

NUMERO
10

ANO 5 / DEZEMBRO / 2011

Revista do

CURSO DE DIREITO DA FSG

ISSN 1982-1042

Revista do
CURSO DE DIREITO DA FSG



Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha

ano 5, n. 10, jul./dez. 2011



Rua Os 18 do Forte, 2366
CEP: 95020-472 Bairro São Pelegrino
Caxias do Sul – RS – Brasil
Fone/fax: (0xx54) 2101.6000
fsg@fsg.br
www.fsg.br



Prof. MSc. João Dal Bello
 Revista do Curso de Direito da FSG
 Coordenador:
 Prof. MSc. Francisco Otaviano Cichero Kury

Conselho Editorial da Revista

Profª Adriana Dreyzin de Klor
 Universidade Nacional de Córdoba, Argentina –
 Doutora em Direito
 Prof. André Copetti
 URI – Santo Ângelo – Doutor em Direito
 Prof. Germano Schwartz
 FSG – Pós-Doutor em Direito
 Prof. Ingo Wolfgang Sarlet
 PUCRS – Pós-Doutor em Direito
 Prof. Jorge Renato dos Reis
 UNISC – Pós-Doutor em Direito
 Prof. Leonel Severo Rocha
 UNISINOS – Pós-Doutor em Direito

Prof. Vittorio Olgati
 UNIMC, Itália – Doutor em Direito
 Profª Mara Vidigal Darcanchy
 UNINOVE, SP – Doutora em Direito
 Profª Barbara Silva Costa
 ESADE – Mestre em Direito
 Prof. Artur Stamford da Silva
 UFPE, PE – Doutor em Direito
 Profª Danielle Annoni
 UFSC, SC – Doutora em Direito
 Prof. Wálber Araújo Carneiro
 UNIFACS, BA – Doutor em Direito
 Prof. Francisco Otaviano Cichero Kury
 FSG – Mestre em Direito

Editores da Revista

Prof. Germano Schwartz, Pós-Dr. Profª Rosemari Pedrotti de Avila, MSc.

E-mail para remessa de artigos: revista.direito@fsg.br

R454 Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha.

– Ano 5, n. 10 (jul./dez.2011) – Caxias do Sul: FSG, 2011.

Semestral

ISSN 1982-1042

I. Direito-periódicos I. Schwartz, Germano (Coord.)

II. Avila, Rosemari Pedrotti de (Coord.)

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Nara Rúbia Paranhos Pinto CRB – 10/1585

Todos os direitos reservados à Faculdade da Serra Gaúcha – FSG

Vedada a reprodução parcial ou total sem citação da fonte.

Os pareceres emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

Arte de capa: Vinicius Sauer Riboldi

Distribuição e divulgação: Biblioteca da FSG

Produção editorial e revisão gráfica: Suliani Editografia

Supervisão editorial: Conselho Editorial

Linha Editorial: Transformação social e direito contemporâneo

Impresso no Brasil

Pede-se permuta / Se solicita canje / On demande échange / Wir bitten um austausch / Si richiede lo scambio

Sumário

DOCTRINA NACIONAL

A preferência do crédito condominial frente ao crédito hipotecário
 The preference of the condominium credit front of mortgage credits..... 9
 Álvaro Borges de Oliveira
 Andréia Cristina Rodrigues Studer
 Adriano Andrade Lacerda

Princípio da proporcionalidade frente à restrição de liberdade e a presunção de inocência
 Principle of proportionality facing the restriction of freedom and the presumption of innocence 23
 André Luis Sanchez

Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica: a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência
 Challenges and advances of the new Civil Procedure Code in front of the persistent legal uncertainty: the urgent need for stabiliztion of jurisprudence..... 45
 Arthur Mendes Lobo
 João Batista de Moraes

domínio pretender ser preferente apenas por possuírem uma garantia real, pois poderia ter efetuado a cobrança em outras oportunidades e não o fez.

De outro norte, é importante salientar que o crédito condominial é um crédito *propter rem*, ou seja, do próprio imóvel, pois a dívida se origina pelos simples fato do imóvel existir numa comunidade condominial.

