idônea, eficaz e menos gravosa.

Vejamos uma situação concreta e muito comum na experiência forense. Imputa-se a um pai, primário e de bons antecedentes, a prática de atos libidinosos contra a filha de oito anos de idade. Requer-se a sua prisão preventiva para garantia da ordem pública, a fim de impedir que pratique novos atos libidinosos com a menor. Aduz-se que estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) é crime gravíssimo, que evidencia a personalidade desajustada do agente ao convívio social e a sua periculosidade, a justificar sua segregação provisória. Invoca-se ainda a necessidade da prisão para garantir a instrução criminal, no intuito de se preservar a isenção de ânimo em depor da vítima e sua mãe, ameaçadas pelo pai para não reportarem os crimes.

Constata-se, de plano, um erro no processo de justificação externa¹¹³⁹ do pedido de prisão preventiva, por falha na identificação do *periculum libertatis*. A situação de perigo para a ordem pública foi traduzida por meio de fórmulas de estilo, hipotéticas, válidas para todos os casos e para qualquer imputado, sem base em elementos fáticos concretos. A prisão preventiva não pode ser decretada com base na gravidade abstrata do crime e na suposição de que o imputado, em liberdade, cometerá novos delitos de mesma espécie. A presunção, com base nessa conjectura, é de culpabilidade, e não de inocência.

Relembre-se que, de acordo com a segunda lei do sopesamento, “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”,¹¹⁴⁰ razão por que a prisão cautelar exige o mais alto grau de probabilidade quanto ao *periculum libertatis* e a demonstração de sua base empírica idônea.

Por sua vez, para enfrentar a apontada situação de perigo à instrução criminal, há outras medidas cautelares, menos gravosas do que a prisão preventiva e igualmente

¹¹³⁹ Sobre justificação interna e externa na argumentação jurídica, vide item 3.7.4.1.

¹¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 167 e pp. 617-619.

idôneas. que, cumulativamente impostas, podem obstar que a convivência do agressor com a criança e sua mãe possa prejudicar a sua higidez psíquica, interferir no seu ânimo de depor e contaminar a escoreita apuração dos fatos, fechando um círculo de proteção às fontes de prova: i) afastamento do imputado da residência familiar; ii) proibição de se aproximar da vítima e sua mãe; iii) proibição de contatá-las por qualquer meio; e iv) proibição de se dirigir a qualquer lugar em que se encontrem (art. 22, I e III, “a”, “b” e “c”, da Lei nº 11.340/06).

Embora grave a imputação, somente a correta identificação do *periculum libertatis* possibilitou concluir que a prisão preventiva era desnecessária, diante da existência de outras medidas cautelares a ela alternativas, menos gravosas e igualmente eficazes para promover o fim pretendido. Como *ultima ratio*, a prisão preventiva deve ser reservada para a hipótese de descumprimento das medidas protetivas impostas (art. 313, III, CPP).

Analogamente, se basta, v.g., suspender um fiscal de tributos do exercício da função para impedir que se prevaleça do cargo para praticar crimes contra a administração pública, cumulada com a proibição de acessar ou frequentar seu local de trabalho e outros que se mostrarem pertinentes, para que não altere, oculte ou suprima documentos, dados e vestígios da infração, e com a proibição de manter contato com subordinados, superiores e testemunhas, para preservar a higidez dessas fontes de prova, a prisão preventiva para garantia da ordem pública e da investigação criminal será desnecessária, pois as medidas cautelares dela diversas são igualmente eficazes e menos gravosas.

6.8.3. O exame da proporcionalidade em sentido estrito

Nos exames da idoneidade (adequação) e da necessidade, a ponderação não desempenha papel algum. Trata-se apenas de impedir uma intervenção que, sob o aspecto das possibilidades fáticas, é plenamente evitável. As possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais.¹¹⁴¹

Para constatar se uma medida cautelar é apta a promover o fim almejado (debelar a situação de perigo criada pelo comportamento do imputado), não se realiza nenhuma ponderação entre princípios colidentes, para se decidir qual deles deverá prevalecer. Apenas se constata se existe ou não relação de causalidade entre meio e fim, para saber se a medida escolhida é adequada ou inadequada.

¹¹⁴¹ Vide item 3.8.3.

Para constatar se uma medida cautelar é necessária face à situação de perigo, também não se faz ponderação alguma. Apenas se verifica se existem medidas cautelares e ela alternativas que sejam igualmente eficazes e, ao mesmo tempo, menos gravosas. Se houver, a medida escolhida será desproporcional, por ser desnecessária.

