

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

ELOISA ANGELO

**ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS
MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para à
obtenção de grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Alexandre Knophfz

**CURITIBA
2018**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

ELOISA ANGELO

**ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS
MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO**

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca
Examinadora formada pelos professores:**

**Professor Alexandre Knophlfz
Orientador**

Prof. Membro da Banca.

Curitiba, ____ de _____ de 2018.

À Deus, pois foi nesse momento que entendi a força da minha fé. Seu fôlego de vida foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

À minha família, por sua capacidade de acreditar e investir em mim. Madiê, seu cuidado e dedicação me deram a esperança para seguir. Gordinho, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinha nessa caminhada.

Aos meus amigos, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas - Isa, Naty, Bru e Léia, conseguimos. Com vocês, as pausas entre um parágrafo e outro de produção melhoraram tudo o que tenho produzido na vida.

Ao Professor Orientador Alexandre, companheiro de caminhada ao longo da Monografia. Posso dizer que minha formação, inclusive pessoal, não teria sido a mesma sem você.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

Onde, afinal, começam os direitos humanos universais? Em pequenos lugares, perto de casa – tão próximos e tão pequenos que não podem ser vistos em nenhum mapa do mundo. Ainda assim são o mundo de cada indivíduo; a vizinhança onde vive, a escola ou faculdade que frequenta; a fábrica, fazenda ou escritório onde trabalha. Esses são os lugares onde cada homem, mulher ou criança busca igualdade de justiça, de oportunidade, de dignidade sem discriminação. A menos que esses direitos tenham sentido nesses ambientes, eles têm pouco significado em qualquer lugar. Sem a ação de uma população ciente para defendê-los perto de suas casas, esperamos em vão pelo progresso em maior escala.

Eleanor Roosevelt, líder política e ativista norte-americana.

RESUMO

O presente trabalho perfaz uma análise sobre a adoção do princípio da proporcionalidade no momento da aplicação das medidas cautelares pessoais. A partir da observação das dificuldades enfrentadas pelo acusado, notou-se a necessidade de um estudo mais aprofundado, principalmente quando é decretada medida que não é necessária e adequada à causa. Através deste estudo espera-se que ocorra a conscientização da necessidade da aplicabilidade da norma de forma proporcional. Uma vez que as medidas cautelares podem trazer ao cidadão restrições de direitos fundamentais, geram danos irreversíveis. Para tal utiliza-se o método dedutivo, em que a análise é realizada com base nas considerações de doutrinadores e da legislação vigente.

Palavras-chave: princípio da proporcionalidade, medidas cautelares pessoais diversas da prisão, necessidade, adequação, aplicação.

LISTA DE SIGLAS

- Art. - Artigo
- CF - Constituição da República Federativa do Brasil
- CPP - Código de Processo Penal
- HC - Habeas Corpus
- STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
LISTA DE SIGLAS.....	6
1 INTRODUÇÃO.....	9
2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	12
2.1 HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	12
2.2 DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	15
2.3 ABORDAGEM DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELOS DISPOSITIVOS LEGAIS BRASILEIROS.....	26
2.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS DECISÕES DE ÂMBITO PENAL.....	31
3 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS.....	35
3.1 ADVENTO DA LEI 12.403/11.....	35
3.2 FINALIDADES, REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS.....	38
3.3 DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO.....	45
3.3.1 Comparecimento periódico em juízo.....	46
3.3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	47
3.3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada.....	48
3.3.4 Proibição de ausentar-se da comarca.....	48
3.3.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.....	49
3.3.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira.....	50
3.3.7 Internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável....	51
3.3.8 Monitoração eletrônica.....	52
3.3.9 Fiança.....	52
3.4 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO.....	54
4 ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO.....	59
4.1 FINALIDADE DA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO.....	59
4.2 CRITÉRIOS PARA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO.....	62

4.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO.	66
4.4 CONSEQUÊNCIAS DA NÃO UTILIZAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO	68
4.5 ESTUDO DE CASO ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS DECISÕES DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ⁷¹	
5 CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS.....	81

ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

1 INTRODUÇÃO

Para dar efetividade a um processo penal justo é necessário analisar os princípios que dão base a interpretação legislativa. Esses princípios, em sua maioria, encontram-se previstos na constituição e na doutrina que trata de cada ramo específico do direito. Dessa forma a análise a ser realizada se dá em torno do princípio da proporcionalidade, sua importância e aplicabilidade.

Fica evidente, através de uma análise social, que a medida proporcional aos atos praticados caracteriza a legalidade da decisão judicial, bem como dá base a compreensão de justiça social.

Nesses termos esse princípio limita a atuação do poder público, protegendo direitos previstos na Constituição como fundamentais. O princípio da proporcionalidade é, portanto, um princípio inerente do estado de direito, sendo sua aplicação uma garantia básica de um processo penal justo.

Uma vez compreendida a importância do princípio da proporcionalidade, passa-se a análise das medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Essas medidas estão previstas no art. 319 do CPP, tendo sido introduzidas pela lei 12.403 de 2011. São elas: o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da comarca, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, a internação provisória do acusado, a fiança e a monitoração eletrônica.

Importante salientar que as medidas cautelares são impostas antes do julgamento do processo, por essa razão, a pessoa não pode ser acometida de ações que importem a ela uma pena, já que não houve uma condenação, fazendo valer o princípio da presunção de inocência.

Em breve leitura do texto legal fica claro que essas medidas tem a intenção de coibir uma reincidência criminal, trazendo uma proteção ao rito processual e para além disso garante a execução da sentença penal condenatória, são usadas para substituir ou cumular, quando houver compatibilidade, a prisão em flagrante, temporária ou preventiva.

É necessário analisar que para a aplicação de qualquer pena, mesmo as restritivas de direitos como as cautelares diversas da prisão, existe um limite relacionado diretamente ao controle social da pena. Para que esse controle ocorra é necessário fazê-lo a partir dos ditames dos princípios constitucionais salvaguardando assim as garantias mínimas que são direito de todo cidadão.

É função do Estado garantir ao cidadão a proteção de seus direitos, mas para além disso, há necessidade de realizar a proteção dos demais que tem seu direito em iminente perigo. Por esse motivo é necessário realizar um sopesamento, assim a sociedade em sua totalidade não será prejudicada.

As medidas cautelares conseguem dar ao julgador uma hipótese de proteção ao direito de ambos, fazendo jus a máxima que prevê não ser correto suprimir direitos do réu para “proteger” direitos de terceiros.

É nesse sentido que passa-se a análise da adoção do princípio da proporcionalidade e sua aplicação nas medidas cautelares diversas da prisão.

Configura papel do legislador o sopesamento entre direitos fundamentais no momento de aplicação de qualquer medida. Nos casos de medidas cautelares pessoais, o cuidado tem de ser redobrado, haja vista que não há decisão de reconhecimento da autoria criminosa.

Por este motivo no momento da aplicação da medida cautelar pessoal diversa da prisão é necessário analisar se, de acordo com o caso concreto, a medida a ser aplicada é necessária e adequada a situação.

A ponderação será realizada de forma racional pelo magistrado, já que não é um imperativo absoluto e necessita de análise do caso para ponderar a medida que mais se encaixa com a finalidade por ela pretendida.

Vale frisar ainda, que a aplicação desse princípio é apenas uma das fases, em que a proporcionalidade das medidas é analisada, o primeiro momento em que ocorre essa observação é no momento em que o legislador procura medidas para tutelar um bem jurídico que se encontra ameaçado. E em segundo momento é que a

sua aplicabilidade é analisada e daí decorre a necessidade de sopesar a medida e o grau de sua aplicabilidade.

Nesses termos torna-se necessária a análise acerca da utilização do princípio da proporcionalidade nas decisões que decretam a imposição de uma medida cautelar. Para além disto, é necessário analisar quais são os critérios que elevam a decisão a nível proporcional, bem como a finalidade que se pretende com a medida, que deve ser motivada pelo magistrado.

O objeto do presente estudo é a análise da atuação do magistrado no momento da aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Principalmente no que tange a aplicabilidade dos princípios constitucionais, mais especificamente o princípio da proporcionalidade.

Para tal, o procedimento a ser adotado será a pesquisa bibliográfica, por meio da pesquisa em bibliotecas, tanto físicas como digitais de livros, artigos científicos, publicações em periódicos, entre outros; por fim, a técnica a ser utilizada para sintetizar o conteúdo pesquisado será o fichamento.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A palavra princípio no dicionário¹ é definida como o primeiro momento de uma ação ou processo, que dá base a alguma coisa, preceito, regra. Dessa forma, em analogia com o direito é possível afirmar que, os princípios são o norte do direito regulamentado, até mesmo, por diversas vezes invalidando outras normas por conta do seu grau de importância no ordenamento jurídico.

Entende-se que a norma é criada através dos costumes e de acordo com a necessidade de uma sociedade, muitas vezes através dos princípios ocorre a normatização dos costumes. Ficando evidente que os princípios regem qualquer relação social, já que ele pode ser compreendido como um impulso, começo, início de algo.

A priori é necessário compreender em que momento os princípios passam a ser reconhecidos e aplicados como norma constitucional, evidenciando a importância de sua aplicação no momento da execução das leis, normas e regulamentos. A partir desse estudo, é possível concluir que as normas, podem ser aplicadas de forma mais extensiva ou restritiva a depender da causa. Passa-se assim a análise, realizando um histórico evolutivo do direito, pensando na juridicidade dos princípios.

Abarca-se aqui as teorias que explicam a evolução dos princípios gerais de direito², a primeira a ser analisada é a do jusnaturalismo. Nesse momento compreende-se que não bastam os princípios trazidos pelo ordenamento jurídico, pois eles não abarcam a totalidade da lei, nesse caso é necessário que o direito natural seja aplicado, exatamente através de princípios ditados pela sociedade, assim a vivência ultrapassa os ditames do direito, abrangendo as necessidades da sociedade, para além daquilo que já fora normatizado. Contudo essa é uma fase

¹ PRINCÍPIO. In: HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro **Pequeno Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. de Salles. FRANCO, Francisco Manoel de Mello. 1º ed. São Paulo: Moderna. 2015. p.764.

² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2º ed. Curitiba: Juruá. 2016. p.85 a 89.

metafísica e abstrata, tendo uma normatividade praticamente nula contrastando com as questões éticas, tornando comprometida a normatização dos princípios através das bases jusnaturalistas.

A segunda fase é do positivismo jurídico, nesse momento a busca é pela codificação dos princípios, construindo assim uma fonte normativa subsidiária. Como era usado de forma subsidiária, um princípio não iria se sobrepor a uma lei, em nenhuma hipótese, sendo usados somente para auxiliar no momento de definir o alcance e/ou aplicação da norma. Diante dessa circunstância fica claro que os princípios aplicados sempre decorrem de lei, ou seja, não é possível pensar em questões éticas sendo aplicadas diante dos julgamentos, sem que, previamente estivessem nela inseridos.

Pensando nesse sentido, a concepção positivista é alvo de diversas críticas, que se dão por conta da falta aplicabilidade de preceitos morais, principalmente aqueles ligados aos direitos fundamentais, havendo então uma separação entre o direito, determinado pela norma, e a moral.

É a partir da segunda metade do século XX que os princípios começam a ser sedimentados como bases teóricas constitucionais, e através da aceção do direito constitucional contemporâneo é que a teoria da normatividade dos princípios jurídicos ganha força constitucional, sendo elevado pelo fato de sua generalidade que permite sua aplicação a uma série de situações a depender da necessidade de sua aplicação.

Cristóvam menciona a definição de princípio trazida por Joseph Esser e Vezio Crisafulli,³ como “toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares”.

Os princípios constitucionais nada mais são que normas que sustentam o ordenamento jurídico, sendo, portanto, normas jurídicas gerais de Direito. Normas essas que convencionam, na maior parte das vezes, costumes e práticas adotadas pela sociedade, que quando ganham notoriedade e de certa forma uma aceitação absoluta se tornam instituídos de força normativa e como tal passam a ser aplicada pelo poder judiciário, e muitas vezes positivada pelo poder legislativo.

³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2º ed. Curitiba: Juruá. 2016. p.85 a 89. Apud: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10º ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.244.

Diante do exposto, é necessário analisar em que momento o princípio da proporcionalidade passa a ser aplicado como sinônimo de justiça no direito penal.

É na Lei de Talião que primeiramente verifica-se um raciocínio de proporcionalidade na aplicação de pena, através da expressão “olho por olho, dente por dente”. Fica explícito que para haver “justiça” deve ser aplicado a terceiro uma pena igualmente branda ao prejuízo por ele causado, evidenciando assim que há proporcionalidade entre a conduta do agente e as consequências que serão a ele atribuídas.

Nesse momento ocorre um rompimento da concepção até então aplicada que se relaciona diretamente com a Lei de Darwin onde, a lei do mais forte prevalece sobre os demais. Aqui não há racionalização, o que ocorre é apenas uma restauração da integridade da força do soberano, não há indícios de uma interpretação que leve a crer que ocorria uma aplicação justa da pena, já que há relatos, até mesmo bíblicos, de punições que fogem na proporcionalidade do ato à lei infringida. O mais importante era manter a soberania do chefe de Estado e não punir a pessoa de acordo com sua conduta.

Isso se evidencia quando códigos preveem a pena de morte para o crime de roubo. Como previsto no Código de Hamurabi⁴ em seu art. 6º: “se um homem roubou bens de deus ou do palácio, deverá ser morto juntamente com aquele que recebeu o objeto roubado”.

É certo que a racionalização aqui utilizada se enquadra no sentido de inibir o cidadão a realizar seus atos, devendo agir de acordo com o que fosse mais favorável ao governador. Elevando assim, toda e qualquer conduta delituosa a uma única pena, facilitando que está fosse aplicada pelos próprios cidadãos, não havendo debate acerca da proporcionalidade da medida ao ato infracionário praticado.

Somente após o iluminismo o princípio da proporcionalidade começa a ser analisado como garantia do cidadão e dever do Estado, apresentando-se explicitamente nos mais diversos meios, sejam eles do campo administrativo, cível,

⁴GONÇALVES, Antonio Baptista. **Quebra de paradigma: O tratamento do roubo na história dos grandes códigos penais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-16/roubo_historia_grandes_codigos_penais>. Acesso em: 13/09/2017.

mais particularmente no âmbito penal, criando barreiras para a discricionariedade do poder público, seja ele legislativo ou judiciário.

Esse princípio ganha força quando utilizado como norma constitucional vinculada a defesa de direitos fundamentais do indivíduo, maximizando a liberdade do mesmo em todos os planos de sua existência. Para dar efetividade a essa garantia o princípio ganha proporções supralegais, possibilitando que, na falta de norma positivada, o juiz realize a análise e aplique ao caso a medida que melhor atinja os objetivos, estejam eles relacionados a punição ou ao acautelamento de um direito.

2.2 DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade pode ser definida⁵ como um parâmetro de valor, que define a idoneidade de uma medida. A primeira referência que se tem desse princípio se dá no sentido matemático, onde a proporcionalidade significa nada menos que a conformidade ou proporção de uma parte com o todo ou de elementos que se relacionam.

Em uma pesquisa desse conceito, deixando de abranger o sentido matemático, o que se encontra é nada menos que um substantivo feminino, que dá caráter aquilo que é proporcional. Contudo ao analisar o conceito dado a palavra proporção, pode-se encontrar sua referência naquilo que possui uma relação idêntica de intensidade, volume, massa, grau, etc.

Compreende-se nesse sentido que, a proporção, nada mais é que manter uma igualdade, uma identidade entre medidas, não pensando apenas no sentido mais literal, mas aqui no ramo do direito.

É dessa forma que a primeira citação de proporcionalidade, relacionada ao direito, apresenta-se na Lei de Talião, dando o direito de responder a lesão causada de forma proporcional. Por óbvio, dada a sociedade em que essa norma fora

⁵ PROPORCIONALIDADE. In: HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Pequeno Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 1º ed. São Paulo: Moderna. 2015. p.771.

promulgada, é permitida a resposta a violência, com uma medida tão violenta como aquele que fora sofrida.