A manutenção da comunidade depende da participação de todos, assim sendo não há como privilegiar este ou aquele, devendo, portanto, todos os condôminos cumprir suas obrigações sob pena de não o fazendo comprometerem a sobrevivência de todos.

Assim sendo, verifica-se que o crédito condominial diz respeito à manutenção de toda uma comunidade condominial, e não há como se preterir outro crédito em detrimento deste, principalmente porque se refere à própria sobrevivência do condomínio, ou seja, do imóvel.

Referências

- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BODNAR, Zenildo. *Curso objetivo de direito de propriedade*. Curitiba: Juruá, 2004.
- BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Covenants instrumento de garantia em Project finance. In: XXII SEMINÁRIO NACIONAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS. Disponível em: <<http://www.bndespar.com.br/conhecimento/revista/rev1106.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das coisas*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.
- NEDEL, Romeo A. *ULBRA – Direito Civil VII – Coisas*. Disponível em: <http://guaiba.ulbra.tche.br/direito/romeo/dc7_conteudo.rtf>. Acesso em: 15 ago. 2006.
- PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 7. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito das coisas*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. CD-ROM.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.
- _____. *Direito Civil: direitos reais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 16.

Recebido em 12/07/2011. Aprovado em 29/09/2011.

André Luís Sanches*

Princípio da proporcionalidade frente à restrição de liberdade e a presunção de inocência

Resumo: O presente trabalho busca demonstrar que no confronto entre a necessidade da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência deve ser observado o princípio da proporcionalidade a fim de prestar-se uma tutela jurisdicional efetiva. O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito foram apresentados como sendo perfeitamente possíveis de aplicar diante do decreto de uma prisão preventiva. Na ânsia de dar-se uma resposta à sociedade, inclusive por pressões da própria mídia, a cautelar preventiva, quando decretada sem observar seu caráter instrumental, torna-se uma antecipação de pena. Com isso acaba por contrariar o princípio da presunção de inocência.

Palavras-chave: Prisão. Presunção de inocência. Proporcionalidade.

Principle of proportionality facing the restriction of freedom and the presumption of innocence

Abstract: The present report attempts to demonstrate that the confrontation between the preventive prison necessity and the innocence presumption principle must be observed the proportionality principle in order to provide an effective jurisdictional guardianship. The proportionality principle and its subprinciples of adequacy, necessity and proportionality in strict sense were presented as perfectly possible in view of a preventive detention decree. In the eagerness of giving an answer to the society, including media pressure, the preliminary injunction when decreed without observing its instrumental function, becomes an anticipation of punishment that ends up against the innocence presumption principle.

Keywords: Prison. Innocence presumption. Proportionality.

* Bacharel em Direito. Mestre em Direito. Especialista em Direito Processual. Especialista em Docência no Ensino Superior. Professor no Curso de Bacharelado em Direito na FADAP – Faculdade Direito da Alta Paulista de Tupa-SP. Professor nos Cursos de Enfermagem, Nutrição e Educação Física na ESEFAP – Faculdades Esefap – Escola Superior de Educação da Alta Paulista de Tupa-SP. Diretor de Serviço do Fórum da Comarca de Tupá-SP. Avaliador de Cursos / IES do MEC. E-mail: andre.luis.sanches@hotmail.com.

Introdução

A fim de manter-se a paz entre as pessoas, normas permissivas e proibitivas são elaboradas pelo Estado. Aquele que pratica uma conduta em desacordo com as regras preestabelecidas num Estado Democrático de Direito, sofre sanções. Entretanto, para que essas sanções sejam aplicadas, o devido processo legal, com todas as suas peculiaridades, deve ser observado. Acontece que da data do fato tido como criminoso até a manifestação do judiciário, com a prolação da sentença, seja condenatória ou absolutória, pode haver necessidade de tirar o acusado do convívio da sociedade a fim de protegê-la, seja de forma direta (evitando o cometimento de novos crimes) ou de forma indireta (garantir o bom andamento da *persecutio criminis*). O *jus libertatis*, garantido constitucionalmente a todo cidadão, sendo este considerado inocente até que seja proferida uma sentença penal condenatória, é quebrado quando se retira o acusado do convívio da sociedade, encarcerando-o provisoriamente. O princípio da presunção de inocência previsto na Carta Magna, com o decreto de uma prisão provisória, *a priori*, estaria em descompasso.

