

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE INFORMADOR DAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS APÓS A REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 12.403/11

Liana Carine Fernandes de Queiroz*

Lenildo Queiroz Bezerra**

INTRODUÇÃO

A aplicação das medidas cautelares processuais penais será abordada neste estudo sob uma perspectiva garantista, de proteção do cidadão contra a interferência arbitrária do Estado no exercício de seu dever-poder de punir.

Considera-se que as medidas cautelares têm a sua legitimação e a sua *ratio essendi* informadas pelo princípio da proporcionalidade, como limitação à via de exceção do encarceramento precoce, que não pode se transnudar em prévio e indevido castigo.

Serão abordadas ainda as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11 ao Código de Processo Penal no que se refere à subsidiariedade da prisão processual e à escolha pelo magistrado das medidas cautelares, que deverá ser realizada em atenção à razoabilidade e à proporcionalidade.

A aquisição de dados, por se tratar de pesquisa exclusivamente teórica, efetivou-se predominantemente em documentação indireta, explorando, sobretudo, a pesquisa bibliográfica.

1 A FORÇA PUNITIVA DO ESTADO E A HARMONIZAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Estamos inseridos em um Estado mínimo e garantista¹ – paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito – em que o Direito Penal é a *ultima ratio* em face da sua natureza violenta, repressiva, e no qual a intervenção punitiva – forma enérgica de coerção de liberdade dos cidadãos – deve somente ocorrer em casos de absoluta necessidade de segurança para a sociedade.

A legitimação da intervenção penal decorre da incapacidade dos demais ramos do Direito de tutelarem os bens mais relevantes à existência do homem e da sociedade – dicção

*Estagiária da Promotoria de Justiça da Comarca de Arez/RN e aluna concluinte do curso de Direito na Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Norte. E-mail: lilifqueiroz@yahoo.com.br.

**Promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça da Comarca de Arez/RN. E-mail: lenildobezerra@yahoo.com.br.

¹ Luigi Ferrajoli (2010) criou um sistema de garantias composto por dez axiomas dentre garantias penas e processuais penais que perfazem o teórico funcionamento ideal para que sejam idealmente respeitados às garantias fundamentais, quais sejam: a) retributividade ou consequencialidade; b) legalidade; c) necessidade; d) lesividade; e) materialidade; f) culpabilidade; g) jurisdicionalização; h) acusação; i) verificação; j) defesa culpabilidade. Para ele, todos os axiomas se integram e a falta de qualquer deles dificulta a concretização do que se chama Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2010).

do princípio da Intervenção Mínima – e sempre sem olvidar da preservação dos direitos e garantias fundamentais expressos na Lei Maior.

Entre os direitos garantidos ao cidadão, o legislador constituinte foi literal ao enunciar, no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, definindo, portanto, a presunção de não culpabilidade, princípio constitucional do Direito Penal. No inciso LIV do mesmo artigo, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, em que se delimita como condição para a restrição do direito à liberdade a existência de prévio e devido processo legal, no qual o culpado venha a ter a decisão condenatória contra si proferida e com certificado trânsito em julgado.

A força punitiva do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição Federal vigente, sobre os direitos fundamentais, deve, assim, aguardar para que não parem mais dúvidas a respeito da inocência do indivíduo – e essa certeza deve ter uma condicionante objetiva, qual seja, a real possibilidade de que o acusado, antes de lhe ter conferida a nota de culpa, possa exercer todos os meios necessários e suficientes à sua defesa – para que possa ser aplicada a restrição à liberdade (pena-sanção, objeto da persecução penal). Há, no dizer de Ferrajoli (2010, p. 75), a “consequencialidade da pena em relação ao delito”.

2 A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR E A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NA LEI Nº 12.403/11

Aguardar o desfecho da persecução criminal para aplicação da final medida privativa de liberdade, de caráter sancionatório, muitas vezes, não é suficiente à tutela processual e social, que passa a exigir, antes mesmo da emissão do juízo de valor final condenatório, a decretação de medida cautelar pessoal assecuratória do êxito do provimento sentencial.

Emerge, nesse desiderato, à evidência, a adoção do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares, considerando os fins que se pretende e a imprescindibilidade da imposição da restrição cautelar, sobretudo, com vista a que não seja suplantada a ordem natural das coisas, aplicando-se uma medida de segregação social, por exemplo, como sanção antecipada ao julgamento meritório.

Recentemente, a Lei nº 12.403/11, que entrou em vigor no dia 5 de julho de 2011, bem se ancorou no princípio da proporcionalidade, ao proceder as reformas no Código de Processo Penal, especialmente, quanto às medidas cautelares – mormente no que dispõe o art. 282, II, do referido *Códex* – reforçando, por imposição do novo § 6º, do art. 282, a subsidiariedade da prisão preventiva em face das demais medidas de cautela relacionadas no art. 319.

Antes da novel legislação, tínhamos legalmente como única possibilidade de medida de cautela pessoal a ser decretada pelo juiz, no curso do processo, a prisão preventiva, cabível nas hipóteses em que a conduta do acusado se verificasse capaz de provocar clamor público de ordem a abalar a própria estabilidade social, ameaçasse inviabilizar o desenvolvimento da persecução penal, ou mesmo *desassegurasse* a própria aplicação da lei.