Com a onda violência gerada por essa normativa, busca-se outra maneira de solucionar esses conflitos, surge então o conceito de *compositio*. Nesse sistema, aquele que viu seu direito prejudicado, obtém o ressarcimento através de pecúnia. Dessa forma, os direitos não deixam de ser ressarcidos, mas protegem o direito do outro cidadão e para além disso, diminui o impacto social que fora gerado, visto que parte dos homens estavam sendo mutilados para ver o direito de terceiro sendo efetivado.

Somente após essa mudança de entendimento, se faz possível compreender o tratamento que é dado ao princípio na atualidade, no qual pensar em proporcionalidade na aplicação de medidas pelo poder judiciário, é prezar por uma atuação pautada na retribuição, intimidação e expiação.

Nesse sentido, a proporcionalidade em um primeiro momento irá se referir aquilo que a lei apresenta como forma de solução da lide. Em um segundo momento, a análise a ser realizada pelo julgador é frente a norma, e finalmente, a análise a partir do princípio se dará principalmente como ele é aplicado a norma diante do caso concreto.

O princípio da proporcionalidade, dentro do judiciário, tem ligação direta com os direitos fundamentais que são assegurados ao cidadão, vem daí a necessidade de seu uso, pois é necessário que medidas, quaisquer que sejam, se adequem ao fim pretendido.

A doutrina alemã⁶, pioneira no trato desse princípio, denota ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita. No momento de aplicação de tal princípio, devem ser observados preceitos como a necessidade e adequação da norma que pretende ser aplicada ao fato.

Nesse sentido compreende essa doutrina que, há uma ordem predefinida para análise. Primeiramente a adequação da medida legislativa, logo após a

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.15.

necessidade e pôr fim a ponderação. A seguinte decisão demonstra o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão⁷:

Assim em decisão proferida em março de 1971, o Bundesverfassungsgericht assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins, acrescentando que “uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico”.

O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”.

Condiz com este, o entendimento dado a esse princípio pelo Direito português, que vai além ao instituir na Carta Magna⁸, em seu artigo 18, previsão expressa da proporcionalidade ao dizer que “a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Foi a partir daqui que o princípio da reserva legal, ou seja, de analisar se as decisões estão de acordo com o previsto pelo legislador, deixou de ser analisado apenas em seus termos, ganhando nova roupagem e passando a analisar se a medida além de legal está de acordo com a situação fática e se, preenche ainda, os requisitos como da adequação e da necessidade.

Cabe analisar que, através do direito alemão, na mesma decisão anteriormente citada, foram definidos os requisitos que permitem a análise mais profunda em relação aos aspectos necessários a aplicação desse princípio nas decisões. Sendo eles, além da legitimidade, a adequação do meio e a necessidade de aplicação da medida. O trecho da decisão, a seguir exposto, demonstra de forma clara o objetivo e os requisitos do princípio da proporcionalidade.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8° ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.225.

⁸ MIRANDA, Jorge. SILVA, Jorge Pereira da. **Constituição da República Portuguesa**. 5° ed. Portugal: Princípiã. 2006. p.49.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt da verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit Oder Earforderlicheith).

O subprincípio da adequação (Geeignetheith) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (schlechthin ungeeignet), “objetivamente inadequado” (objektiv ungeeignet), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (offenbar ungeeignet oder unnötig), “fundamentalmente inadequado” (grundsätzlich ungeeignet), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (ob mit seiner Hilfe der gewunchte Erfolg gefördert werden kann).

O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.⁹

Como em frente se vê, os requisitos doutrinários para aplicação do princípio continuam os mesmos que foram elencadas pelo direito alemão. Permanecendo em sua figura, a necessidade da análise, da adequação e da necessidade da medida para a aplicação do princípio, assim demonstra Pedro Lenza¹⁰, ao citar os mesmos requisitos.

Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos:

Necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção de medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;

Adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalização. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

É a partir da análise dos requisitos, que fica evidente, a principal função exercida pelo princípio da proporcionalidade. Sendo utilizado, para nada mais, que sopesar se há necessidade da aplicação de dada medida, e se necessária, realizar sua adequação diante da situação fática.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8° ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.226.

¹⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17° ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.162.

Nesse sentido, se faz necessário frisar que tal instituto foi criado, através dos ditames, conceito e luta relacionados a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, o princípio da proporcionalidade, são tratados na constituição.

Vale frisar que, como a dignidade da pessoa humana é inerente a pessoa e ela é merecedora desse direito, este deve ser respeitado não apenas pelos demais cidadãos, mas também pelo Estado.

É nesse sentido que o princípio da proporcionalidade atua, fazendo valer a máxima de que as medidas que são aplicadas pelo judiciário devem ser adequadas aquilo que é previsto como digno ao ser humano, não deixando em situação de risco o cidadão que é sentenciado pelo Estado.

O princípio da proporcionalidade é utilizado, principalmente, visando a garantia de direitos que são inerentes a pessoa. Necessários a tutelar o seu bem-estar, convívio em sociedade, zelando pela saúde, qualidade de vida e pela liberdade do cidadão.

Os mais diversos ramos de direito, se não todos, preveem a necessidade de observação desse princípio no momento de sua aplicação, desde o direito empresarial, que regula disposições referentes a relações negocias, até o direito penal, que regula, nada menos, que as relações sociais e o convívio em sociedade.

Dentro do ramo do direito, antes de adentrar na definição penalista do conceito, e após compreender a sua importância como direito fundamental, previsto na constituição, cabe analisar como este princípio se enquadra no ramo do direito administrativo, regulando as relações que existem entre o órgão administrativo do Estado e entre o cidadão, principalmente no que se refere ao trato com aquele que se encontra em situação de risco iminente.

Barroso conceitua a proporcionalidade¹¹, através do viés em que o cidadão ou até mesmo a própria administração, pode vir a ser prejudicada pela discricionariedade do poder público. Deixando claro que a interpretação da norma, através desse princípio deve se dar de forma extensiva, buscando, encontrar uma utopia ligada ao conceito de justiça através da proporção da aplicação das penas.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4° ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 328 e 329.

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do poder público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Necessário evidenciar aqui, que a aplicação desse princípio, passa a ser feita de acordo com a norma. Deixando de estar simplesmente elencada em convenções sociais, mas ganhando tal importância que foi inserido na Carta Magna.

Maria Sylvia Zanella, ao tratar do direito administrativo, denota grande importância desse princípio nas atribuições relacionadas a atuação do Estado enquanto autoridade de poder, prevendo ainda, que a administração pública deve obedecer aos preceitos legais, bem como qualquer outro cidadão, sendo inerente a ele atender as normas, mesmo aquelas que não estão previstas no ordenamento, como princípios que dão base a concepção de direito como valor de justiça social.

A constitucionalização dos princípios da Administração conferiu ao Poder Judiciário e aos demais órgãos de controle a possibilidade de examinar aspectos do ato antes vedados ao Poder Judiciário. Princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros previstos no ordenamento jurídico, são utilizados no controle de atos administrativos, dentro da ideia, já referida, de que a Administração Pública deve obediência não só à lei, mas ao Direito.¹²

Nesse mesmo sentido, a autora defende ainda, que o poder público, seja ou não, o de polícia administrativa, deve seguir sendo decidido de acordo com o conceito de proporcionalidade. Dessa forma, evidente, que, esse princípio é de tal importância que rege questões como a da atuação do poder supremo conferido ao Estado.

Por isso se fala em princípio da razoabilidade. Isto não implica negar o princípio da supremacia do interesse público. Na realidade, a razoabilidade ou proporcionalidade (como preferem alguns), pressupõe a existência de um interesse público a ser protegido. A razoabilidade exige relação,

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.37.

proporção, adequação entre *meios e fins*. Quais fins? Os que dizem respeito ao interesse público.¹³

É através do direito administrativo, mais precisamente do poder de polícia que o princípio da proporcionalidade ganha aplicação no ramo do direito, passando a ter reconhecimento constitucional de princípio.

Nesse sentido, é clara a necessidade de sua aplicação no âmbito penal, visto que é o Estado, no momento de aplicação da norma, que pode causar ilegalidades no momento de sentenciar determinada conduta. Assim, o princípio, que já era utilizado para combater ilegalidades administrativas, é adequado e passa a ser utilizado para preservar medidas penais.

Pensando na tripartição dos poderes que é feita pela constituição, poder executivo, legislativo e judiciário, cabe ainda analisar que, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado pelo legislador, no momento de criação legal. Essa necessidade, advém da impossibilidade dos órgãos julgadores darem decisões que fujam das previsões legais.

É nesse sentido que Miguel Reale Júnior¹⁴ explicita que, tal princípio, além de ser de suma importância para questões meramente administrativas, como elencado acima, também deve ser utilizado pelo legislativo. Isso ocorre para que, esse instituto, possa normatizar de acordo com o que é mais conveniente a dada situação, concretizando assim os parâmetros de direito fundamental que devem ser respeitados.

Diante do até aqui exposto, fica clara, a abrangência desse princípio, isso pois, há que se compreender, que antes mesmo de pensar-se na necessidade de seu uso no âmbito penal, principalmente no que se refere a cálculo de pena ou de medidas restritivas. Já ocorria a análise de que, no processo de criação normativa, esses aspectos principiológicos deveriam ser analisados, propiciando assim que as medidas se adequassem melhor a cada situação.

É nesse sentido que o legislativo deve atuar, gerando uma redução nos casos em que há divergência do entendimento entre julgadores. Fazendo a aplicação de princípios de forma anterior a análise da lide, elencando as possibilidades de

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.49.

¹⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 4.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.30.

atuação de forma a minorar os prejuízos que podem ser gerados a parte que sofrerá com as consequências do julgado.

A análise agora passa a ser realizada a partir dos preceitos e de acordo com os estudos do ramo do direito penal. Requer compreender que para tal estudo as bases, tanto do direito constitucional, bem como de direito administrativo são essenciais. Isso pois, o direito constitucional regula os direitos que são inerentes a todo cidadão, em contrapartida, o direito administrativo prevê limites que são dados a atuação do poder público.

Evidente, portanto, que esses ramos de direito, auxiliam e dão bases a aplicação do direito penal. Ocorre que, para poder executar as sanções e penas do processo penal é necessário primeiro compreender que todo cidadão tem direitos que são inerentes a sua pessoa, bem como, o Estado tem o dever de respeitar esses direitos. Mas principalmente agir em prol da defesa desses direitos, nesse sentido é que se busca a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O direito penal, bem como, os demais ramos do direito, advém da organização da sociedade, sendo convencionado por ela, aquilo que pode ou não ser admitido.

Dessa forma, não há que se pensar nesse princípio, como algo que, pode fugir à regra de uma convenção social. Convenção essa que admite a proteção dos direitos individuais, para sua aplicação, faz-se necessário analisar caso a caso, aplicando a cada situação o que for necessário e adequado, causando uma aproximação ao ideal de justiça.

O direito penal, em análise, a partir das condenações que são por ele executadas, busca sancionar o indivíduo de acordo com sua conduta e com as consequências que essa conduta traz a vida em sociedade ou ao cidadão que por ela foi atingido.

Para compreender melhor sua aplicação é necessário conhecer o conceito de crime, que pode ser melhor definido através da Teoria do Crime¹⁵. Essa teoria prevê que, o crime é fato típico, antijurídico, culpável e passível de punição, não sendo preenchido algum desses requisitos não há crime, e não há possibilidade de punição do agente.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6. Ed. Editora RT: São Paulo, 2010. p.167.

É nesse sentido que o autor Miguel Reale Júnior¹⁶, explicita que pelo direito penal “somente as infrações mais graves da ordem social devem ser eleitas e a retribuição penal deve ser proporcional à escala ético-penal de proteção de bens jurídicos”. Evidente que, apenas poderá ser realizada análise de causas que preenchem o conceito de crime, do contrário não se enquadram na acepção do direito penal.

Se não há necessidade de punição, não é possível que seja aplicada medida de restrição de direitos, e havendo sentença condenatória, é necessário que a medida a ser aplicada esteja em acordo com o que é mais proporcional aos efeitos da conduta do agente.

Através desse entendimento, é possível iniciar uma acepção de qual a forma de aplicar o princípio da proporcionalidade no âmbito penal. A pena a ser aplicada pelo julgador, deve ser, portanto, adequada e necessária ao tipo penal, não ultrapassando os limites da pena que são imputados ao agente. É nesse sentido o entendimento dado pelo autor Luís Paulo Sirvinskas¹⁷:

O princípio da proporcionalidade, também conhecido por princípio da proibição de excesso, consiste na aplicação de pena adequada e necessária ao tipo penal. A pena deve ser, em outras palavras, suficiente e eficaz ao delito cometido, ou seja, não pode ultrapassar os limites do crime praticado. Assim, a sanção deve ser proporcional à gravidade do delito cometido pelo delinquente. Por exemplo, feito o diagnóstico, o médico deverá aplicar ao paciente o remédio adequado e na dose exata para extirpar a doença. Se for ministrado remédio inadequado e em dose acima do necessário, isso poderá levar o paciente à morte, ou, se abaixo, tornar o remédio ineficaz.

Através do exemplo dado por Sirvinskas, é clara a importância da utilização desse princípio, principalmente no que diz respeito a adequação das medidas que serão impostas. Isso ocorre pois, se a medida aplicada for branda, poderá haver a ocorrência de nova conduta criminosa, não dando efetividade assim a condenação. Contudo se a medida aplicada for demasiada rigorosa, poderá causar prejuízos irreparáveis aquele que por ela for acometido, causados até mesmo problemas

¹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 4.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.30.

¹⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.148.

ligados a reinserção do cidadão ao convívio social, ou no caso de medidas diversas da prisão, o constrangimento do cidadão.

No âmbito penal, pode-se analisar de forma mais contundente a produção legislativa da norma que será aplicada, o autor Sirvinskas ¹⁸prevê ainda, requisitos que poderão ser aplicados para a construção legislativa. Sendo esses requisitos embasados por demais princípios constitucionais, mas dando maior efetividade a construção de um direito proporcional e adequado.

Assim, reconhecida essa hierarquia dos valores constitucionais, caberá ao legislador realizar a construção do direito penal, utilizando-se da via da proporcionalidade distributiva do bem jurídico tutelado. Essa construção deverá ser conjugada pelos princípios constitucionais da fragmentariedade e da subsidiariedade. Podem-se tomar como base os seguintes parâmetros para a elaboração da lei penal incriminadora: a) deve-se restringir um mínimo de situações a intervir; b) deve-se intervir nas situações com um mínimo de gravidade; c) a gravidade deve ser proporcional à relevância do bem jurídico; d) a proporcionalidade deve estar conformada em margens dinâmicas; e e) deve estar presente a cláusula judicial de reserva.

Nesses termos, o direito penal, acima de qualquer ramo do direito, pode influenciar de forma direta nas condições de vida do cidadão, atingindo até um de seus direitos mais importantes, o da liberdade seja ele de expressão, comunicação e até mesmo de locomoção. É nesses termos que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode causar prejuízos devastadores, se mesmo conhecido, não for observado a aplicado no momento da execução penal.

Por fim, necessária de faz a análise dos subprincípios que auxiliam na abordagem e aplicação de dado princípio. Estes estão elencados nas mais diversas pesquisas que são realizadas, sendo necessária sua observação para aplicação e adequação ao caso concreto. Miguel Reale Júnior aborda esses subprincípios através da concepção de Canotilho, é a partir desse conceito que se passa a breve análise de cada um desses requisitos.

¹⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.95.

Apud: 1 Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Teoria, cit., p.73.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO desdobra o princípio da proporcionalidade nos princípios de adequação de meios; da necessidade; e da proporcionalidade em sentido estrito. Pelo princípio da necessidade, tem o cidadão direito à menor desvantagem possível, devendo ser evitada a limitação desnecessária de direitos fundamentais, ou seja, o legislador deve adotar a medida eficaz menos restritiva de direitos. Já pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, examina-se se “o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma” ou, em outras palavras, “se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim”.¹⁹

Quando se fala em adequação, primeiro dos subprincípios, é necessário compreender que a análise a ser realizada se dá em torno dos meios hábeis que serão utilizados para atingir determinado fim. O meio que será utilizado deve ser, sem dúvida, capaz, adequado e próprio, nesse sentido a norma deve ser respeitada, só dessa forma a prestação jurisdicional que se pretende poderá ter efetividade.