De um lado estaria a pretensão punitiva do Estado e de outro o *jus libertatis* e a presunção de inocência garantidos constitucionalmente ao acusado. Diante da necessidade de restrição dessa liberdade, com a adoção de medida cautelar, o princípio da proporcionalidade vem de encontro a esse conflito aparente de interesses e direitos, devendo ser sopesado se a medida a ser adotada é adequada e necessária para se atingir o fim desejado.

1 A resposta social e a presunção de inocência

Se o agente pratica um crime, o *jus puniend*, o direito de punir do Estado, sai do abstrato e, após o devido processo legal, passa a ser concreto. De um lado o Estado com o *jus puniend* e do outro o *status libertatis* do indivíduo.

O Estado passa a ter o dever de punir o criminoso, busca-se a atividade jurisdicional, tendo em vista que a atividade administrativa do Estado de punir não é autoexecutável. A punição deve ser precedida de um processo com uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso dá legitimidade à prisão.

Durante esse processo e antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, não há que se falar em réu e sim em suspeito ou acusado, porque esse deve ser tratado como inocente.

No admitir la inocencia del imputado mientras no haya sentencia firme sería tan absurdo como pretender que el demandado civil está obligado a pagar antes de la sentencia que declara con lugar la acción cobratoria en su contra, o que el inquilino estaría obligado a desocupar la casa antes de que el arrendatario haya obtenido sentencia favorable.¹

Em 1789, o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão trazia a presunção de inocência, nestes termos: "Tout homme étant présumé innocent, s'il est jugé indispensable de l'arreter, toute rigueur qui ne serait necessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi".

É possível constatar na exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, ainda em vigor, que o legislador ordinário da época dava uma ênfase na repressão movida pelo Estado em detrimento do interesse individual do "delinquente", ou seja, não via no acusado um sujeito de direitos. Justificando a necessidade de reforma no Código de Processo Penal, assim constou:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.

Posteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 10 de dezembro de 1948, trouxe em seu art. 11.1 disposição tratando da presunção de inocência, nestes termos: "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

Tal preceito também foi inserido no texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência espe-

¹ ROMERO, Cecilia Sánchez. La prisión preventiva em um Estado de Derecho. *Revista de Ciencias Sociales de Costa Rica*, Costa Rica, año 9, n. 14, 1997, p. 66.

cializada Interamericana sobre Direitos Humanos, sendo assim disposto: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Convenção esta ratificada pelo Brasil em 1992 pelo Decreto Legislativo 27 de 26 de maio de 1992 e promulgada pelo Presidente da República através do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992. De acordo com a hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro os tratados internacionais ratificados pelo Brasil passam a ter força de Lei Ordinária. Com a Emenda Constitucional 45/2004 estabeleceu-se um sistema diferenciado de inserção de normas referentes a tratados internacionais quando se tratar de direitos e garantias fundamentais. Nessas situações os tratados que forem ratificados terão força de Emenda Constitucional. O novo parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal vem assim disposto: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Há que se ressaltar que tal norma não retroage para alcançar os tratados ratificados anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004.

Dentre os direitos e garantias fundamentais, chamado de também de “liberdades públicas”,² foi inserido na Carta Magna de 1988 o princípio da presunção de inocência. O art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal vigente dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, trata-se da presunção de inocência.³

² Os direitos fundamentais do homem recebem outras denominações como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem, liberdades fundamentais do indivíduo, direitos do cidadão, direitos constitucionais, direitos históricos, direitos da pessoa. (TAVARES, André Ramos. Liberdades Públicas. In: *Enciclopédia do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1-8). “Por direitos humanos entendo um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11.

³ “No que concerne à natureza jurídica da presunção de inocência, urge destacar o seguinte: do ponto de vista *extrínseco* (formal), destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito *constitucional fundamental*, é dizer, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (art. 5º). Do ponto de vista *intrínseco* (substancial), é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo *probatório*, das *garantias (garantista)* e de *tratamento do acusado*. Cuida-se, por último, como não poderia ser diferente, de uma presunção *iuris tantum*, é dizer, admite prova em sentido contrário.” GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999 p. 108-109.