Superados os exames da adequação e da necessidade, resta submeter a medida cautelar potencialmente elegível ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, campo, por excelência, da ponderação, por se referir à otimização dos princípios colidentes em relação às suas possibilidades jurídicas.

A colisão entre princípios ocorre quando ao menos duas normas de direito fundamental não podem ser realizadas, de forma completa, ao mesmo tempo e sob as mesmas circunstâncias. “Um passo adiante na realização de uma depende da diminuição da realização da outra (isto é, de sua restrição) e vice-versa”.¹¹⁴²

Como os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, quando dois ou mais princípios colidem, a realização de cada um deles dependerá do grau de realização dos demais, e somente o sopesamento permitirá alcançar um grau ótimo de realização de todos os princípios envolvidos. Por essa razão, diz-se que a otimização de um direito fundamental, nesse caso, “vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito”.¹¹⁴³

De acordo com o exame da proporcionalidade em sentido estrito, como já visto neste trabalho,¹¹⁴⁴ a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim por ela perseguido. Indaga-se se o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais, isto é, se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio.¹¹⁴⁵

A proporcionalidade em sentido estrito é, portanto, idêntica à primeira lei do sopesamento: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.¹¹⁴⁶

¹¹⁴² CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 184.

¹¹⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 43-44, abril, 2002.

¹¹⁴⁴ Vide item 3.8.5.3.

¹¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 185.

¹¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo:

Como as vantagens obtidas com a intervenção no direito fundamental devem compensar os sacrifícios impostos ao seu titular, é preciso comparar a intensidade da intervenção com a importância da promoção do fim, com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência condicionada, vale dizer, para determinar as condições sob as quais um princípio terá precedência em face do outro, com o qual colide.¹¹⁴⁷

A lei do sopesamento, e, por conseguinte, a fixação da relação de precedência de um princípio sobre outro, compreende avaliar: i) o grau de afetação de um dos princípios (= a intensidade da intervenção); ii) a importância da satisfação do princípio colidente; e iii) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação (= intervenção) do outro princípio. A “fórmula do peso” e os modelos para fixação dos graus de importância dos direitos fundamentais afetados, de maneira negativa e positiva (= peso), pela intervenção já foram abordados neste trabalho.¹¹⁴⁸

O centro do exame da proporcionalidade em sentido estrito é a relação de peso dos argumentos que falam a favor e contra a restrição do direito fundamental.¹¹⁴⁹ A desproporcionalidade em sentido estrito surgirá quando a importância concreta da satisfação do princípio colidente ficar abaixo do grau de intensidade da intervenção. Dito de outro modo, a medida cautelar pessoal será desproporcional em sentido estrito toda vez que a intervenção for mais intensa, em algum grau, do que a importância da satisfação das exigências cautelares que se apresentam. Se uma forte razão para a intervenção justifica uma leve intervenção, uma leve ou média razão para a intervenção não justifica uma forte intervenção.

De acordo com Laura Clérico, quanto mais o titular do direito fundamental for onerado “em seus interesses, necessidades e/ou concepção de plano de vida” por uma restrição, tanto maior deverá ser a força das razões que pretendem justificá-la, uma vez que dele não se pode “exigir o insuportável”.¹¹⁵⁰

O sopesamento não é apenas uma fase do exame da proporcionalidade destinada a testar uma medida concreta. As regras editadas pelo legislador, no exercício de sua liberdade de conformação, também são produto de um sopesamento realizado em abstrato entre princípios.

Malheiros. 2011, p. 593.

¹¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011. pp. 50-51.

¹¹⁴⁸ *Idem, op. cit.*, pp. 593-594.

¹¹⁴⁹ CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 183.

¹¹⁵⁰ *Idem, op. cit.*, pp. 182-183 e 190-191, em especial a nota de rodapé n. 101.

As vedações legais à imposição de qualquer medida cautelar, quando à infração não for cominada pena privativa de liberdade (art. 283, § 1º, CPP), e à prisão preventiva originária, quando a pena máxima cominada ao crime não exceder a 4 (quatro) anos (art. 313, I, CPP), por exemplo, constituem produto de um sopesamento feito pelo legislador, em abstrato, entre o direito de liberdade do imputado e os interesses do processo ou de defesa social, em que se decidiu pela prevalência do primeiro. Buscou-se harmonizar as legislações penal e processual penal, no pressuposto de que a prisão preventiva será sempre desproporcional quando não houver possibilidade de condenação a pena privativa de liberdade, ou, mais precisamente, de sua execução em regime de encarceramento.