Em um segundo momento a análise passa a ser sobre a necessidade da medida, nesse sentido, há que se observar a real necessidade da intervenção realizada pelo poder público, se tal medida não for necessária para atingir o fim pretendido, deverá ser aplicada aquela que mais se encaixe na situação fática, visando a proteção das garantias do cidadão.

Sempre que for possível a medida deve interferir o mínimo na vida privada do cidadão, de forma a preservar os direitos e garantias elencados na constituição em seu favor, prevalecendo a máxima da proteção dos direitos relacionados a dignidade da pessoa humana.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu*, fica caracterizado pela necessidade de justificar a intervenção que será desenvolvida de acordo com a proporção de direito que será ferido de acordo com a necessidade e a adequação. Ocorre aqui a ponderação entre os requisitos anteriormente analisados, é nesse momento que efetivamente a proporcionalidade da medida será analisada e aplicada, nada mais é, que uma relação de “custo-benefício”.

Evidente, portanto, que a utilização do princípio da proporcionalidade, atravessa os mais diversos ramos do direito. Mais clara ainda, se faz, a necessidade de sua aplicação, visto que, o Estado, pode e muitas vezes comete, injustiças relacionadas aos jurisdicionados.

¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 4.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.30.

Apud: Direito Constitucional, 6a ed., Coimbra, Almedina, 1996, p.382 e seguintes.

Ao legislar, interpretar e aplicar a norma, há caminho árduo, contudo, se os princípios constitucionais forem aplicados de forma correta, esse trabalho torna-se mais homogêneo causando harmonia dentro os julgados. Mas principalmente dando ao jurisdicionado confiança no trabalho realizado pelo julgador.

Nesse sentido o princípio da proporcionalidade dá ao agente e a sociedade em geral, a segurança, de que a medida aplicada, será justa. No sentido de que, qualquer cidadão, independentemente do ato praticado, responderá nos estritos termos de sua conduta e de acordo com os direitos a ele garantidos.

2.3 ABORDAGEM DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELOS DISPOSITIVOS LEGAIS BRASILEIROS

O princípio da proporcionalidade, bem como, os demais princípios que com o passar dos anos ganharam força constitucional, nem sempre estão expressos de forma clara e evidente nos dispositivos legais. Fácil perceber a necessidade de interpretação da norma, principalmente diante da dificuldade de sua aplicação e da discricionariedade das decisões emanadas pelos julgadores.

É nesses termos que os magistrados, encontram dificuldade em dar interpretação a norma, já que o que para um é proporcional, pode não ser para outro. Isso ocorre pois diante da vivência, cotidiano, classe cultural na qual o julgador se encontra inserido, pode alterar suas concepções de mundo e de pensamento.

É nesse sentido que a autora Suzana de Toledo Barros²⁰, fundamenta sua aceção de legalidade dos princípios constitucionais:

O Princípio da Proporcionalidade como uma das várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, neste contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida,

²⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 1996. p.89 e 90.

objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

Contudo há autores como Paulo Buechele²¹, que acreditam haver previsões legais, mesmo de forma velada, que elencam o princípio da proporcionalidade e inserem esse princípio como fonte de norma legal.

Mesmo que a legalidade se dê através da interpretação da norma, e não de uma escrita clara e objetiva no texto legal. É assim que o autor compreende o que está descrito no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Pensando nos mesmos moldes do autor, é evidente que por tratar-se de interpretação principiológica, a norma deve ser analisada de forma diretamente relacionada à noção de justiça. Quando o artigo de lei prevê que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, compreende que é intrínseco ao cumprimento do dever legal aplicar medidas proporcionais.

Dessa forma, a interpretação normativa, deve ser utilizada pelo julgador. Contudo, tal interpretação, bem como qualquer interpretação que é realizada, em qualquer termo e tempo, pode trazer divergências. É nesse sentido que a normatização principiológica é buscada, em uma tentativa de acabar com a discricionariedade na aplicação legislativa.

Nesse mesmo sentido, de interpretação normativa, Fernanda Marinela²², prevê combinações de artigos, que possibilitam a aplicação da norma de acordo com os fundamentos legais que visam ser necessários a dar embasamento para as decisões judiciais. A autora traz exemplos de combinações que podem ser utilizadas e de como sua aplicação traz eficiência no momento sentenciar uma lide.

[...] alguns dispositivos podem ser utilizados como fundamento para o seu reconhecimento, como por exemplo, o art. 37 combinado com o art. 5º, inciso II e art. 84, inciso IV, todos da Constituição Federal. Encontra-se, ainda, previsão na Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre processo administrativo e estabelece, em seu art. 2º, parágrafo único, incisos VI, VIII, IX e art. 29, § 2º, o princípio da razoabilidade com a feição de proporcionalidade.

²¹ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 1999. p.151.

²² MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010. p.51.

Porém, por mais que, grande parte das referências do princípio da proporcionalidade se encontrem apenas na interpretação da norma. Há previsões, um tanto quanto claras, não evidentes, mas que demonstram o intuito do legislador em normatizar tal princípio.

A primeira delas pode ser elencada no direito administrativo, que foi o primeiro ramo do direito a trazer previsões relativas a tal princípio. Exemplo disso encontra-se previsto no art. 2º, VI, da lei n. 9.784/99²³, que prevê de forma expressa a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade na execução de suas atividades:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, o princípio da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções e medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Há exemplo ainda, de previsão, não expressa do princípio da proporcionalidade no art. 12, caput, da lei n. 8.429/92²⁴, como em frente se vê.

Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

Contudo, o intuito de normatizar esse princípio, faz-se claro ao realizar a interpretação da expressão legal. Quando o legislador prevê que, a conduta será sancionada de acordo com o fato, nada mais quer dizer que, há necessidade de analisar a conduta e as consequências que por ela podem ser geradas.

²³ BRASIL. **Lei 9.748** – Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 26/10/2017.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/10/2017.

Faz-se então a utilização dos subprincípios que seriam a adequação, a necessidade e pôr fim a proporcionalidade *strictu sensu*. É nesse sentido que a gravidade do fato, elencada no artigo de lei, deve ser analisado.

Nesse mesmo sentido, a constituição prevê ainda o uso da proporcionalidade para as demais lides. A exemplo disso pode ser citado o art. 173, parágrafo 5, da Carta Magna,²⁵ a qual prevê a necessidade de aplicação de punição compatível com a natureza da conduta do agente.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A Constituição é clara ao elencar o princípio da proporcionalidade, como forma de sopesar as medidas que serão tomadas pelo poder público. É a partir da análise constitucional que passa-se a análise desse princípio na legislação penal.

Dentro da legislação penal, o princípio da proporcionalidade pode ser encontrado nas mais diversas disposições legais e nos mais diversos sentidos. Isso advém da necessidade de sua utilização em todos os procedimentos do processo penal.

É no sentido procedimental que inicia-se uma análise acerca da utilização desse princípio no âmbito penal.

Quando é analisada a produção de provas no processo penal, tem-se a necessidade de analisar a necessidade da antecipação de sua produção, que se dá por conta do caráter de relevância da prova, principalmente da possibilidade de cercear a produção por conta de seu perecimento. É nesse sentido a previsão do art 156 do Código de Processo Civil²⁶:

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/10/2017.

²⁶ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27/10/2017.

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (incluído pela Lei n. 11.690/2008).

Dessa forma, há necessidade de observar o princípio e seus requisitos, como elencado de forma expressa pelo artigo de lei. A necessidade advém dos prejuízos que podem ser obtidos através da negação. Se o indeferimento, gera prejuízo a parte, cerceando seu direito ao devido processo legal e da ampla defesa, deve ser alegada a desproporção da decisão, diante da necessidade do deferimento de tal pedido.

Além disso é necessário demonstrar que a medida que se pretende efetivar, só se demonstra realizada através da prestação jurisdicional adequada. Daí resta evidente a importância desse princípio no decorrer do procedimento, garantindo os direitos constitucionalmente previstos no andamento processual.

Em um segundo momento, é necessário analisar em que termos o princípio da proporcionalidade, pode ser aplicado no momento da decisão. Nesse sentido ocorre a utilização do art.59, do Código de Processo penal²⁷.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Esse artigo de lei prevê quais requisitos devem ser analisados para realizar a dosimetria da pena. Elenca as penas que podem ser aplicadas, a quantidade, o

²⁷ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27/10/2017.

regime de cumprimento, bem como se a pena pode ser substituída por outra menos gravosa.

Para que possa chegar a uma pena, é necessário analisar questões relativas ao agente da conduta. Como os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, os motivos, às circunstâncias e as consequências do crime. Esses termos devem ser analisados de acordo com a necessidade e a suficiência das medidas, que tem o intuito de reprovar e prevenir um crime.

Fica clara a aplicabilidade da proporcionalidade, pois de acordo com a conduta do agente, será realizada a dosimetria. Evidente, portanto, que para dosar a pena é necessário analisar, em todos os termos e sentidos, a proporcionalidade da sanção à conduta do agente.

A previsão legal do princípio da proporcionalidade, se dá nesses termos, sendo em alguns momentos expressa na letra na lei. E em outros momentos, ficando a margem da análise do magistrado para a aplicação da norma.

2.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS DECISÕES DE ÂMBITO PENAL

Considerando o conceito do princípio da proporcionalidade e a forma como é tratado pelo legislador, cabe, nesse momento realizar a análise de como ocorre a aplicação desse princípio nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal.

É válido compreender que esse princípio será aplicado nas mais diversas situações de âmbito penal. Para além disso, em análise cronológica fica evidente a evolução de seu uso.

A contar dos últimos anos o princípio ganha força, sendo utilizado com intuito de reanálise de decisões já proferidas, seja em grau recursal ou em forma de habeas corpus.

Primeiramente passa-se a análise de decisão proferida no Habeas Corpus sob o n. 59950/RJ (STF), a qual prevê a falta de uso da proporcionalidade no momento de fixação da pena.

HABEAS CORPUS". NULIDADE DE CRITÉRIO PARA A FIXAÇÃO DA PENA. -E ILEGAL O CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DE PENA QUE APLICA A CAUSA DE AUMENTO, SEM ESTABELECEER A SUA PROPORÇÃO NEM A PENA-BASE. -ESSA NULIDADE, NO ENTANTO, VICIA APENAS PARCIALMENTE AS DECISÕES DAS INSTANCIAS INFERIORES, EM FACE DO PRINCÍPIO "UTILE PER INUTILE NON VITIATUR". DEFERIMENTO PARCIAL DO "HABEAS CORPUS".²⁸

A presente decisão foi emanada em 1982, evidente que o princípio da proporcionalidade era desde então utilizado, contudo de forma mais rara, mas sempre procurando encontrar meios mais adequados ao fim pretendido.

Nesse mesmo sentido, há decisão proferida no ano de 2017. Na qual prevê, que não deve ser aplicada pena, nem mesmo deve o réu ser condenado, isso se dá em razão da insignificância do crime cometido. Nesses termos é proporcional que não ocorra a aplicação de pena, já que não há autoria, materialidade e culpabilidade comprovadas.

Essa decisão, discute tema mais atual, abrangendo a aplicação desse princípio. Deixando de realizar apenas uma análise processual, invadindo o âmbito do direito material.

Nesse sentido restou decidido o Habeas Corpus sob o n. 132.679/BA (STF):

OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES. PARECER...). NAO CABIMENTO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA PROPORCIONALIDADE. LEI Nº 11.343/2006. NAO APLICAÇÃO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. NEGADO.²⁹

Quando o julgador prevê que não deve ser aplicada pena por conta da insignificância do crime cometido, é necessário analisar que diante do caso não há

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 59950/RJ**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1453645>>. Acesso em: 06/11/2017.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 132.679/BA**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4915904>>. Acesso em: 06/11/2017.

proporcionalidade entre a conduta e a pena aplicada, nesse sentido, deve ser encontrado outro meio de punição que se adeque a medida imputada ao réu.

As decisões que envolvem esse princípio sempre trazem em sua ementa a necessidade da observância do princípio para que a medida, seja ela de prisão ou restritiva de direito, seja adequada ao fim pretendido.

De acordo com a análise do princípio, anteriormente realizada, fica evidente que seus requisitos, seja da necessidade, adequação ou proporcionalidade em sentido estrito, devem ser aplicados no momento de sentenciar uma causa. Apenas dessa forma será dado ênfase ao conceito de justiça, como forma de solucionar uma lide.

Assim a conduta cometida e a medida sancionadora que será imputada a pessoa, devem ser proporcionais aos danos que foram gerados através da conduta.

É nesse sentido a decisão proferida no Habeas Corpus sob o n. 112103/MG (STF), em 18/10/2013:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME DE FURTO QUALIFICADO (ART. 155 , § 4º , IV , DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REPRIMENDA QUE NÃO DESBORDOU OS LINDES DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva. II - Para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. III – No caso sob exame, a conduta do paciente não pode ser considerada minimamente ofensiva, além de apresentar elevado grau de reprovabilidade. IV – Os limites da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da pena foram observados pelo juízo de primeiro grau e pelo Tribunal estadual, que, ao apreciar a apelação interposta pela defesa, reduziu a reprimenda ao mínimo legal. V – Ordem denegada.³⁰

No mesmo sentido da decisão anterior, pode ser analisada a decisão proferida no Habeas Corpus sob o n. 115.319/ MG (STF):

³⁰ BRASIL Superior Tribunal De Justiça. **HC 112103/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4193024>>. Acesso em: 10/11/2017.

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDOTA DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. REINCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II – No caso sob exame, infere-se dos autos que o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas o seu modus vivendi, uma vez que possui registros de ações penais em curso e uma condenação definitiva pelo mesmo delito. III – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática desses pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. IV – A pena, de resto, estabelecida em 1 ano de reclusão, que não foi substituída por sanção restritiva de direitos ante a vedação legal prevista no art. 44 , III , do Código Penal , não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, mostrando-se adequada ao caso concreto e necessária à repressão e prevenção de novos delitos. V – Habeas corpus denegado.³¹

Essas decisões evidenciam a necessidade da análise da conduta frente os requisitos. Quando analisados diante da situação fática, fica fácil perceber que de acordo com a conduta e os efeitos que por ela foram gerados, é necessário que determinada medida seja aplicada.

É através da análise dos requisitos do princípio da proporcionalidade que o julgador, em qualquer instância que se encontre pode decidir sobre determinada causa.

Apenas dessa maneira, poderá ser proferida decisão de acordo com os ditames da justiça. Não devendo ser pensada apenas em virtude da vítima, mas também em virtude do réu, assegurando seus direitos frente a um processo justo e democrático.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **HC 115319/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4307004>>. Acesso em: 10/11/2017.

3 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

3.1 ADVENTO DA LEI 12.403/11

Em breve leitura do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil³², fica evidente que o modelo legislativo brasileiro adotado é pautado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Nesses termos, o legislador elenca alguns dos objetivos do Estado, a exemplo disso pode-se citar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando redução das desigualdades sociais.

Nesse seguimento, o título I da Constituição³³ trata dos princípios fundamentais. A carta magna traz, em diversos trechos citações que enaltecem a prevalência dos direitos humanos, e a necessidade de interferência estatal para diminuição de qualquer forma de discriminação.

Nos primeiros incisos do art. 5º da Constituição encontram-se dispostas as garantias fundamentais do cidadão, quais sejam: a igualdade perante a norma, a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a segurança e a propriedade.

Para que esses direitos sejam efetivados houve a necessidade de criar ou adaptar medidas que melhor se adequassem ao perfil social e cultural das mais diversas regiões.

Dessa forma o Estado passa a tomar frente das relações privadas, não apenas para dar efetividade aos princípios constitucionais, mas também, objetivando a garantia do direito ao devido processo legal.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15/03/2018. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15/03/2018.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania.

II - a dignidade da pessoa humana.