A garantia não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe principalmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer espécie de equiparação ao culpado.⁴

A princípio, poderia imaginar estar diante de um *contra sensu*, pois com a prisão preventiva restringe-se a liberdade do acusado sem uma sentença penal condenatória transitada em julgado, contrariando a presunção de inocência.

A presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo o qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação da medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental.⁵

Contudo, o princípio da presunção de inocência não impede a adoção de medidas cautelares contra a liberdade do acusado, mas impede somente que lhe seja aplicada uma pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Antonio Magalhães Gomes Filho salienta que

[...] em princípio, a restrição da liberdade em caráter cautelar instrumental não é incompatível com a afirmação da presunção de inocência, uma vez que não é imposta como antecipação da punição, embora em determinados casos possa sugerir certa identificação entre as qualificações de acusado e culpado, na medida em que o temor de que o réu crie obstáculos à colheita de provas pode indicar que já não é considerado inocente.⁶

Roberto Delmanto Junior leciona que

diante do primado da *presunção de inocência*, que abrange em matéria probatória o *in dubio pro reo* e, em matéria de prisão cautelar, o *in dubio pro libertate*, se houver qualquer dúvida quanto à *existência do crime* ou se inexistir *indício suficiente acerca de sua autoria*, não só a prisão preventiva, como também qualquer outra modalidade de prisão provisória serão ilegais.⁷

Quanto ao encarceramento do acusado a fim de se resguardar a aplicação da lei penal, Gomes Filho coloca que

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e presunção de inocência. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, Fabris, ano 5, v. 5, n. 1, jan./fev./mar. 1992, p. 17-27.

⁵ Idem, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 43.

⁶ Idem, *ibidem*, p. 70.

⁷ DELMANTO JUNIOR, Roberto, *op. cit.*, p. 145.

a imposição do encarceramento a título de cautela dirigida a assegurar um dos possíveis resultados do processo não ofende, pelo menos em princípio, a presunção de inocência”, e justifica, “porque na hipótese não se parte de uma equiparação entre a situação do acusado e do culpado (também o inocente pode fugir para evitar uma condenação injusta) e, de qualquer modo, não se trata de uma função essencialmente punitiva.”⁸

Dada a importância do instituto da presunção de inocência, Delmanto Junior, leciona que “o direito à presunção de inocência, portanto, afigura-se com uma pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, abrangendo, como referido, não só questão do ônus da prova, mas também a inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição do acusado”, e vai além na sua exposição ressaltando a necessidade de garantia do acusado “do direito ao resguardo de sua imagem, ao silêncio que não importa em admissão de culpa, a local condigno que lhe seja destinado na sala de audiências ou no plenário do júri, ao não uso de algemas, salvo casos excepcionalíssimos e, por fim, à cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória”.⁹

Discorrendo sobre a presunção de inocência e a prisão preventiva em Portugal, Germano Marques da Silva, afirma que:

Há uma pelo menos aparente contradição entre o princípio de que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação e a sujeição a medidas de coacção e de garantia patrimonial antes da sua condenação. A Constituição, porém, admite-as, mormente a mais grave de todas, a prisão preventiva, em razão da necessidade dessas medidas para realização dos fins do processo penal. Esta admissibilidade de aplicação ao arguido de medidas de coacção e de garantia patrimonial representa uma limitação legal da garantia da presunção de inocência.¹⁰

Urge destacar que o acusado não pode ser considerado objeto do processo, e sim um sujeito de direitos que faz parte da relação jurídico-processual. Somente após o devido processo legal, observadas todas as garantias constitucionais, como uma sentença penal condenatória, pode com o trânsito em julgado, ser considerado culpado.

Em geral a prisão preventiva não fere a presunção de inocência, exceto nos casos de prisão preventiva obrigatória se restabelecida.

2 Aspectos do devido processo legal na prisão preventiva

A prisão processual não fere a presunção de inocência. Deve ser respeitado outro aspecto relevante, o do *due process of law*, pois a Constituição Federal de 1988 no seu art. 5º, LIV, expressa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Já em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem trazia em seu art. 14, I, que “toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as garantias por um tribunal competente, independente e imparcial”.