A propósito, i) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (art. 33, § 2º, “c”, CP); ii) a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos poderá ser substituída por pena restritiva de direitos, quando não se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, “ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime foi culposo” (art. 44, I, CP); e iii) a execução de pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos poderá ser suspensa condicionalmente por 2 (dois) a 4 (quatro) anos (art. 77, CP).

Se a prisão preventiva originária fosse admitida nessas hipóteses, as vantagens obtidas com a promoção do fim (debelar o *periculum libertatis*) não compensariam os sacrifícios impostos ao imputado, diante da ausência de probabilidade de execução de pena privativa de liberdade mediante encarceramento. Se a prisão preventiva “não é um fim em si mesma, mas um instrumento para atingir a finalidade de assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento principal”,¹¹⁵¹ qual a razão para manter o imputado preso até a sentença e então colocá-lo em liberdade mediante concessão do *sursis*, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou para cumprir pena em regime aberto, em prisão domiciliar?

É certo que o juiz poderá, na sentença, impor regime mais gravoso do que a pena aplicada admite (art. 33, § 3º, CP) e, embora presentes os seus requisitos objetivos, negar o *sursis* ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis (arts. 44, II, CP e 77, II, CP). Ainda assim, o legislador decidiu subtrair ao juiz qualquer margem de livre apreciação sobre o cabimento da prisão preventiva originária, quando a pena máxima não exceder a 4 (quatro) anos e o imputado não for reincidente em crime doloso (art. 313, I e II, CPP). Diante do princípio

¹¹⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 717.

da legalidade estrita, somente poderão ser impostas medidas cautelares diversas, reservando-se a prisão preventiva para o seu descumprimento injustificado (art. 312, parágrafo único, CPP).

Ainda que presente uma das hipóteses legais de cabimento da prisão preventiva, a mesma *ratio* que inspirou a regra do art. 313, I, do Código de Processo Penal deve presidir o exame da proporcionalidade em sentido estrito da medida cautelar, já estabelecida como adequada e necessária ao caso concreto. O juiz, portanto, “deverá também considerar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada”.¹¹⁵²

Nesse sentido, Vittorio Grevi pondera que, na determinação da medida cautelar aplicável, o juiz deve levar em conta não só a sua aptidão para satisfazer as exigências cautelares, mas também a sua congruência, sob o perfil da “*deminutio libertatis*” que resulta para o imputado, tanto no que diz respeito à gravidade do crime quanto à quantidade de pena que, concretamente, possa vir a ser imposta ou que já tenha sido imposta (v.g., com uma sentença condenatória de primeiro grau).¹¹⁵³

Trata-se, segundo Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, do chamado critério da “consequência jurídica”, também denominado de critério “da pena ou medida esperada”, que proíbe a prisão provisória do imputado quando a medida for desproporcional em relação à ‘importância da causa’ e à pena ou medida de segurança esperadas.¹¹⁵⁴ Esse critério também é conhecido como “princípio da homogeneidade”, por força do qual as medidas cautelares devem ser homogêneas, embora não idênticas, com as futuras medidas a serem impostas com o provimento final e executadas.¹¹⁵⁵

Para ilustrar essa questão, citemos alguns crimes. O furto qualificado é punido com reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos (art. 155, § 4º, CP); o estelionato é punido com reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos (art. 171, CP); a falsificação de documento público é punida com reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos (art. 297, CP); a concussão é punida com reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos (art. 316, CP); a corrupção passiva e a corrupção ativa são

¹¹⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 718.

¹¹⁵³ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 404.

¹¹⁵⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 252-253.

¹¹⁵⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense. 2014. pp. 696-697. No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. In BIANCHINI, Alice et al; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55) e Andrey Borges de Mendonça (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 232-236).

punidas com reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos (arts. 317 e 333, CP). Todos esses crimes, com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, admitem, em tese, a prisão preventiva (art. 313, I, CPP). Contudo, se houver prognóstico, com base em elementos concretos dos autos (primariedade, circunstâncias judiciais favoráveis, modo normal de execução), de que o imputado, ao final, não será segregado do meio social em execução de uma pena privativa de liberdade (pela concessão de regime aberto, *sursis* ou pela substituição por restritiva de direitos), a decretação da prisão preventiva será desproporcional em sentido estrito e, portanto, inadmissível.