Nesses termos, em 4 de maio de 2011 a lei 12.403 é sancionada, alterando a redação do art 319 do Código de Processo Penal³⁴. As alterações realizadas, adequar-se-ão a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal³⁵, onde a prisão é última medida a ser utilizada, respeitando o princípio norteador do direito penal, o da presunção de inocência³⁶. Desta forma, o entendimento é de que não se pode antecipar a pena, sem que aja eventual condenação com trânsito em julgado.

Evidente, portanto, que as medidas elencadas neste artigo, já faziam parte da rotina judicial, contudo, em sua maioria, encontravam-se previstas em leis esparsas e entendimentos da Suprema Corte. Coube ao legislador agrupá-las, inovando no que tange a sua aplicação como medidas a serem utilizadas de forma prévia a prisão.

Antes de analisar quais são as medidas cautelares que passam a vigorar, bem como, quais são os reflexos de sua aplicabilidade, cabe compreender quais direitos fundamentais são abarcados pela possibilidade de aplicação dessa medida.

³⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 15/03/2018.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

³⁵ ABADE, Denise Neves. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. cap 10/10.3. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5584-7/cfi/6/10!4/12/22@0:0>>. Acesso em: 15/03/2018.

³⁶ MARQUES, Luís Ivan. **Processo Penal III**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.145 a 147.

Através de breve análise, conclui-se que a aplicação das medidas cautelares, ou seja, aquelas que antecedem o trânsito em julgado de uma lide, objetivam a proteção daquele que teve seu direito ofendido, bem como do acusado frente as investigações e ao processo.

A redação dada ao art. 319 do Código de Processo Penal, advém de uma mudança cultural, onde ocorre um fenômeno denominado "cultura da jurisdição". A partir dessa mudança de pensamento, o Estado torna-se responsável pela aplicabilidade das garantias e direitos fundamentais.

Para exemplificar a tese defendida por Luiz Antônio Câmara³⁷, que prevê o acontecimento desse fenômeno, pode-se observar que o direito ao devido processo legal, é objetivo preliminar a ser alcançado pelo magistrado. Nesse sentido, os princípios acessórios como o direito ao contraditório, a motivação das decisões e a necessidade de controle dos atos decisórios, são o objetivo principal de alcance.

Se enquadram nessa mesma categoria, o direito a presunção de inocência e a liberdade, pois são direitos inerentes ao acusado que passa a ingressar em uma ação penal. Por estarem ligados de forma direta a pessoa do acusado e não a relação processual, esses direitos passam a ser assegurados pela máquina estatal, principalmente em se tratando de ação penal, que é medida extrema, podendo cercear a liberdade do acusado nas mais diversas esferas.

As garantias previstas na constituição, tornam-se evidentes na redação dada pela lei 12.403, onde para que ocorra qualquer restrição de direitos, há necessidade de preenchimento de requisitos que fazem parte de um rol taxativo.

Dessa maneira cabe ao magistrado a aplicação da norma, sendo observada sempre a necessidade de fundamentação e motivação³⁸ de suas decisões. Isto pois, o processo garante ao acusado o direito a ampla defesa, que só ocorre, através da possibilidade de resposta, que por sua vez depende de uma argumentação motivada e fundamentada, com base legal e jurisprudencial adequada.

³⁷ CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.70 a 81.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15/03/2018. **Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Nesse mesmo sentido, advindo dos direitos fundamentais constitucionais, a aplicação proporcional das medidas é norteadada por princípios, quais sejam a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido stricto, como já abordado anteriormente.

Compreendendo a necessidade de uma proposta que visa a garantia de respeito aos direitos fundamentais, passamos ao estudo mais aprofundado de cada uma das medidas elencadas no artigo 319 da lei 12.403/11.

3.2 FINALIDADES, REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Antes de adentrar na ceara do direito, faz-se necessário compreender o significado de uma medida cautelar, qual seu objetivo e como ela pode ser utilizada no direito penal.

A palavra cautelar³⁹, que vem do latim caveo, significa guardar, proteger, assegurar. É com base no sentido literal da palavra que compreende-se o objetivo das medidas cautelares, sendo nada mais que, o instituto através do qual o poder judiciário assegura determinados comandos que por ele são emitidos.

O acusado que tem medida cautelar decretada, dá ao magistrado a segurança necessária para dar efetividade a persecução penal. Se ocorre o cumprimento da medida decretada, o acusado passa a comprometer-se com o andamento processual, assegurando ao magistrado que suas condutas estarão de acordo com o que é permitido pela legislação.

Para além da garantia, dada ao poder judiciário, de não causar obstrução ao acesso à justiça dos demais, é necessário compreender ainda que, há necessidade estatal de manter a ordem social, desta maneira, as medidas cautelares, podem ainda, ser utilizadas para oferecer mais esta garantia.

É nesse sentido que no capítulo concernente as medidas cautelares pessoais, encontramos não apenas medidas que se enquadram em casos diversos da prisão. A depender do caso e da análise do magistrado, a prisão preventiva tem que ser

³⁹CAUTELAR. In: HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Pequeno Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 1° ed. São Paulo: Moderna. 2015. p.194.

declarada, pois não há medida que assegure o motivo da sua demanda, bem como, para os casos em que não ocorre o cumprimento da cautelar.

Em suma, o procedimento que autoriza a execução das medidas cautelares, visa coibir aquele que pretende causar danos, através de medidas que a priori devem ser distintas da prisão. Já que está última deve ser utilizada em caráter de exceção.

Importante salientar que deixando de existir o motivo pelo qual a medida foi decretada, deve imediatamente deixar de ser aplicada, efetivando dessa forma os direitos que acusado tem diante do andamento processual.

Visando a compreensão desse instituto, passa-se a análise das finalidades, dos requisitos e das características das cautelares.

As medidas cautelares, tem como finalidade assegurar a investigação ou a instrução criminal, a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública.

Quando essas medidas são utilizadas com a finalidade⁴⁰ de assegurar a investigação ou a instrução criminal, o que se pretende é a garantia do princípio do direito ao devido processo legal. Nesses casos ocorre a proteção nos casos em que há indícios de tentativas de frustrar o andamento do processo, bem como para que seja garantido o direito do Estado de aplicar a lei penal, quando encontra-se em grau de execução da pena.

Esse instituto requer tal garantia pois somente poderá haver condenação com base em provas de autoria e de materialidade. Havendo qualquer problema relacionado ao conteúdo probatório, a investigação, bem como a análise do caso resta prejudicada. Uma vez que, existem provas que não podem ser reproduzidas e não há outros meios de comprovar a culpa ou inocência do acusado.

Nesse mesmo sentido, de proteção ao rito processual, advém a segunda finalidade, que é de garantir a aplicação da lei penal. Nesses casos as medidas cautelares são utilizadas para que o acusado não possa deixar o país, ou mudar-se para local incerto e não sabido.

Há necessidade dessa previsão, pois, em muitos casos, quando o acusado percebe que está passando por uma investigação criminal, com o intuito de fugir da acusação a ele imputada, acaba desaparecendo das vistas do judiciário. Para

⁴⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 9º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. CAP VII – 7.6. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5017-0/cfi/6/10/4@0:0>>. Acesso em: 15/03/2018.

prevenir a incidência desses casos, o legislador prevê medidas que coíbem a mudança de residência, exigem comunicação de viagens e a entrega de passaporte⁴¹.

Está foi a maneira que o legislador encontrou para garantir a execução da sentença, nesses casos, sempre que houver indícios de que o acusado pretende se esvair das consequências de uma possível condenação, o judiciário poderá impor a ele medidas que irão assegurar o cumprimento da norma penal.

A terceira finalidade das medidas cautelares se diferencia, pois, nesse caso o legislador tem o intuito de garantir direitos inerentes a pessoa humana. Para dar efetividade a isto, quando as medidas cautelares são aplicadas com base na garantia da ordem pública, o acusado tem seus direitos restringidos, com vistas a garantir o direito de terceiros de conviver em uma sociedade pacífica.

No que tange a garantia da ordem pública, entende-se que o legislador refere-se a paz e a tranquilidade no meio social, justificando a restrição de liberdade. É nesse sentido que o autor Basileu Garcia⁴² aborda o tema, deixando claro que ao magistrado cabe a análise da possível reincidência, através da influência do meio em que vive o sujeito, ou seja, quando há grande estímulo para nova prática delituosa, colocando os demais em situação de risco.

Contudo, há divergência doutrina nesse aspecto, visto que o autor Luiz Antonio Câmara⁴³, elucida que há antinomia nesse sentido, pois, ao mesmo tempo que deve ocorrer uma proteção ao direito do acusado de ter sua inocência presumida, é permitido que medida, em muitos casos branda, mantenham-no aprisionado ao judiciário para que seja impedida a reiteração criminosa. Nesse mesmo sentido explicita Aury Lopes Jr.⁴⁴:

Resulta imprescindível visualizar o processo desde seu exterior, para constatar que o sistema não tem valor em si mesmo, senão pelos objetivos

⁴¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 16/03/2018.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

⁴² GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol III. 1945. p.169.

⁴³ CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2° ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.105.

⁴⁴ JÚNIOR, Aury Lopes. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3° ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.65.

que é chamado a cumprir (projeto democrático-constitucional). Sem embargo, devemos ter cuidado na definição do alcance de suas metas, pois o processo penal não pode ser transformado em instrumento de “segurança pública”. Nesse contexto, por exemplo, insere-se a crítica ao uso abusivo das medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva para “garantia da ordem pública”. Trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, estranho à natureza cautelar da medida. Trataremos novamente desse tema quando analisarmos a presunção de inocência e as prisões cautelares.

É nesse sentido que fica evidente a necessidade de compreender, de forma mais aprofundada não só as finalidades que foram pretendidas pelo legislador. Mas para além disso é necessário compreender os requisitos para essa aplicação, bem como quais são as características pertencentes a este instituto.

Esses dados permitem a compreensão da necessidade da utilização dessas medidas, sendo necessária a ponderação entre todas as suas especificidades. Passa-se então a análise dos requisitos para sua aplicação.

O Código de Processo Penal é claro, em seu art. 282,⁴⁵ quando elenca como requisitos a necessidade e a adequação⁴⁶. Analisando a redação do artigo de lei fica claro que esses pressupostos são autorizativos, ou seja, se não forem observados, não há que se falar em legalidade na adoção das cautelares.

Esses requisitos são considerados como autorizativos, pois, para além de tudo, são princípios basilares do direito penal, e é através de sua aplicação que pode-se chegar a utopia de um direito justo, não apenas para a vítima do crime, mas também para o acusado.

É nesse sentido que Luiz Antônio Câmara deixa claro que, para dar efetividade ao direito do acusado de ter a sua inocência presumida, é necessário que as medidas que restrinjam seus direitos sejam pautadas na necessidade e na adequação. Essa análise, que será realizada pelo magistrado, requer atenção e cuidado, garantindo a efetividade dos direitos constitucionais.

⁴⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15/03/2018.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁴⁶ MARQUES, Luís Ivan. **Processo Penal III**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.105.

A estes critérios os códigos mais modernos confiam a resolução do difícil problema de conciliar cautela e garantia, conferindo à discricionariedade do juiz a função de ligação entre a previsão normativa e as concretas articulações realísticas. Ditos princípios se inserem naquela relação antitética já referenciada onde se entrecrocamos, de um lado, o interesse do acusado em ter seus direitos fundamentais respeitados (em última análise buscaria manter-se livre) e, de outro, o da comunidade, intentando fazer real o valor da segurança (que, numa visão simplista, estaria sempre menos ameaçada com o acusado preso) e têm como fito facilitar a compatibilização dos interesses diversos.⁴⁷

O princípio da necessidade, elencado no inciso I do artigo 282 do CPP, prevê que somente poderão ser aplicadas as medidas cautelares nos casos em que houver a necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal e nos casos previstos para garantir a manutenção da ordem social.

Nesse ponto cabe destacar que essas medidas, devem ser utilizadas somente em casos de extrema necessidade, ou seja, de forma excepcional. Sempre que for preciso decretar uma cautelar, a análise deve pairar sobre aquela que cumpra o seu propósito e que não seja onerosa para o acusado.

"Portanto, em conformidade com a nova normativa, a fim de que se estabeleça um equilíbrio entre o interesse do processo e a liberdade individual é necessário compatibilizá-los, lançando-se mão de cautela pessoal somente quando as situações de fato demonstrarem que a liberdade do indiciado/acusado é nociva ao desenvolvimento processual e à eventual execução de provimento condenatório."⁴⁸

Para complementar o princípio da necessidade, o legislador, prevê ainda que a medida deve ser decretada de forma adequada. Nesse sentido a adequação passa a ser entendida como base para realizar uma ponderação entre a conduta pela qual o acusado está sendo incriminado e a medida.

⁴⁷ CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2° ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.101

⁴⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 9° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. CAP VII – 7.6. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-5017-0/cfi/6/10!/4@0:0>>. Acesso em: 15/03/2018.

O inciso II, do art. 282 do CPP, é claro ao definir quais critérios devem ser observados para realizar essa análise, quais sejam, a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado. Através da análise desses critérios é que pode-se compreender se a medida que pretende ser imposta ao acusado, está de acordo com o risco que ele oferece ao andamento processual e a sociedade.

Dessa forma, as medidas devem ser aplicadas pelos magistrados com observância aos seus requisitos, quais sejam, a necessidade e a adequação. Uma vez que, se trabalhadas em conjunto, trarão os resultados objetivados,

Em consequência dessa análise, percebe-se a gama de resultados positivos advindos, uma vez que necessidade e adequação, são as bases de uma análise proporcional, mantendo assim a segurança das relações processuais.

Por fim, após compreender quais as finalidades e os requisitos das medidas cautelares, é necessário analisar suas características⁴⁹. Essas medidas, como já elencado anteriormente, tem caráter puramente excepcional, isto por tratar-se de medida que restringe direitos do cidadão, não apenas como o de locomoção, mas de liberdade, privacidade e intimidade.

Em razão da restrição de direitos fundamentais, é mais que exigível que essa medida tenha caráter provisório, substitutivo e revogável.⁵⁰ Isto pois, havendo alteração da circunstância que gerou a necessidade de imposição da cautelar, deve a mesma sofrer mutação ou ser revogada.

Sempre que se trata de direitos individuais que estão sendo feridos, principalmente por vias Estatais, tem-se que observar que passada a urgência da medida manter-se, ela deva ser alterada. Sendo possível essa alteração deve ser feita em benefício do acusado, haja vista que, na situação fática processual é o elo mais fraco da relação e como ser humano, merece ter seus direitos respeitados como os demais.

Para além disso, por conta das medidas que são impostas, pode-se dizer que o judiciário consegue realizar o acompanhamento e o controle do acusado, assegurando assim a aplicabilidade do direito, seja em termos processuais ou morais, bem como garantindo direitos de cunho social.

⁴⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.576.

⁵⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.540.

Fica evidente, que as medidas cautelares, independente de qual seja a sua aplicação, sempre terá cunho de defesa de direitos, sejam eles inerentes a pessoa do acusado ou de terceiros. Mesmo quando são utilizadas com cunho meramente processual, visam a possibilidade de defender de forma objetiva os interesses daqueles que compõe a relação processual.

O legislador, compreendendo a situação de necessidade do acusado, prevê que a prisão é última medida a ser tomada⁵¹, e só pode ser usada de forma excepcional antes da acusação. Se a análise for realizada do ponto de vista da acusação, o que se promove é a proteção dos cidadãos que se sintam ameaçados pelo acusado, através de medidas que desobrigam a convivência de ambos em sociedade. Mas que de forma coerente, permite que todos possam estar nela inseridos.

De forma objetiva, visando assegurar o respeito ao direito de ambos, protege a relação processual, que é vínculo entre defesa e acusação. Assegurando o direito de ambos defenderem seus interesses, utilizando os meios necessários para tal, sem que haja interferência de alguma das partes no interesse da outra⁵².