Paulo Napoleão Nogueira da Silva, discorrendo a respeito do devido processo legal, leciona que num sistema *secundum legem*, não pode o juiz conduzir o procedimento judiciário ao seu talento: todos os seus possíveis atos, em resposta aos impulsos das partes, estão previstos em lei.¹¹

Procurando preservar a dignidade humana, o legislador constituinte de 1988 relacionou um rol de garantias a fim de que a persecução penal seja norteada com respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. A exigência da ordem escrita e fundamentada da autoridade para a prisão (inc. LXI), a comunicação à família do preso (inc. LXII), a identificação dos responsáveis pela prisão (inc. LXIV), o direito ao silêncio e à assistência de advogado (inc. LXIII) e outros, fazem parte do rol de garantias do direito à liberdade previstas nos art. 5º da Constituição Federal.

A limitação da liberdade do acusado no curso do inquérito ou do processo penal assinala um ponto de crise no exercício da jurisdição, pois restringe a liberdade antes que a jurisdição penal realize, no caso concreto, a sua função típica de verificação da responsabilidade do acusado. Com o decreto da prisão preventiva, faz-se prevalecer o interesse da coletividade em detrimento do interesse individual.

Embora fazendo parte do devido processo legal, o contraditório garantido constitucionalmente não precisa ser observado antes da decretação da prisão preventiva, mas será observado após tal decisão. Abrindo-se o contraditório entre as partes antes da adoção da medida frustrar-se-ia o fim da cautela, pois o acusado, tomando conhecimento de que contra ele será adotada tal medida, poderá furta-se da execução.

A providência restritiva da liberdade, sendo *ato de surpresa*, não poderia constituir objeto de contraditório, pois, às vezes, no interesse de uma investigação eficaz, as medidas devem ser impostas com rapidez, motivo pelo qual se entendeu mais adequado que os efeitos do contraditório não exercessem qual-

⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 72.

⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto, op. cit., p. 67.

¹⁰ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal* 2 ed. Lisboa, Verbo, 1999, p. 236.

¹¹ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1996. p. 232.

quer espécie de influência no incidente cautelar. Tal não se daria antes da adoção da medida cautelar para não lhe frustrar as finalidades e, inexplicavelmente, nem depois, ficando a contrariedade restrita apenas ao âmbito do processo de conhecimento.¹²

O contraditório deverá ser exercido plenamente após o cumprimento da medida cautelar. Embora não seja o procedimento adotado no direito brasileiro, logo após o cumprimento da medida cautelar prisão preventiva, o acusado deveria ser aberto ao contraditório, com interrogatório perante o juiz que decretou a medida. Se o juiz ainda estiver convencido de que a medida é necessária, mantém a prisão, caso contrário a revoga. Esse é o procedimento adotado na Itália, art. 293 e ss., onde o acusado é interrogado logo após sua prisão, perante o Magistrado, com a participação do Ministério Público e da defesa.¹³

Dentro de um sistema garantista, observado o devido processo legal, o princípio da presunção de inocência é perfeitamente operacionalizado no ordenamento jurídico, excepcionalmente utilizando-se de medidas extremas como a prisão cautelar, potencializando o princípio acima e manejando outro princípio, o da proporcionalidade.

3 Necessidade de solução diante da colisão de direitos pelo princípio da proporcionalidade

O conflito de regras resulta numa antinomia, que para ser resolvida diante do caso concreto, uma deve deixar de ser cumprida, por entender-se que a preterida é a correta ou mais justa. Além dos possíveis conflitos de regras ou normas, surgem os conflitos entre princípios: "As colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro".¹⁴

O conflito pode existir entre regras, entre princípios e entre regras e princípios, devendo neste caso prevalecer o princípio sobre a regra.

As regras são direcionadas a fatos ou uma espécie deles, enquanto que princípios fazem referência direta a valores. Daí se diz que as regras se fundamentam em princípios. Por conseguinte, princípios têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade e abstração do que

¹² CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar*. Curitiba: Juruá, 1977. p. 53.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 55.

¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 56.

a mais geral e abstrata das regras. Os princípios trazem determinações de otimização, ou seja, um mandamento para que sejam cumpridos na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁵

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcusamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamentos de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo posituação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas da Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.¹⁶

Não há de se falar em princípio de caráter absoluto: "o traço distintivo entre regras e princípios por último referido aponta para uma característica desses que é de se destacar: sua relatividade".¹⁷ Os princípios não podem ser vistos como absolutos, o "tudo ou nada", como se dá com as regras.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fáticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fáticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.¹⁸

¹⁵ Idem, *Proposta de teoria fundamental do direito constitucional*. Tese apresentada ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional – da Universidade de São Paulo para Concurso Público para o cargo de Professor Titular em setembro de 2005. p. 15.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 289-290.

¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 57.

¹⁸ ALEXYS, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Tradução Manuel Atienza. México: Distribuciones Fontamara, 1998. p. 12.

Celso Antonio Bandeira de Mello faz uma assertiva referente ao “princípio jurídico” louvável de ratificação. Segundo ele, “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência” e conclui, “exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Sobre a gravidade da violação de um princípio o jurista leciona que “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos os sistemas de comandos”. Sobre a gravidade da não observância de um princípio jurídico, afirma que “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”.¹⁹

Obedecendo a hierarquia normativa, numa ordem decrescente, a Constituição da República vem no ápice como lei maior de um país, em seguida tem-se as Leis Ordinárias Federais vigentes em todo o país. Na mesma linha os Estados possuem suas Constituições e Leis Estaduais e os Municípios suas Leis Orgânicas e Leis Municipais, que não podem contrariar a Lei maior que é a Constituição da República.

No âmbito constitucional não há que falar em hierarquia. As regras ou normas ali contidas são de mesmo nível, entretanto os princípios constitucionais devem sobrepor-se às normas, haja vista que princípios são proposições diretoras de uma ciência, é o preceito primário a ser seguido.

Segundo Hans Kelsen, em sua obra clássica *Teoria Pura do Direito*, discorrendo sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica, acima da Constituição positivada, coloca a “norma hipotética fundamental” sendo o fundamento de validade último que constitui a unidade criadora.²⁰ O autor coloca a “norma hipotética fundamental” no ápice da pirâmide, norma essa não positivada e sim pensada.

No que tange aos princípios, a Constituição da República traz no Título I os princípios fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana. Dentre os direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição vigente, vem previsto o princípio da presunção de inocência, o direito a liberdade de locomoção, este podendo ser restrin-

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 450-451.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 247.

gido somente em casos de prisão em flagrante ou por ordem escrita fundamentada por autoridade judiciária competente.

Diante do choque de regras, o próprio ordenamento jurídico traz regramento para resolver eventual antinomia jurídica. Entretanto, diante da colisão de direitos, envolvendo necessariamente colisão de princípios, sendo estes norteadores do ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade vem como princípio dos princípios.

Willis Santiago Guerra Filho faz distinção no concernente à colisão de regras e colisão de princípios. Quanto aos princípios, a forma de solução de conflitos se dá de maneira diferente dos conflitos de regras, pois na medida em que os princípios não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, “considerados de forma abstrata como se apresentam para nós, no texto constitucional, não entram em choque diretamente, são compatíveis (ou ‘compatibilizáveis’) uns com os outros”. Diante de um conflito, a decisão tomada “sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia”.²¹

Na busca de uma interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, “aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’”, na qual diante do conflito de princípios se respeita mais um dos princípios, desrespeitando o mínimo o outro princípio, “jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’”. Embora não esteja de forma expressa individualizada no ordenamento jurídico vigente, o princípio da proporcionalidade é “uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do ‘Estado Democrático de Direito’, pois se a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos”.²²

Quando se depara com “princípios”, estes se encontram em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores se imaginarmos um ordenamento jurídico, numa escala piramidal, ainda que estes não se subsumam a fatos concretos. Os princípios podem se

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 71-72.