Aplica-se esse mesmo raciocínio ao roubo simples, punido com reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (art. 157, *caput*, CP). Embora não caiba a substituição por restritiva de direitos, caso o agente seja primário, a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime aberto, salvo se houver motivação idônea para impor regime mais severo, que não se confunde com a mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime (Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal).¹¹⁵⁶ Nesse contexto, se as circunstâncias do crime e o seu modo de execução não evidenciarem sua gravidade concreta, o prognóstico final será de não encarceramento, a tornar desproporcional em sentido estrito a prisão preventiva originária.

Outrossim, qualquer medida cautelar, e não apenas a prisão temporária ou preventiva, submete-se ao exame em questão. Se a vantagem por ela representada não justificar o grau de restrição imposto e impor um ônus excessivo e intolerável ao imputado, a medida será desproporcional em sentido estrito.

Exemplificando, a suspensão total do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, a despeito de fomentar com eficiência o fim de impedir a prática de novos crimes, restringe severamente o direito de liberdade em sentido amplo (art. 5º, *caput*, CF), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF) e a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único, CF). Se o grau máximo de intervenção nesses direitos não se justificar plenamente em face das exigências cautelares, a medida impõe uma restrição que transcende os limites do suportável e será desproporcional em sentido estrito. Nessa hipótese, alternativamente deverá ser avaliada a possibilidade de suspensão parcial de funções ou atividades para a promoção do mesmo fim.

¹¹⁵⁶ Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” e “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”

O exame da proporcionalidade em sentido estrito também se mostra relevante quando a medida cautelar imposta atinge mais de um direito fundamental.

Como aduz Maurício Zanoide de Moraes, uma medida idônea e necessária a um fim almejado e específico pode aniquilar outros direitos fundamentais no caso concreto, que não tinham sido considerados e poderiam ficar à margem de qualquer proteção. Se a adequação é um juízo objetivo e a necessidade um juízo comparativo, a proporcionalidade em sentido estrito é um juízo valorativo, que exige “um sopesamento entre os direitos fundamentais para se verificar se o fim perseguido pela medida processual penal (meio) justifica a restrição, muitas vezes total, de outros direitos fundamentais”.¹¹⁵⁷

A medida cautelar de “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades” (art. 319, I, CPP), que restringe a liberdade de locomoção, não pode ser imposta com intervalos temporais tão estreitos (v.g., diariamente, mais de uma vez por dia) que inviabilizem o exercício de outros direitos fundamentais do imputado, como o exercício de profissão ou atividade econômica, de modo a comprometer a sua subsistência, sob pena de desproporcionalidade em sentido estrito. A experiência forense demonstra que essa medida, a despeito de aparentemente não representar um ônus maior ao imputado, pode, concretamente, vir a sê-lo, quando ele residir ou trabalhar distante do fórum, muitas vezes em município diverso, e não puder deixar o seu local de trabalho ou residência (v.g., por ser a única pessoa disponível, nos dias úteis, para tomar conta dos filhos) durante o horário de expediente forense. Uma solução possível é determinar que o comparecimento pessoal ocorra no plantão judiciário de final de semana, com posterior encaminhamento, ao juiz natural da causa, do registro de presença e das informações prestadas pelo imputado.

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, CPP), em princípio, não pode ser tão ampla a ponto de impedir o imputado de exercer o direito de estudar, trabalhar ou mesmo de realizar atividades de lazer. Proibi-lo de frequentar a escola em que estuda, o prédio em que trabalha, o único parque ou shopping-center da localidade, o município em que residem a vítima ou testemunha, pode se mostrar uma medida desproporcional em sentido estrito, salvo se houver motivos excepcionalmente graves que justifiquem tamanha restrição.

A proibição de se ausentar da comarca (art. 319, I, CPP) também merece reflexão.

¹¹⁵⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 329.

Imposta a um motorista profissional, representante comercial ou vendedor que realizem constantes viagens, pode constituir um ônus excessivo e intolerável para o imputado, por inviabilizar o exercício de sua profissão. Diga-se o mesmo da proibição de se ausentar do país (art. 320, CPP), aplicada a um executivo com vínculos sólidos no Brasil, cuja presença no exterior seja imprescindível para o desempenho de atividade econômica ou financeira.

Em suma, para reprovação de uma medida cautelar pessoal no exame da proporcionalidade em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. A desproporcionalidade em sentido estrito, portanto, não atinge somente as intervenções graves. Uma intervenção leve, que careça de justificação adequada, será desproporcional em sentido estrito.¹¹⁵⁸

Por fim, quando houver uma equivalência entre o grau de afetação da liberdade de locomoção e o grau de importância da realização do princípio colidente, a intervenção será proporcional em sentido estrito. Nas palavras de Robert Alexy, “se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional”.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 41, abril, 2002, p. 41.

¹¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 608.