A nova legislação deixa bastante claro que qualquer medida cautelar pessoal somente pode ser decretada se demonstrada, concretamente, a sua real e efetiva necessidade, para tutela de algum bem jurídico do processo ou da sociedade. Os fundamentos que antes se aplicavam apenas para a prisão preventiva (art. 312 do CPP), agora são ampliados para toda e qualquer medida cautelar pessoal. Assim sendo, não há qualquer distinção de finalidade entre a prisão preventiva e as demais medidas cautelares: todas buscam proteger a tríplice finalidade indicada (para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais). Somente se presentes tais fins – que representam a própria cautelaridade de qualquer medida é que se poderá decretar uma medida cautelar. Em outras palavras, todas as medidas cautelares buscam a mesma finalidade de proteção aos interesses do processo ou da própria sociedade.⁵³

Portanto, a alteração na redação do art 319, CPP trouxe mudanças necessárias, que acompanham a evolução da capacidade da compreensão humana

⁵¹ MARQUES, Luís Ivan. **Processo Penal III**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.118.

⁵² MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2014. p.580.

⁵³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo, Editora Método, 2011. p.31.

de que todos devem ter seus direitos assegurados⁵⁴, de maneira que a esfera de liberdade de um, acaba quando interfere de forma demasiada na liberdade do outro.

Por fim cabe ressaltar que, toda decisão judicial precisa ser fundamentada e motivada, desta forma o mesmo vale para o decreto de uma medida cautelar. O magistrado deve demonstrar que estão preenchidos os requisitos, quais sejam a necessidade e a adequação, bem como, a finalidade da imposição da medida deve estar configurada em casos que seja necessário assegurar a aplicação penal, a investigação e instrução criminal e por fim que visa garantir a ordem pública.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)⁵⁵

No caso de descumprimento das medidas, o magistrado pode determinar a alteração para medida que melhor se enquadre, bem como pode determinar a prisão preventiva⁵⁶.

3.3 DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

As medidas cautelares pessoais diversas da prisão estão elencadas no art. 319 do Código de Processo Civil, como visto anteriormente, essas medidas serão utilizadas em situações específicas, respeitando suas premissas e devendo adequar-se a situação fática.

⁵⁴ FILHO, Visconde Greco. **Manual de Processo Penal**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.318.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15/03/2018.

⁵⁶ FILHO, Visconde Greco. **Manual de Processo Penal**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.310.

Ao magistrado que realiza a análise da situação e aplica as medidas, cabe o cumprimento dos requisitos, avaliação da necessidade da imposição da cautelar, bem como se ela se adequa ao caso concreto, de forma a interferir da menor forma possível na privacidade do acusado.

A partir da compreensão do caráter estritamente excepcional da medida, passamos a análise⁵⁷ de cada uma delas.

3.3.1 Comparecimento periódico em juízo

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).⁵⁸

Essa medida cautelar tem como principal objetivo evitar a reiteração, sendo considerada, portanto relativa a garantia da ordem pública. Contudo, não deixa de ter o intuito de assegurar a aplicação da pena, bem como, assegurar a investigação ou instrução criminal, isto pois, como o acusado tem o dever de comparecer em juízo, sempre que o fizer estará prestando informações pessoais.

No caso concreto, se há qualquer alteração na rotina do acusado, o judiciário terá acesso a esta informação, o que facilita compreender a possibilidade de haver condutas que vão em desacordo com o bom andamento processual.

Em suma, o magistrado analisa de acordo com as circunstâncias do crime, a conduta do acusado e a necessidade frente ao caso, bem como, o lapso temporal em que o acusado deve comparecer e quais informações deve prestar. Essas informações normalmente tendem a ser em relação a vida do acusado, percebendo o seu interesse de manter-se no convívio em sociedade, ou seja, se estuda, trabalha, a sua rotina como um todo.

⁵⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11° ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.560 a 566.

⁵⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

3.3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).⁵⁹

Nesse caso, por conta do termo "lugares" utilizado pelo legislador, não é possível afirmar qual a finalidade específica a que esta medida se destina. Isto pois, esse inciso pode ser aplicado nos casos em que há necessidade de garantir a ordem pública, bem como, nos casos em que é necessário assegurar a investigação ou a instrução processual.

Se analisarmos cada uma delas, existem situações que abrem precedentes para aplicação em ambas. A única finalidade que não dá margens para aplicação é da garantia da aplicação penal, pois o seu caráter é de afastamento e não de aproximação do acusado em relação aos locais e pessoas que tenham relação com o crime.

Esse inciso, pode configurar-se como uma forma de garantir a ordem pública, isto pois, ao ser proibido de frequentar determinado local, o magistrado pode ter o intuito de mantê-lo afastado de locais que possam despertar no indivíduo o desejo de prática delituosa. Ficando explícito na parte final da redação do inciso, quando o legislador deixa claro que o afastamento do local, evita o risco de cometimento de nova infração.

Há ainda a possibilidade de interpretação diversa através da leitura da redação inicial do artigo. Nesse caso fica clara a intenção do legislador de assegurar a investigação ou a instrução criminal, quando explicita que a distância deve ser mantida por circunstâncias ligadas ao fato. Nesse sentido é possível realizar interpretação de que, uma vez que o acusado entre em contato com o local, advém a possibilidade de alteração de dados e provas que podem ser importantes no decorrer da investigação e do andamento processual.

⁵⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

3.3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).⁶⁰

Essa medida, ao contrário das demais, tem cunho protetivo, desta forma, pode ser caracterizada como medida que busca garantir a ordem pública. Contudo, neste caso, essa garantia, se dá em relação a pessoa específica.

Nesses casos, normalmente, a pessoa que está sendo acusada mantém algum tipo de contato com a vítima, sendo utilizado por Luiz Antonio Câmara a título de exemplo, casos de violência contra criança ou adolescente, idoso, enfermo, pessoa com deficiência e mais especificamente em casos em que a violência de gênero seja a prática criminosa⁶¹.

3.3.4 Proibição de ausentar-se da comarca

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).⁶²

Neste inciso, por conta de sua redação, há divergências de entendimento que causam discussões. O termo comarca, acaba por restringir a pessoa do acusado de

⁶⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

⁶¹ CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória.** 2º ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.192.

⁶² BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

forma demasiada, para além disso, há casos em que a residência do acusado é em uma comarca, e o local onde ocorreu o crime é distante. Nesses casos, como a legislação prevê essa proibição somente se for conveniente ou necessário para a instrução, o acusado deveria permanecer no local onde está sendo processado e não no local onde fixa residência.

Para além disso, em muitos casos, a investigação, bem como instrução levam tempo para serem concluídas, a depender do caso, quantidade de provas a serem reunidas, dentre outros fatores. Nesses casos, o investigado acaba ficando preso ao local em que a ação penal foi proposta.

Assim sendo, a medida deve ser decreta somente em casos de extrema necessidade, pois, essa medida acaba restringindo de forma demasiada a liberdade do acusado.

Cabe ainda esclarecer, que como aponta Luiz Antonio Câmara, não há previsão nas situações expostas no art 319 do CPP, sobre o acusado ausentar-se do país. Contudo essa proibição consta no artigo 320 do CPP⁶³, nesses casos, quando há indícios da necessidade da medida, o passaporte do acusado é recolhido, desta forma não há como o acusado ausentar-se.⁶⁴

3.3.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).⁶⁵

Em relação a este inciso a crítica pode ser ainda mais dura, visto que, não fica caracterizada a cautelaridade, requisito básico da aplicação dessas medidas. Pois com essa proibição não há hipóteses de cabimento que se relacione ao ato de

⁶³ BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

⁶⁴ CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória.** 2º ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.193.

⁶⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

assegurar o rito processual, seja ligado a execução da pena ou a investigação e instrução criminal.

Nesse caso, ainda, não há que se falar em proteção da ordem pública. Uma vez que, o legislador foi bem específico ao elencar em que momento o recolhimento domiciliar deve acontecer. Por este motivo, não há como caracterizar a periculosidade de um indivíduo, para a sociedade apenas com base em horários e dias pré-determinados.

Na visão de Luiz Antonio Câmara, por não se encaixar em nenhuma das finalidades elencadas para aplicação das cautelares, é medida a ser utilizada de forma excepcional, já que seu caráter se assemelha mais a execução antecipada de uma pena⁶⁶.

Nesse mesmo sentido, a redação do inciso acaba por caracteriza-lo de forma mais atenuada como pena, pois prevê que para que essa cautelar seja decretada o acusado deve ter trabalho e residência fixos, evitando assim que a pessoa que tem plenas condições de manter-se fique longe do encarceramento.

3.3.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).⁶⁷

Essa cautelar, tem viés de proteção não só a ordem social, mas também, a ordem econômica, já que nesse caso o acusado, deve ser retirado de suas funções para que não reincida na prática criminosa.

⁶⁶ CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.195.

⁶⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

Pode ser pensada ainda, com o intuito de proteção da investigação e instrução, quando há acesso as provas no local de trabalho. Visto que a depender da função exercida o acesso as provas podem ser facilitadas.

3.3.7 Internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).⁶⁸

Essa medida será aplicada em relação aqueles que se condenados serão condenados a cumprir medida de segurança. No caso de aplicação da medida, os requisitos para sua decretação, se parecem com os da condenação, visto que, é necessário laudo pericial que comprove o estado de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade.

Contudo, para além da imputabilidade a redação prevê a necessidade de mais dois institutos, quais sejam, que o acusado esteja respondendo por crime praticado com violência ou grave ameaça e que haja o risco de reiteração.⁶⁹

Cabe salientar, que o dispositivo não trata do objeto do crime, nesse caso, considerando a gravidade da medida, somente poderá ser imputada ao acusado que cometeu crime contra pessoa. Se o crime for de dano a algo material, não há possibilidade de demandar tal medida.

Com isso fica evidente que a intenção é de que seja preservada a ordem social, visto que só pode ser aplicada quando a agressão for direcionada a outra pessoa.

⁶⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

⁶⁹ CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória.** 2º ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.196.

3.3.8 Monitoração eletrônica

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
IX - monitoração eletrônica.⁷⁰

O inciso que trata do monitoramento eletrônico é um dos que mais evidencia o caráter cautelar, em todos os sentidos, uma vez que sua utilização faz com que o acusado esteja sempre a disposição, podendo ser localizado onde quer que esteja.

Garante desta forma a aplicação da lei no caso de uma condenação, antes disto, assegura o bom andamento da investigação e da instrução criminal. Bem como garante a ordem pública, uma vez que pode ser rastreado e conseqüentemente encontrado em qualquer local.

A monitoração eletrônica é feita através de pulseira ou tornozeleira que será utilizada pelo acusado, sendo medida extremamente invasiva, pois tira totalmente a privacidade do acusado.

Por invadir a intimidade do acusado de forma tão extensiva, somente poderá ser utilizada se houver concordância do mesmo. Nesse caso, ao pensar na possibilidade de uma prisão preventiva, se torna viável, mas do contrário, deve ser adotada medida menos invasiva.

3.3.9 Fiança

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).⁷¹

⁷⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

⁷¹ BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018.

A fiança assegura ao acusado o direito de permanecer livre, desde que realize o pagamento a ele imposto. Nesse caso a sua regulação se dará nos termos dos artigos 327, 328 e 341 do Código de Processo Penal.⁷²

A fiança é medida cautelar que assegura o bom andamento do processo, ou seja, sua natureza é caracterizada pela obrigação que o acusado terá de comparecer em juízo sempre que for solicitado. Pode ser usada ainda em conjunto com outras cautelares, assegurando assim o cumprimento das demais.

A fiança já tinha previsão expressa no código, porém não era utilizada nesses casos, essa inserção da fiança como medida cautelar permite que as demais medidas sejam impostas de forma mais rígida quando necessário. É na realidade, um benefício ao acusado, pois ao invés de ter sua prisão preventiva decretada, o juiz pode cumular medidas cautelares, dessa forma o acusado pode permanecer em liberdade, e ao juízo é dada garantia de maior efetividade, pois além da medida cautelar já imposta, existe a garantia que a fiança estabelece.

Nesse sentido o código prevê que se o acusado não comparece em juízo, altera residência e não comunica, se pratica qualquer ato que possa obstruir o andamento processual ou pratica fraude dolosa, ocorre a quebra da fiança.

Ocorrendo a quebra da fiança, o magistrado pode substituir a medida cautelar, impondo outra que cause maiores restrições ou pode até mesmo decretar a prisão preventiva do acusado.

⁷² BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16/03/2018

Art.327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art.328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Art.341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - praticar nova infração penal dolosa. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

3.4 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

A partir da compreensão das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, sua finalidade, características e requisitos. Passa-se a análise de sua aplicação perante o Supremo Tribunal Federal.

A primeira decisão a ser analisada, refere-se aos autos de HC sob o nº 125.370, de relatoria da Min. Rosa Weber:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. INADEQUAÇÃO. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA COMPULSÓRIA. ARTIGO 319, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. A prisão preventiva não é o instrumento processual penal hábil para enfrentar a situação pessoal do paciente diante dos fortes indícios de que portador de enfermidade mental capaz de sujeitá-lo a medida de segurança futura – relatos de internamentos e de tratamento ambulatorial anteriores, de diagnósticos psicóticos, de adição a drogas e de déficit de atenção, ao que se agrega o incidente de insanidade em curso, cujo pressuposto de instauração é a “dúvida sobre a integridade mental do acusado” (artigo 149 do Código de Processo Penal). 3. O regime de segregação do paciente, sob a forma de prisão provisória, não se revela a solução mais adequada à hipótese. Impróprio, o ambiente prisional, a indivíduos com indicativos de distúrbios como os que acometem o paciente (razões de integridade física própria ou de terceiros e razões psiquiátricas/terapêuticas, sobretudo), além de não ser, o regime de prisão, a resposta penal prevista, pelo direito positivo vigente, para casos dessa natureza. 4. Na dicção do artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, possível a “internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração”. 5. Embora tratada como “medida cautelar diversa da prisão”, em sinalização de alternatividade, impositiva a substituição da prisão preventiva, em juízo cautelar, em caso de inimputabilidade, em respeito ao postulado constitucional da individualização das sanções penais prevista no artigo 5º, XLVI, da CF, de todo aplicável às medidas de segurança. A previsão legal de internação provisória após a conclusão pericial definitiva da inimputabilidade não exclui juízo cautelar em momento anterior pela autoridade judicial quando presentes seus pressupostos. 7. Ordem de habeas corpus concedida para substituir a prisão preventiva decretada contra a paciente pelo regime de internação provisória compulsória (artigo 319, VII do CPP).⁷³

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 125370/SP**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MEDIDAS+CAUTELARES+PENAS%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yapcpb22>>. Acesso em: 15/03/2018.

Após a leitura da decisão, fica evidente que a prisão preventiva será medida a ser utilizada em casos de excepcionalidade, por esse motivo ocorre a sua substituição por medida cautelar.

Nesse caso, a substituição se dará pela medida prevista no inciso VII, do art 319 do CPP⁷⁴, pode-se observar que a Min. Rosa Weber, fez uso dos requisitos, quais sejam, a necessidade e a adequação, para restringir a medida que era de prisão, por medida cautelar, que gera menos danos ao acusado.

Fica evidente ainda que a alteração por medida cautelar, pretende assegurar a ordem pública, vez que o crime de homicídio acaba por ser desqualificado, pelo acusado ter sido declarado como insano mental.

Por este motivo, o acusado deve permanecer em local que mais se adeque a sua situação de insanidade, nesse caso, devendo ser internado, com vistas a evitar a reiteração do crime.