Não se olvida, decerto, das medidas cautelares inominadas, que já eram aplicadas pelos magistrados, considerando a imperativa observância aos princípios constitucionais do Direito Penal e do Direito Processual Penal – como a presunção de não-culpa, o devido processo legal e o princípio da proporcionalidade – e a excepcionalidade do cerceamento antecipado da liberdade do cidadão.

O fato é que a segregação era decretada, ainda sem o caráter de castigo, com o objetivo de garantir que a sentença, quando proferida, apresentasse ainda conteúdo jurídico, principalmente, quanto às situações fáticas que permitissem a *operabilidade* do provimento útil que, no caso da persecução criminal, é a aplicação da pena – punição de quem cometeu ato reprovável pela sociedade, anteriormente previsto pela lei e que demande a atuação do Estado mínimo no exercício do seu dever-poder de punir.

Dessarte, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão não é mais uma faculdade do julgador, que deverá sempre a essas preferir e somente socorrer-se da decretação da prisão preventiva quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautela (art. 282, § 6º), ou em substituição à medida imposta e não cumprida (art. 312, parágrafo único). De todo o modo, em qualquer hipótese, somente será decretada quando se revelar como mais adequada e necessária ao caso concreto, observada a razoabilidade e a proporcionalidade em sentido lato (art. 282, II), e ainda em atenção ao verbete 718 do Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação analógica requer parcimônia do magistrado na imposição de medida mais grave do que a necessária com fundamento na gravidade abstrata do delito.

Sendo a prisão processual, a medida de cautela somente cabível nas extremadas hipóteses em que não se adequar outra forma de cautela, não se pode deixar de registrar a infelicidade do legislador na manutenção da redação do *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal, que permite ao juiz a decretação da prisão por *conveniência* da instrução criminal. Ora, a prisão é de extrema *ratio* e não pode ser decretada por ser conveniente, mas somente quando necessária à instrução do processo.

O certo é que a medida de cautela deve ser escolhida sempre com o objetivo de preservação dos direitos fundamentais do acusado e, a um só tempo, preocupada com a eficácia do processo.

Como é próprio às medidas cautelares, o magistrado deverá fundamentar a sua decretação na existência do *fumus boni iuris*, consistente na prova da ocorrência do crime e nos indícios suficientes da autoria, assim como no *periculum in mora*, assente no perigo de manutenção da liberdade plena, existente quando verificados no caso em concreto os requisitos para a decretação da medida de cautela.

Doutra banda, importante ainda registrar que se a decretação da prisão preventiva chegava, por vezes, a acusar a inversão ideológica do discurso garantista,² com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, outros requisitos foram inseridos para a sua imposição, na redação do art. 313 do Código de Processo Penal.

² Acusando a inversão ideológica no uso da prisão cautelar, Eugenio Raúl Zaffarioni pontua que, com a elasticidade dos critérios para a decretação da segregação precoce “estar-se-ia justamente indo contra o maior fundamento do processo penal, que é a delimitação do poder estatal, com o escopo de preservar-se, ao máximo, a dignidade da pessoa humana, que se sobrepõe, inclusive, aos outros fins do processo penal” (ZAFFARIONI, 2007, p. 70).

Exige-se, a partir de então, que o crime doloso tenha a pena máxima abstratamente cominada superior a quatro anos, seja o acusado reincidente ou o delito haja sido praticado em situação de violência doméstica contra a mulher, contra idoso, criança ou adolescente, enfermo ou deficiente.

Evita-se, com os primeiros requisitos, que o acusado que possa vir a ter em seu favor, com a prolação da sentença, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – verificado o preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal – cumpra, antecipadamente, sanção mais grave que a imposta no provimento final, após o encerramento da instrução criminal.

Assim, a prisão cautelar é reduzida a casos pontuais, não mais se admitindo a sua indiscriminada utilização, que acabava por consolidar uma política judiciária penal de primazia do cárcere.

Passa-se a exigir que a fundamentação da decisão que decreta a prisão cautelar esteja amparada em fatos concretos, e não apenas em hipóteses e em conjecturas, ou à gravidade do crime em abstrato, e que ainda não se possa aplicar nenhuma das medidas cautelares esposadas na Lei nº 12.403/11, sobretudo, porque é o Estado Democrático de Direito, muito mais do que detentor do poder-dever de punir, o garante dos direitos fundamentais constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, entendemos que as medidas cautelares têm o objetivo de garantir a futura operabilidade de uma eventual sentença penal condenatória, contudo, certo é que tal escopo não pode malferir os direitos e garantias fundamentais do acusado.

É para que a medida de cautela seja legítima e atenciosa aos direitos e garantias constitucionais fundamentais que o princípio da proporcionalidade é de imperativa observância, sopesando-se os interesses coletivos – que prevalecem na hipótese de decretação da medida assecuratória – e os direitos individuais, em cada situação concreta.

A Lei nº 12.403/11 representa um avanço em direção a um processo penal mais eficaz e respeitoso aos direitos constitucionais do acusado, sem olvidar do interesse público que deve ser tutelado pela intervenção penal do Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite ao ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. In: CALLEGARI, André Luís; et al. *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GREGO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. rev., amp. e atual. Niterói: Ímpetus, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência das prisões*. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KATO, Maria Ignez Lancellotti Baldez. *A (des)razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 88.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de Prisão e Soltura sob a ótica constitucional: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 2. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.