A segunda decisão a ser analisada, é relativa a ADI 4361/DF, de relatoria do Min Dias Toffoli:

Ementa: Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Governador de Estado. Licença-Prévia da Assembleia Legislativa para Instauração de Processos Por Crimes Comuns. 1. A Constituição Estadual não pode condicionar a instauração de processo judicial por crime comum contra Governador à licença prévia da Assembleia Legislativa. A república, que inclui a ideia de responsabilidade dos governantes, é prevista como um princípio constitucional sensível (CRFB/1988, art. 34, VII, a), e, portanto, de observância obrigatória, sendo norma de reprodução proibida pelos Estados-membros a exceção prevista no art. 51, I, da Constituição da República. 2. Tendo em vista que as Constituições Estaduais não podem estabelecer a chamada “licença prévia”, também não podem elas autorizar o afastamento automático do Governador de suas funções quando recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça. É que, como não pode haver controle político prévio, não deve haver afastamento automático em razão de ato jurisdicional sem cunho decisório e do qual sequer se exige fundamentação (HC 101.971, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 21.06.2011, DJe 02.09.2011; HC 93.056 Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 16.12.2008, DJe 14.05.2009; e RHC 118.379 (Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 11.03.2014, DJe 31.03.2014), sob pena de violação ao princípio democrático. 3. **Também aos Governadores são aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, entre elas “a suspensão do exercício de função pública”, e outras que se mostrarem**

⁷⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15/03/2018.

necessárias e cujo fundamento decorre do poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro aos juízes. 4. Pedido julgado integralmente procedente, com declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da suspensão funcional automática do Governador do Distrito Federal pelo mero recebimento da denúncia ou queixa-crime. Reafirmação da seguinte tese: “É vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo”.

75

A decisão desta ADI, prevê que Governadores serão inclusos no rol de cargos ligados a administração que se enquadram na previsão dada pelo inciso VI, do art. 319 do CPP⁷⁶.

Essa previsão que possibilita aplicar essa cautelar a governadores, assegurado, dessa forma, o andamento do processo sem que seja necessário aguardar o fim do mandato. Dessa forma a ordem pública será defendida, pois há garantia de que a norma penal será aplicada, bem como aos demais cidadãos.

A garantia prevista nessa decisão, é iminentemente processual, vez que visa a aplicação da norma e o direito ao devido processo legal, dando celeridade a relação processual.

Por fim, a análise se dará acerca do HC 106446/SP, de relatoria da Min. Carmen Lúcia:

EMENTA Habeas Corpus. Processual Penal. Prática de ilícitos penais por organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), na região do ABC paulista. Paciente incumbida de receber e transmitir ordens, recados e informações de interesse da quadrilha, bem como auxiliar na arrecadação de valores. Sentença penal condenatória que vedou a possibilidade de recurso em liberdade. Pretendido acautelamento do meio social. Não ocorrência. Ausência dos requisitos justificadoras da prisão preventiva (art. 312 do CPP). Última ratio das medidas cautelares (§ 6º do art. 282 do CPP - incluído pela Lei nº 12.403/11). Medidas cautelares diversas: I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4362/DF**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MEDIDAS+CAUTELARES+PEN+AIS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yapcpb22>. Acesso em: 15/03/2018.

⁷⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15/03/2018.

desses locais para evitar o risco de novas infrações; e III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante. (art. 319 do CPP – com a alteração da Lei nº 12.403/11). Aplicabilidade à espécie, tendo em vista o critério da legalidade e proporcionalidade. Paciente que, ao contrário dos outros corréus, não foi presa em flagrante, não possui antecedentes criminais e estava em liberdade provisória quando da sentença condenatória. **Substituição da prisão pelas medidas cautelares diversas (Incisos I a III do art. 319 do CPP). Ordem parcialmente concedida.** 1. O art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, inseriu uma série de medidas cautelares diversas da prisão, dentre elas: I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; e III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante. **2. Considerando que a prisão é a última ratio das medidas cautelares (§ 6º do art. 282 do CPP - incluído pela Lei nº 12.403/11), deve o juízo competente observar aplicabilidade, ao caso concreto, das medidas cautelares diversas elencadas no art. 319 do CPP, com a alteração da Lei nº 12.403/11.** 3. No caso, os argumentos do Juízo de origem para vedar à paciente a possibilidade de recorrer em liberdade não demonstram que a sua liberdade poderia causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantia para a sua tranquilidade, fato que, a meu ver, retoma o verdadeiro sentido de se garantir a ordem pública - acautelamento do meio social -, muito embora, não desconheça a posição doutrinária de que não há definição precisa em nosso ordenamento jurídico para esse conceito. Tal expressão é uma cláusula aberta, alvo de interpretação jurisprudencial e doutrinária, cabendo ao magistrado a tarefa hermenêutica de explicitar o conceito de ordem pública e sua amplitude. 4. Na espécie, o objetivo que se quer levar a efeito - evitar que a paciente funcione como verdadeiro pombo-correio da organização criminosa, como o quer aquele Juízo de piso -, pode ser alcançado com aquelas medidas cautelares previstas nos incisos I a III do art. 319 do CPP em sua nova redação. 5. Se levado em conta o critério da legalidade e da proporcionalidade e o fato de a paciente, ao contrário dos outros corréus, não ter sido presa em flagrante, não possuir antecedentes criminais e estar em liberdade provisória quando da sentença condenatória, aplicar as medidas cautelares diversas da prisão seria a providência mais coerente para o caso. **6. Ordem parcialmente concedida para que o Juiz de origem substitua a segregação cautelar da paciente por aquelas medidas cautelares previstas nos incisos I a III do art. 319 do Código de Processo Penal.** ⁷⁷

Nesse caso, como pode-se observar, os requisitos que possibilitam a implementação da cautelar são utilizados de forma exaustiva. Isto demonstra que necessidade, bem como a adequação, são princípios basilares da relação

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 106446/SP** Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MEDIDAS+CAUTELARES+PENAS+DE+LIBERDADE+PROVISORIA+EM+PRISAO+DE+Pessoa+determinada+quando,+por+circunstancias+relacionadas+ao+fato,+deva+o+indiciado+ou+acusado+dela+permanecer+distante+desses+locais+para+evitar+o+risco+de+novas+infracoes;+e+III+-+Proibicao+de+manter+contato+com+pessoa+determinada+quando,+por+circunstancias+relacionadas+ao+fato,+deva+o+indiciado+ou+acusado+dela+permanecer+distante>>. Acesso em: 15/03/2018.

processual, principalmente quando a restrição dada pelo judiciário atinge de forma direta direitos fundamentais do acusado.

Na decisão da Min. Carmem Lúcia, fica evidente a finalidade de assegurar a investigação e a instrução do processo, bem como garantir a aplicação da lei penal, e por fim, assegurar a garantia da ordem pública.

Essa gama de direitos que são protegidos nessa decisão, encontram-se descritos nos incisos I a III do art. 319 do CPP⁷⁸. Quando há previsão de assegurar a lei criminal ou garantir a aplicação da lei penal, o que se protege é a relação do acusado com a vítima e com a sociedade.

Como pode-se depreender, a finalidade de ser executada uma medida cautelar, pode ser cumprida das mais diversas formas. Devendo a decisão do magistrado ser fundamentada e motivada, assegurando direito do acusado a ampla defesa, desde que a medida tenha sido implementada com a análise da necessidade e da adequação.

Após compreender como se dá a aplicação das cautelares, passa-se ao pronto final e principal desse trabalho: uso do princípio da proporcionalidade como requisito nas decisões judiciais de medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

⁷⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15/03/2018.

4 ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

4.1 FINALIDADE DA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

Após compreender que o princípio da proporcionalidade busca uma forma mais coerente de aplicar dada medida a uma pessoa, torna-se simples analisar a necessidade da aplicação deste princípio pelo legislador.

Independente se a medida a ser aplicada é cautelar, provisória, preventiva ou se é resultado de uma condenação, o Estado tem que justificar e motivar as medidas que decreta. Isto nada mais é, que um direito do acusado, bem como, pode ser utilizado para coibir ações ilegítimas por parte dos representantes do Estado.

É nesse sentido que Aury Lopes Junior, destaca a importância de serem respeitados preceitos como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, pois apenas através do respeito a estes princípios é que se pode falar em Estado Democrático.

Destaque-se: o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos.⁷⁹

As medidas cautelares nada mais são que uma forma de atuação direta do legislador, frente a esta incumbência do Estado de defender os direitos inerentes a pessoa.

Sempre que for necessário utilizar meios para assegurar garantias processuais, como a investigação e a instrução processual, bem como, a aplicação da lei penal, as medidas cautelares poderão ser utilizadas, de forma a causar menos

⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3° ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.36

prejuízos a parte que por ela for atingida. Da mesma maneira, será analisada a garantia da ordem pública.

Essa teoria de proteções é defendida por Pedro Henrique Demerciam e Jorge Assaf Maluly. Assegurando que para haver sucesso na escolha da medida a ser empregada, deve ser aplicada a proporcionalidade, já que através dela os meios pretendidos serão assegurados, bem como os direitos daqueles que envolvem a demanda processual.

Com efeito, há circunstâncias que emergem dos autos e evidenciam a necessidade de uma custódia cautelar para garantir o sucesso do processo principal, observando-se, sempre, um critério de proporcionalidade (entre o fato cometido e a medida aplicada). Nesse diapasão, Carnelutti, lembrado por Frederico Marques (1997, vol. 4, p. 62), salienta que “a função das providências cautelares consiste precisamente em assegurar os meios ou os resultados do processo, tanto que se fala em processo cautelar final e em processo cautelar instrumental”.⁸⁰

A proporcionalidade das medidas que foram elencadas pelo legislador, serão aplicadas pelo judiciário, mais especificamente pelo magistrado responsável pela causa. Dessa forma, qualquer restrição de direitos, que será imputada ao acusado, terá passado por mais de um órgão Estatal, fazendo valer a premissa de um Estado garantidor.

Os autores Pedro Henrique Demerciam e Jorge Assaf Maluly, caracterizam, através da doutrina que, há necessidade de uma junção entre os poderes, sendo possível, através desta, que ocorra uma aplicação ponderada da norma.

A proporcionalidade, diz Garcez Ramos (1996, p. 116), “se verifica em dois sentidos: qualitativo e quantitativo. O primeiro ocorre através da escolha, que o legislador faz, das medidas processuais coercitivas, sempre tendo em conta a pena que pode vir a ser aplicada ao imputado. O segundo, através da criação, por obra da lei ou da jurisprudência, de prazos máximos de prisão processual”.⁸¹

⁸⁰ DEMERCIAM, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9°. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Capítulo VII. Disponível em: < <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5017-0/cfi/6/10/4/14@0:0> >. Acesso em: 17/03/2018.

⁸¹ DEMERCIAM, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9°. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Capítulo VII. Disponível em:

O Estado garantidor deve atuar restringindo direitos, mas sempre da forma menos branda possível. Para facilitar a atuação do magistrado, são utilizados os princípios, pois estes encontram-se acima da norma positivada, isto pois garante ao magistrado a possibilidade de analisar a norma, e dar a ela a melhor adequação ao caso concreto. É nesse sentido que Pedro Henrique Demerciam e Jorge Assaf Maluly, defendem o Estado garantista, mas com margens de restrição a sua atuação quando há conflito entre o direito positivado e os princípios que dão base ao modelo estatal.

A atuação do Poder Judiciário deverá implicar na mínima restrição necessária aos direitos fundamentais e às garantias do demandado, com vistas à consecução do fim ao qual se propõe a decisão processual penal. Em outras palavras, a decisão judicial deverá colimar a máxima efetividade com a menor restrição possível aos direitos fundamentais e às garantias do acusado, e essa bússola é orientada pelo princípio da proporcionalidade, mesmo que a averiguação de tal medida dependa do exame do caso concreto e de suas circunstâncias.⁸²

É nesse sentido, que o magistrado deve atuar de forma imparcial, pois, da imparcialidade, surge a análise do caso em concreto, sem que decida de forma a beneficiar alguma das partes. Através de uma visão imparcial, com base firme, é realizada a ponderação de todas as situações e características que se encontram envolvidas na situação fática.

A proporcionalidade nada mais é o princípio que dá abrangência aos demais, que se encontram, elencados no art. 282 do CPP e que dão base a aplicação das medidas cautelares. Quais sejam a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido stricto.

O autor Edilson Mougnot Bonfim, deixa evidente a importância da ponderação entre os direitos que se encontram em conflito. Buscando a dada medida, em que a restrição, não causará prejuízos irreversíveis ao acusado.

<<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5017-0/cfi/6/10/4/14@0:0>>. Acesso em: 17/03/2018.

⁸² GIACOMOLLI, Nereu José. MAYA, André Machado. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ano1, nº 1. São Paulo: Atlas. 2015. p.227.

Sem embargo, como já veremos, proporcionalidade em ambas as situações – no princípio e em termos gerais – sempre traz, por sua vez, o conceito de ponderação como “ação de considerar imparcialmente os aspectos contrapostos de uma questão ou o equilíbrio entre o peso de duas coisas”¹¹, na medida em que ponderar significa a busca da melhor decisão (sentença) já que concorrem na argumentação razões justificadoras que competem entre si e que detêm o mesmo valor.⁸³

Por fim, as medidas cautelares diversas da prisão, tem em seu texto legal, a previsão de uma análise feita com base na proporção entre a medida e a sua causa. Contudo esse sopesamento será feito pelo magistrado. De forma que, dois poderes da União, que são distintos, unem-se em prol do bem comum, que tem como base uma atuação ponderada do magistrado frente as problemáticas vividas em sociedade.

4.2 CRITÉRIOS PARA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

Já dizia Edilson Mougenot Bonfim: “Em sendo a proporcionalidade princípio norteador de todo o funcionamento do direito penal Democrático de Direito, o controle de sua observância caberá, em última instancia ao Poder Judiciário”⁸⁴.

Através desse entendimento, fica evidente que os critérios a serem adotados para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão de forma proporcional, serão escolhidos pelo Poder Judiciário. Isto ocorre pois há necessidade de interpretação da norma, e essa interpretação sempre se dará através de princípios que norteiam a constituição das relações e com o Estado.

Nesse mesmo sentido o autor Pierpaolo Cruz Bottini afirma que: “Com efeito, a obrigatória observância do “devido processo legal” (art. 5º, LIV, CF/88) acarreta na caracterização da proporcionalidade como princípio constitucional”⁸⁵.

⁸³ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.552.

⁸⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. RBCrim n° 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2010. p.287.

Depreende-se que, a partir do uso de princípios, como forma de efetivar e validar a norma, o magistrado, deverá sempre partir de uma análise com vistas as garantias fundamentais inerentes ao ser humano.

A proporcionalidade é, de todos os princípios utilizados no processo penal, um dos que detêm maior abrangência e importância. Isto ocorre pois, através de uma análise proporcional, torna-se possível caracterizar a norma como lícita, bem como, se faltar um olhar crítico em relação a ponderação, a norma que foi aplicada pode ser anulada e deixar de haver base para a proteção e garantia de direitos.

Nesse sentido Pedro Henrique Demerciam e Jorge Assaf Maluly, defendem que, é dever de ambos, seja do legislador ou do magistrado, prever medidas que mais se adequem a proteção da parte que vê seus direitos restringidos pelo Estado.

A proporcionalidade, diz Garcez Ramos (1996, p. 116), “se verifica em dois sentidos: qualitativo e quantitativo. O primeiro ocorre através da escolha, que o legislador faz, das medidas processuais coercitivas, sempre tendo em conta a pena que pode vir a ser aplicada ao imputado. O segundo, através da criação, por obra da lei ou da jurisprudência, de prazos máximos de prisão processual”.⁸⁶

Em consonância com este entendimento, Nereu José Giacomolly e André Machado Maya, expõe a questão da atuação dos poderes estatais em relação as medidas cautelares.

Nesse contexto, as decisões judiciais proferidas no processo penal devem guardar a observância possível do princípio da proporcionalidade, pois dessa forma estarão revestidas de legitimidade formal e material. Essa constatação ganha relevo sempre que a decisão judicial importar em restrição a direito fundamental do réu, e.g., a decisão que decreta medidas cautelares pessoais ou reais, dentre outras.⁸⁷

⁸⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. RBCCrim n° 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2010. p.290.

⁸⁶ DEMERCIAM, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9°. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Capítulo VII. Disponível em: < <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5017-0/cfi/6/10/4/14@0:0> >. Acesso em: 17/03/2018.

⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. MAYA, André Machado. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ano1, n° 1. São Paulo: Atlas. 2015. p.227.

Contudo, essas entidades, tem sua atuação caracterizada como entidade estatal, defendendo, portanto, os direitos do Estado. Nesse sentido sempre que o conflito a ser ponderado se der entre direitos fundamentais, advém a necessidade de realizar uma ponderação mais atenuada, pois dessa forma podem ser evitados erros, que quando cometidos causam prejuízo ao andamento processual.

Dessa maneira, são criados requisitos para elaborar a ponderação da norma. Quais sejam, a necessidade, a ponderação e a proporcionalidade em sentido estrito, todas advindo de um só entendimento, de que a análise deve ser pautada sob o manto a proporcionalidade. Nesse sentido, conceitua Nereu José Giacomolle e André Machado Maya, o risco de uma análise desproporcional.

O risco dessa concepção, no entanto, é o de se admitir uma “pura ponderação entre valores ou princípios opostos, baseada em critérios verdadeiramente decisionistas”.²⁵ Que a solução de conflitos entre direitos fundamentais depende de uma ponderação entre os interesses em choque parece ser consenso. Há que se estabelecer, porém, um esquema metodológico que permita evitar atribuição arbitrária de maior ou menor valor a um dos direitos em tensão.⁸⁸

Edilson Mougnot Bonfim, deixa claro que, o princípio da proporcionalidade, deve estar pautado na justiça, e por este motivo deve ser analisado de forma metodológica.

O método a ser utilizado, para ser considerado correto, basta estar pautado na análise dos requisitos inerentes as medidas cautelares, quais sejam, a necessidade e a adequação da causa com a medida. Para além disso, é necessário utilizar a proporcionalidade em sentido estrito. Quando unidos todos os requisitos, forma-se a apreciação perfeita de uma norma, frente a um princípio constitucional.

A rigor, o “princípio da proporcionalidade”, depurando conceitos como equidade, justiça e princípios gerais do direito, constituiu-se metodologicamente em um “superprincípio” balizador de decisões, ressurgindo, pois, como método interpretativo solucionador de impasses criados pela chamada “colisão de direitos” ou de “princípios”⁵.⁸⁹

⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. MAYA, André Machado. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ano1, nº 1. São Paulo: Atlas. 2015. p.225.

⁸⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.574.

Para findar, no mesmo sentido, Eugênio Pacelli, com base nas teorias criadas por Robert Alexy, caracteriza que para a aplicação do princípio da proporcionalidade é necessário que todos os seus requisitos sejam analisados, e só depois dessa análise é que se pode falar em uma aplicação lícita da norma penal, com bases principiológicas.

Por isso, e quanto a esta última função, Robert Alexy, dentre outros, se refere aos três essenciais critérios de ponderação: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a efetiva *divergência* de sentidos entre duas normas igualmente válidas e pertinentes para determinado caso concreto.⁹⁰

Além das bases principiológicas que devem ser respeitadas, é exigível do magistrado, que observe questões mais técnicas para aplicação da medida cautelar. Quais sejam o caráter excepcional e urgente da medida, a sua provisoriedade, a possibilidade de substituição devendo haver um acompanhamento para possíveis alterações durante o andamento processual, bem como a possibilidade de sua revogação.

Em suma, para além dos critérios a serem abarcados na análise, se faz necessária a análise dos requisitos, que encontram-se ligados de forma direta ao princípio da proporcionalidade, sendo eles a necessidade, a adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Ocorrendo a aplicação dos critérios e dos requisitos, bem como sendo dada efetividade a finalidade pretendida, pode-se dizer que a medida ora decretada tem caráter legítimo e legal, que vai de acordo com os direitos fundamentais constitucionais.

⁹⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21° ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. capítulo 11.3. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010268/cfi/6/10!/4/6/2@0:50.1>>. Acesso em: 15/03/2018.

Apud: *Derecho y razón práctica*. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2002.

4.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO.

A aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, tem como pressuposto, uma análise fática baseada na necessidade e na adequação da medida, aos objetivos que pretende-se alcançar com ela.

Uma vez atingidos esses pressupostos, a decisão deverá ser proporcional, uma vez que há real necessidade de sua aplicação, bem como a medida a ser aplicada é adequada ao fim que se pretende, não sendo considerada demasiada.

Essa equidade é explicitada por Edilson Mougenot Bonfim:

Conforme se depreende da análise dos pressupostos, existe um juízo escalonado e sucessivo para a apreciação das medidas cautelares. Tais medidas pautar-se-ão pelo binômio necessidade/adequação, em um primeiro momento, vez que devem ser suficientes para evitar a prática de infrações penais e, ao mesmo tempo, assegurar a aplicação da lei penal, bem como devem ser adequadas à finalidade para que se instituem. Seguidamente ao juízo de adequação, deve-se questionar da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, evitando-se a imposição de medidas desproporcionais e desarrazoadas. Logo, não se fala exatamente em “binômio”, mas em um “trinômio” de requisitos.⁹¹

Edilson Mougenot Bonfim deixa claro ainda, que há necessidade de ser fundamentada e motivada a decisão dada pelo magistrado, uma vez que, há necessidade de demonstrar que a decretação da medida é proporcional ao que se pretende.

Essa prova somente pode ser feita através da explicação, qual seja a motivação e a fundamentação de sua decisão. Bem como é necessário que a decisão esteja pautada na legislação vigente, e que se encontre em consonância com os precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

Faz-se necessário ainda, demonstrar, os motivos que levam aquela medida a ser a mais indicada para a causa concreta, pois dessa forma, a parte que sentir seu direito ofendido, poderá recorrer da decisão, de forma a indicar outra medida que acredita satisfazer tanto a vontade do julgador, como o direito do acusado de perceber seus direitos defendidos.

⁹¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.548.

Deve-se compreender que a “adequação da medida” é a explicação lógica do porquê essa e não outra medida há de ser aplicada. Não obstante, recomenda a técnica do método interpretativo do “princípio da proporcionalidade”, tal como desenvolvido pela melhor doutrina, que tão logo se proceda ao juízo de adequação (a medida é apta a atingir o fim a que se destina), e presente sua “necessidade” (é obrigatória sua adoção), proceda-se a “proporcionalidade em sentido estrito”, vale dizer, ao balanço ou sopesamento de valores efetivamente em jogo, ou seja, pergunta-se se a medida restritiva de direito não é superior, mas consentânea ao mal que visa a combater.⁹²

O autor continua sua defesa pelo critério lógico, em que cumpre com as premissas legais, contudo, prevê a necessidade de haver embasamento teórico e jurisprudencial, para dar força e efetividade a norma legal.

Dessa forma, a interpretação, deixa de ser basicamente uma análise, mas passa a ser um estudo da lógica da causa, da aplicabilidade e do funcionamento da medida. Sendo que, para tal, há a necessidade de criar uma relação íntima com a causa e com os preceitos fundamentais e filosóficos que embasam o positivismo jurídico.

Assim, o molde teórico e jurisprudencial do princípio da proporcionalidade, do qual mal copiou o legislador, é mais técnico do que as palavras insuficientemente escolhidas pelo texto legal. Diz-se, aqui, pois, para o resgate da norma processual, a incidência de uma interpretação lógica, sistemática, histórica e constitucional, para além de uma interpretação meramente semântica ou gramatical. Por conseguinte, há de se compreender a regra pela ideia que a motivou, consentânea com a história do instituto e sua matriz constitucional.⁹³

Por fim, havendo um estudo aprofundado da causa, da pessoa a quem a medida será imputada, tendo sido preenchidos todos os requisitos e critérios, pode-se chegar à conclusão de que foi decretada pelo magistrado medida que se adequa em número, gênero e grau as legislações processuais, bem como aos critérios e princípios constitucionais. Decorre daí a decretação de uma medida cautelar, que

⁹² BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11° ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.549.

⁹³ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11° ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.549.

além de assegurar garantias constitucionais é lícita em todos os seus termos, pois é medida proporcional a causa.

4.4 CONSEQUÊNCIAS DA NÃO UTILIZAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

Faz-se necessário compreender quais consequências são geradas a partir da interposição de uma medida cautelar pessoal, quando a mesma for decretada de forma desproporcional. Isto quer dizer que, no momento em que o magistrado realiza a análise da causa, não utiliza os requisitos que são necessários, quais sejam, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Primeiramente, a proporcionalidade deve ser analisada pelo legislador, no momento da confecção da norma. Já dizia Pierpaolo Cruz Bottini:

Se o legislador cria a norma sem razoabilidade - flagrantemente desproporcional -, esta restará em conflito com o princípio constitucional do “devido processo legal”, em uma antinomia real que autoriza a ab-rogação da primeira ou sua correção, a ser realizada pelo Judiciário em legítimo exercício de interpretação^{42, 94}

Quando o legislador, cria norma que vai de acordo com os princípios constitucionais, fica mais fácil para a parte poder pleitear e reclamar seus direitos, quando a interpretação do magistrado conflita de forma direta com a letra da norma. Nesse sentido Pierpaolo Cruz Bottini evidencia a importância do legislador na defesa de políticas criminais:

Assim, o legislador sistematiza e desenvolve diretrizes de política criminal, buscando um consenso nem sempre possível na heterogeneidade dos interesses e setores representados no parlamento, ao mesmo tempo em que é possível a concepção de diretrizes distintas pelos órgãos do Poder Executivo, cujas decisões estratégicas passam por outras esferas de

⁹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. RBCrim n° 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2010. p.290.

debate, que, por sua vez, podem ser substancialmente diferentes da concepção judicial ou com os ideais acadêmicos de política criminal.⁹⁵

No caso das medidas cautelares, como pode-se concluir, o legislador abarca como requisito a necessidade e a adequação da medida ao caso concreto. Isso fica evidente quando no art. 282 do CPP, o legislador elenca a necessidade de verificar, no momento da análise para decisão da imposição da medida, se dada cautelar é necessária e principalmente se a escolha feita pelo magistrado se adequa com o fim que é por ele pretendido.

Através da compreensão da necessidade de ser criada pelo legislador norma proporcional, ou que exija do julgador a necessidade de decretar medida com bases proporcionais, passa-se a análise da forma como o magistrado deve atuar para não ter suas decisões anuladas.

Para comprovar para a parte que há necessidade de ser decretada medida cautelar diversa da prisão, como já explicitado anteriormente, é dever do magistrado justificar suas decisões, bem como motivá-las.

Essa necessidade advém do art. 93, IX da Constituição da República Brasileira. Essa fundamentação irá permitir averiguar se foi realizada análise baseada com as características peculiares de cada caso, bem como irá ficar caracterizado se o magistrado cumpriu com cada um dos requisitos, quais sejam a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Contudo, se por uma desatenção do magistrado, da análise feita, faltar fundamentação e motivação na decisão, a parte poderá requerer a invalidade da decisão, bem como que seus efeitos sejam imediatamente revogados.

Nesse sentido, há entendimento pacificado do STF, o qual prevê a censura para atos estatais que ofendem os padrões razoáveis, ou seja, de medidas que não são proporcionais.

(...) A jurisprudência constitucional do STF, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de

⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. RBCrim n° 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2010. p.275.

causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas”.⁹⁶

É nesse sentido, que os autores Nereu José Giacomolli e André Machado Maya, deixam clara que será decretada nulidade processual, por conta de desobediência a preceito fundamental:

Acaso a decisão judicial, proferida em sede de processo penal, importe em violação ou descumprimento do princípio da proporcionalidade (inegavelmente presente no arcabouço constitucional do Estado brasileiro), a consequência será a da sua invalidade, reflexo de magnitude no terreno das nulidades processuais. Ou seja, a violação ao princípio da proporcionalidade pode servir de fundamento (ou de *ratio decidendi*) para o decreto de invalidade da decisão exarada no seio de um processo penal, e que o tenha descumprido.⁹⁷

Nesse caso o ato deve ser declarado como nulo e inválido, não podendo ser declarado como inexistente. Visto que, a partir do decreto da imposição de medida, seus efeitos jurídicos passam a ter efeito direto na vida do acusado.

A concepção da necessidade de o ato ser declarado nulo, gera para o acusado segurança jurídica. No caso de haver necessidade de demandar contra o Estado se algum de seus direitos tiverem sido violados, poderá ser comprovada a existência do ato, bem como a prova de reconhecimento da sua invalidade, bem como a decretação de sua nulidade.

Com efeito, o ato praticado com violação do princípio não pode ser ato “inexistente”: o ato inexistente é definido como aquele que, embora tenha entidade material, carece de entidade processual. Sem embargo, nesse caso, é um ato nulo, pois existe para o processo e, dessa forma, as consequências serão que o ato praticado com violação do princípio da proporcionalidade deve ser declarado como tal. É que os atos processuais devem ter uma perfeita tipicidade no momento de sua produção – de acordo com os modelos que foram determinados pela Lei –, assim, a violação na realização de dito modelo, de modo formal ou material, constitui uma nulidade, gerando a ineficácia do ato, como forma de sanção. Dito ato, portanto, não produzirá efeitos jurídicos¹⁷ por ocorrência de nulidade, es-

⁹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. RBCCrim n° 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2010. p.291.

⁹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. MAYA, André Machado. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ano1, n° 1. São Paulo: Atlas. 2015. p.227.

pecialmente com respeito ao tema das garantias fundamentais violadas¹⁸.
⁹⁸

Havendo necessidade de decretar a nulidade da decisão o autor Edilson Mougnot Bonfim, declara ser cabível o Recurso em Sentido Estrito.

Recurso cabível nas medidas cautelares Apesar da nova lei não ter estabelecido o recurso cabível, tem-se que deverá ser o Recurso em Sentido Estrito. Porém, frise-se que sempre se afigura legítima a possibilidade de o réu impetrar habeas corpus quando ocorrer eventual constrangimento ilegal ocorrido com a imposição das medidas.⁹⁹

Visto isto, fica evidente que, se o magistrado não se atenta as normas legais, bem como aos preceitos constitucionais, há a necessidade de mover o judiciário com o intuito de corrigir os erros cometidos por falta de atenção e comprometimento com a atuação do poder judiciário. Como órgão competente pelo Estado para a resolução dos conflitos decorrentes da convivência em sociedade, é dever do Estado garantir o bom andamento da justiça.

4.5 ESTUDO DE CASO ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS DECISÕES DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após análise do princípio da proporcionalidade, da pretensão do legislador com a implementação das medidas cautelares pessoais e a forma de aplicação que deve ser feita pelos magistrados. Cabe agora analisar um caso real de adoção do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares pessoais

Contudo, antes de adentrar ao caso concreto, se faz necessário elucidar que, o princípio da proporcionalidade é direito inerente a todo aquele que se sujeita a uma persecução penal. Mas não há previsão específica sobre como se dá sua

⁹⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11° ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.556.

⁹⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11° ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.569.

aplicação e seus fundamentos, o que se tem são entendimentos doutrinários acerca do tema.

Nesse sentido, vale frisar que, o Supremo Tribunal Federal garante a este princípio força constitucional, isto pois, para assegurar o cumprimento do modelo Democrático de Direito escolhido pela Carta Magna brasileira, é necessário a garantia de medidas adequadas ao caso concreto. Nesse sentido que Pierpaolo Cruz Bottini esclarece sobre a posição do STF:

Ocorre que a Constituição brasileira não explicita o princípio da proporcionalidade. Ainda que este seja um elemento essencial para a dignidade humana, e, portanto, elemento implícito a nortear a atuação do Poder Público, não há um dispositivo que mencione a necessidade de observância da proporcionalidade na seara penal.³⁶

Muito embora ausente uma manifestação positivada sobre a proporcionalidade no texto constitucional, o STF tem reconhecido o princípio como diretriz implícita decorrente do próprio modelo Democrático de Direito.
100

(...)

O disposto no art. 150, paragrafo 35 de assemelha ao que hoje é previsto – em linhas gerais – no parágrafo 2º do art. 5º da CF/1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim assentou-se a força constitucional da proporcionalidade no fato deste princípio ser decorrência lógica do modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição.¹⁰¹

Da mesma maneira, Gilmar Ferreira Mendes afirma: “Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais.”¹⁰²

Desse modo, compreendendo o posicionamento do Supremo, parte-se para a análise do HC 137.728/PR, que se encontra sob relatoria do Ministro Teori Zavascki. O julgamento relativo a esta decisão ocorreu em 02 de maio de 2017, tendo sido publicado em 31 de outubro de 2017 pela Segunda Turma.

¹⁰⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. RBCCrim n° 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2010. p.286 e 287.

¹⁰¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. RBCCrim n° 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2010. p.289.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.230.

O presente caso trata de Habeas Corpus que pretende a revogação da prisão preventiva por medidas cautelares pessoais diversas, que estão previstas no art. 319 do CPP.

Nesse caso o relator deixa evidente que as medidas cautelares são suficientes para atingir o fim pretendido, não havendo necessidade de manter a preventiva decretada.

EMENTA Habeas corpus. Processual Penal. Prisão preventiva. Artigo 312 do Código de Processo Penal. **Pretendida revogação da prisão ou da substituição por medidas cautelares diversas. Artigo 319 do Código de Processo Penal.** Superveniência de sentença penal condenatória em que se mantém segregação cautelar com remissão a fundamentos do decreto originário. Cogitada prejudicialidade. Hipótese que não se configura nessas circunstâncias. Precedentes. Constrição assentada na garantia da ordem pública. Aventado risco de reiteração delitiva. Insubsistência. Ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto. Gravidade em abstrato das condutas invocada. Inadmissibilidade. Precedentes. **Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão, se mostram suficientes para obviar o periculum libertatis reconhecido na espécie. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares, a serem estabelecidas pelo juízo de origem.** 1. A superveniência da sentença penal condenatória, que mantém a prisão preventiva com remissão aos mesmos fundamentos do decreto originário, não torna prejudicado o habeas corpus, na linha de precedentes. 2. No caso, a sentença lançada em desfavor do paciente, embora tenha ampliado o espectro de análise dos fundamentos da custódia, baseando-se em um exame mais robusto das provas, valeu-se dos mesmos critérios sopesados no decreto cautelar primeiro, vale dizer, a garantia da ordem pública, consubstanciada no risco de reiteração delitiva e na gravidade da conduta. Logo não há que se cogitar da prejudicialidade da impetração.

Após breve leitura da ementa, fica evidenciada a necessidade de reconhecimento da demanda, visto que, não há lapso temporal conveniente. Isto pois da conduta para a data em que a preventiva foi cumprida, não se caracteriza a necessidade e urgência da implementação da medida.

Uma vez que a medida tenha sido decretada com fundamento na garantia da ordem pública, é mais que necessária a comprovação do risco provocado pelo acusado em relação a sociedade, ou seja, se há indícios de que pode reincidir na conduta criminosa.

Nesse caso, como a prisão cautelar não preenche os requisitos necessários à sua decretação, deve ser substituída por medida cautelar. Assim sendo, resta

evidente que a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP é adequada a situação fática, bem como é suficiente para assegurar a ordem pública.

O magistrado chega a esta conclusão, principalmente pelo fato de haver um lapso temporal tão oneroso. Nesse sentido, se houvesse perigo eminente o tempo em que o acusado permaneceu em liberdade teria sido prejudicial a convivência em sociedade, bem como ao andamento processual.

3. A prisão cautelar é a última ratio, a derradeira medida a que se deve recorrer, e somente pode ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes para a contenção do periculum libertatis (CPP, art. 282, § 6º).

É necessário compreender ainda que o fato de a conduta ser grave não dá bases para a aplicação da cautelar por mais graves e reprováveis que sejam as condutas, não existe possibilidade para aplicação da preventiva.

Importante salientar que as medidas cautelares, sejam elas prisionais ou não, compreendem rol taxativo, se não preenche os requisitos não pode haver aplicação. Dessa forma há garantia de proteção da liberdade do acusado, que não pode ter sobre ele imposta medida que não preencha os requisitos legais.

4. Não há como se ignorar a gravidade das condutas supostamente praticadas. Porém, como já destacado por esse Colegiado no julgamento do HC nº 127.186/PR (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 3/8/15), por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar.

Para além disso, é evidente, que a medida cautelar mesmo sendo diversa da prisão, caracteriza medida gravosa, pois de alguma forma interfere de forma direta nos direitos do acusado, sejam esses direitos relativos a sua liberdade de locomoção ou não.

Qualquer privação, seja de liberdade ou de direitos pode causar danos irreversíveis e irreparáveis, por esse motivo o rol é taxativo, assim o magistrado tem

limites a essa atuação. Esse limite é necessário, uma vez que o julgador representa o Estado e este tem a obrigação de defender os interesses do cidadão.

Contudo, sopesando as limitações que serão trazidas por uma prisão ou por uma restrição de direito, é menos gravoso ter direitos cerceados, pois se há restrição direta da liberdade o acusado não pode mais exercer seu papel frente a sociedade.

Dessa forma, sendo decretada medida cautelar diversa da prisão, o indivíduo não precisará ser reinserido no convívio social, pois dele não foi retirado, causando danos de menores proporções ao acusado.

5. Descaracterizada a necessidade da prisão, em face da gravidade das condutas, não obstante subsista o periculum libertatis do paciente na espécie, esse pode ser obviado com medidas cautelares diversas e menos gravosas, o que também repercutirá significativamente no direito de liberdade do réu.

Como já tratado anteriormente, o lapso temporal entre a decretação da medida, o andamento processual e o objetivo da restrição, são de extrema importância. Não havendo relação entre eles, a medida será anulada, isto pois, a restrição de direito se tornara excessiva por não ser lógica e ter como base argumentos frágeis, não há, nesses casos, segurança jurídica pela aplicação da medida.

6. No que se refere ao risco concreto da reiteração delitiva, invocado para garantir a ordem pública, destaca-se que a constrição cautelar do paciente somente foi decidida e efetivada no mês de agosto de 2015, ou seja, 10 (dez) meses após o último pagamento atribuído a ele pelo juízo de origem, datado de outubro de 2014. 7. Portanto, a decisão daquela autoridade judiciária lastreou-se em argumentos frágeis, pois, ainda que amparada em elementos concretos de materialidade, os fatos que deram ensejo ao aventado risco de reiteração delitiva estão longe de ser contemporâneos do decreto prisional. Em consequência, por ter sido decretada muito tempo após a última intercorrência ilícita noticiada, o título não deve subsistir por esse fundamento.

A segurança jurídica estará comprometida sempre que não houver respeito a norma e a fundamentação for escassa. Isso pois, não há que se falar em decisão robusta se não houver devido cumprimento a norma e aos preceitos legais.

Estes preceitos podem ser caracterizados pelos princípios basilares do direito, quais sejam, os princípios constitucionais. Se uma decisão for lastreada por estes, bem fundamentada e motivada, não há que se falar em decisão ilícita, pois cumpriu o dever que é dado ao julgador, de realizar interpretação da norma de acordo com a legislação, a jurisprudência e a doutrina.

Por esse motivo, a decretação da prisão preventiva nesse caso é ilícita, vez que, as cautelares não podem ser utilizadas em nenhuma hipótese como forma de antecipação da pena. Por entendimento da corte suprema, se não há confirmação da sentença em segundo grau não pode ser implementada prisão. Da mesma forma, deve ser realizado raciocínio, quando a decretação da medida não preenche todos os requisitos legais, pois configura execução provisória da pena.

Pelas razões expostas o Habeas Corpus ora analisado decide por substituir a prisão preventiva por medida cautelar do art. 319 do CPP. Contudo a decisão acerca de qual medida deve ser imposta fica a critério do juiz de 1º grau.

8. O princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), como norma de tratamento, significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado. 9. Descabe a utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que nem sequer foi confirmada em segundo grau, pois, do contrário, estar-se-ia implementando verdadeira execução provisória em primeiro grau, contrariando o entendimento fixado pela Corte no julgamento do HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16. 10. Entendimento diverso importaria na restauração do instituto da prisão preventiva obrigatória, ratio da primeira redação do art. 312 do Código de Processo Penal, a qual estabelecia essa modalidade odiosa de constrição nos crimes cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, tendo sido acertadamente revogada pela Lei nº 5.349/73. 11. Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319), a serem estabelecidas pelo juízo de origem.¹⁰³

Da análise do HC fica evidente o erro de interpretação da norma, bem como da jurisprudência e da doutrina, por parte do juízo de origem, visto que nenhum dos

¹⁰³ BRASIL. HC 137.728/PR. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MEDIDA+CAUTELAR+DIVERSA+DA+PRIS%C3O%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybtq8oa>>. Acesso em: 26/03/2018.

requisitos inerentes a prisão preventiva foram cumpridos. Para além disso, não foi realizada aplicação da norma com base nos princípios e normas constitucionais.

A aplicação das medidas que decretam restrição de direito, sempre devem ser analisadas com base nos princípios. No caso das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, como previsto no art. 282 do CPP, há necessidade de análise dos requisitos de necessidade e adequação que são inerentes ao princípio da proporcionalidade.

Por esse motivo, só cabe falar em decisão lícita, se houver respeito ao princípio da proporcionalidade, pois sendo a análise realizada em seus termos, será necessária e adequada a causa e ao risco eminente causado pelo acusado ao rito processual ou ao convívio social. Ocorrendo assim a proteção dos direitos de todos aqueles que podem ser abordados pela norma: os cidadãos.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a adoção do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, que encontram-se previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

O princípio da proporcionalidade tem como base a análise da necessidade e adequação da medida. Bem como da proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é que a análise da proporcionalidade da medida, ou seja, se atinge o fim pretendido e evita que sejam causados danos exorbitantes.

A necessidade nada mais é que não haver outro meio possível a ser utilizado para atingir o fim pretendido, dessa maneira fica evidente que se não for decretada determinada medida podem ocorrer danos irreversíveis que serão prejudiciais a sociedade.

Já a adequação pretende que a medida a ser decretada, deve ser adequada a causa e ao fim pretendido, dessa forma não onerando demasiadamente aquele que por ela é atingido.

Nesses termos, o princípio da proporcionalidade busca analisar a medida que será executada, ponderando todos os seus aspectos com o intuito de decretar medida que seja necessária e adequada a causa.

Após a análise do princípio, parte-se para análise das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Essas medidas estão elencadas em rol taxativo previsto no art. 319 do CPP, sendo elas: o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica e financeira, internação provisória do acusado imputável e semi-imputável, monitoração eletrônica e fiança.

Essas medidas tem o intuito de assegurar a investigação e a instrução processual, bem como de garantir a manutenção da ordem pública. Nesse sentido, sempre que o acusado demonstrar que pode gerar prejuízos tanto para o andamento processual, bem como pode reincidir na conduta criminosa, podem ser decretadas essas medidas.

A necessidade de aplicação dessas medidas advém dos prejuízos irreversíveis que podem ser causados ao acusado, se não for decretada pelo representante do Estado medida que vise a proteção desses institutos.

Sempre que for constatado pelo magistrado que o acusado gera riscos para a investigação ou instrução, será decretada medida cautelar. Isto pois, se alguma prova, local de prova ou andamento processual for prejudicado, existe risco de que o processo seja contaminado com ilicitudes ou fatos inverídicos, o que causa prejuízos irreversíveis ao direito do acusado a um processo precedido de veracidade e licitude.

Em sentido diverso, quando a análise é realizada de uma ótica de proteção da garantia da ordem pública, o que se pretende é evitar a reincidência criminal. É necessária a garantia desse instituto pelo Estado, uma vez que, sempre que ocorre uma ação criminosa, algum dano irreversível é causado as possíveis vítimas, seja esse dano material ou psicológico.

Visto isto, a adequação da medida pretende que para além de garantir direitos processuais e aos demais cidadãos, seja assegurado o direito do acusado. É nesse sentido que o acusado tem direito a presunção de inocência, não podendo ser considerado autor do ilícito até que ocorra o trânsito em julgado da decisão.

Por esse motivo, há entendimento pacificado pelo STF da necessidade da análise proporcional na aplicação das medidas cautelares pessoais, visando a garantia dos direitos do acusado de não ser penalizado de forma extensiva em relação a um dano que pode ser iminente gerado.

O entendimento não apenas jurisprudencial, mas também doutrinário acerca da importância da aplicação proporcional das medidas se dá principalmente através de um viés constitucional, de proteção de direitos fundamentais inerentes ao cidadão.

Os direitos a serem garantidos através do uso desses institutos podem ser exemplificados através do direito ao devido processo legal, que inclui a legalidade, a ampla defesa e ao contraditório, bem como a presunção da inocência, o direito a liberdade, à dignidade da pessoa humana e da necessidade de fundamentação das decisões.

Nesse sentido, esses direitos garantem ao acusado um processo com base na licitude do rito, não podendo ser apenado antes de ter a possibilidade de defender-se ao longo da persecução penal.

Para além disso, o acusado tem direito de ser tratado com dignidade. Para tal, há necessidade de que o magistrado fundamente suas decisões, pois somente dessa forma, o acusado pode responder a demanda de forma justa.

Nesse sentido fica evidente a necessidade da fundamentação e motivação na decretação da medida, somente através dessa é possível comprovar que foi utilizado um raciocínio proporcional de aplicação da medida.

Quando isto ocorre são assegurados direitos fundamentais do acusado, a ordem social e o correto andamento processual.

Com isso verificou-se que a adoção do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão é necessária para garantir os direitos do acusado no momento da decretação da medida.

Dessa forma, para além da proteção elencada pelas medidas, quais sejam do rito processual, mais especificamente da investigação e instrução, bem como da garantia da manutenção da ordem social. É necessário proteger os direitos inerentes ao acusado, sendo que essa proteção é assegurada através da aplicação de princípios constitucionais, mais especificamente o princípio da proporcionalidade.

Havendo uma interpretação da norma, com base nos princípios constitucionais, serão decretadas medidas lícitas, que não ferem direitos inerentes a garantia da dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido, que resta demonstrado pelo Supremo, nas decisões que foram aludidas neste trabalho, a necessidade da aplicação proporcional das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Evidenciando que não basta a alteração legislativa trazida pela lei 12.403/11, que prevê medidas que podem ser aplicadas a de forma diversa à prisão preventiva, é necessário que seja realizado pelo magistrado sopesamento principiológico da norma.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. cap 10/10.3. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5584-7/cfi/6/10!/4/12/22@0:0>>. Acesso em: 15/03/2018.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4° ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11° ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. RBCCrim n° 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27/10/2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 15/03/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/10/2017.

BRASIL. **Lei 9.748** – Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 26/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **HC 112.103/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4193024>>. Acesso em: 10/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **HC 115.319/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4307004>> Acesso em: 10/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **HC 59.950/RJ**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1453645>>. Acesso em: 06/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 132.679/BA**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4915904>>. Acesso em: 06/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 125.370/SP**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MEDIDAS+CAUTELARES+PENAIIS%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yapcpb22>>. Acesso em: 15/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.362/DF**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MEDIDAS+CAUTELARES+PENAIIS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yapcpb22>>. Acesso em: 15/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 106.446/SP**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MEDIDAS+CAUTELARES+PENAIIS%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yapcpb22>>. Acesso em: 15/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 137.728/PR**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MEDIDA+CAUTELAR+DIVERSA+DA+PRIS%C3O%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybtq8oab>>. Acesso em: 26/03/2018.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 1999.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2° ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2° ed. Curitiba: Juruá. 2016.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 9° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. CAP VII – 7.6. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5017-0/cfi/6/10!4@0:0>>. Acesso em: 15/03/2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 1945. Vol III.

GIACOMOLLI, Nereu José. MAYA, André Machado. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ano1, nº 1. São Paulo: Atlas. 2015.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Quebra de paradigma: **O tratamento do roubo na história dos grandes códigos penais**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-16/roubo_historia_grandes_codigos_penais>. Acesso em: 13/09/2017.

GRECO FILHO, Visconde. **Manual de Processo Penal**. 11° ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro **Pequeno Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa de Salles**. FRANCO, Francisco Manoel de Mello. 1° ed. São Paulo: Moderna. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17° ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3° ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6°ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARQUES, Luís Ivan. **Processo Penal III**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8° ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo, Editora Método, 2011.

MIRANDA, Jorge. SILVA, Jorge Pereira da. **Constituição da República Portuguesa**. 5° ed. Portugal: Princípia, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6. Ed. Editora RT: São Paulo, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. capítulo 11.3. Disponível em: < <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010268/cfi/6/10!/4/6/2@0:50.1> >. Acesso em: 15/03/2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 4.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.