²² Idem, *ibidem*, p. 80-81.

contradizer, o que não significa que perdem sua eficácia ou validade jurídica. É nesse momento de conflito entre princípios que o princípio da proporcionalidade serve de critério para solucionar o conflito, otimiza a medida em que se acata um princípio e desatende o mínimo possível outro princípio.²³

Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores.²⁴

O princípio da proporcionalidade é matéria recente no direito pátrio. Difundido no direito alemão²⁵ e em outros países há mais tempo, vem gradativamente ganhando espaço e aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

É conhecido também como princípio da razoabilidade e apresentado como termos sinônimos (razoabilidade²⁶ e proporcionalidade²⁷).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, discorrendo a respeito da razoabilidade, afirma que esta age “como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele

se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”.²⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, lecionando a respeito do Direito Administrativo, relaciona o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade ao afirmar que “o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar”.²⁹

“A ideia nuclear do princípio da proporcionalidade consiste na garantia de uma ‘justa relação’ (ou ‘justo equilíbrio’) entre as vantagens do fim a atingir e os custos das medidas adoptadas para atingir esse fim.”³⁰

Afeto às questões de constitucionalidade das medidas legislativas e atos administrativos restritivos a direitos e garantias fundamentais do homem, o princípio pode ser perfeitamente aplicado às medidas restritivas de liberdade.

“O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”³¹

Luis Roberto Barroso, ressaltando que a razoabilidade pressupõe equilíbrio e ponderação ao decidir, leciona que “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.³²

Discorrendo a respeito da prisão cautelar, Antonio Manuel de Almeida Costa expõe que

[...] a regra terá, por isso, de consistir no respeito pela liberdade do arguido, devendo o seu funcionamento subordinar-se a uma “apertada” compreensão dos critérios da necessidade, da proporcionalidade e da menor intervenção possível. Este último adquire, aliás, especial importância na órbita da prisão preventiva, onde integra o conteúdo do chamado princípio da subsidiariedade segundo o qual a detenção só pode ocorrer quando as restantes medidas de coação se mostrem, em concreto, inadequadas ou insuficientes.³³

²³ Idem, ibidem, p. 104.

²⁴ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Tradução Manuel Atienza. México: Distribuciones Fontamara, 1998. p. 14.

²⁵ “La privación de libertad debe someterse al principio de proporcionalidad, que tiene valor constitucional, y al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que tiene fuerza de ley”. MARTY, Mireille Delmas. *Procesos Penales de Europa*. Trad. Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: Editorial Edijus, 2000. p. 130.

²⁶ Razão – Faculdade de avaliar, julgar, ponderar ideais universais; raciocínio, juízo. Faculdade de estabelecer relações lógicas, de raciocínio, inteligência. Bom senso; prudência. A lei moral. O direito natural. Causa, motivo. Relação entre grandezas da mesma espécie. RAZOÁVEL – Conforme a razão. Moderado, comedido. Sensato, ponderado. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio do século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 582.

²⁷ Proporção – Relação entre coisas; comparação. Dimensão, extensão. Disposição regular, harmônica; simetria. Conformidade, identidade. Igualdade entre duas razões. PROPORCIONAL – Disposto regularmente. Relativo a proporção. Diz-se de uma variável cujo quociente por outra é constante. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *op. cit.*, p. 562

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 37-40.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 72.

³⁰ SOUZA, António Francisco. Actuação Policial e princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público*, ano 19, n. 76, out./dez. 1998, p. 44.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 219.

³² Idem, ibidem, p. 219.

³³ ALMEIDA COSTA, Antonio Manuel de. Alguns princípios para um direito e processo penais europeus. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, fascículo 2, abril-junho, Lisboa, 1994, p. 212.

O princípio da proporcionalidade é integrado por três subprincípios, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

“Pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”³⁴

A ideia de proporcionalidade está ínsito no pensamento jurídico de Miguel Reale ao afirmar que o fato é valorado, mas jamais se converte em valor, e acentua que “na medida em que o fato se correlaciona a um valor, no âmbito de um processo, essa correlação já possui uma ‘exigência de medida’: é uma funcionalidade que já postula tanto o sentido do enlace como seu alcance e finalidade, visto como, digo eu, o fim não é senão ‘a veste racional do valor enquanto alvo da ação.’”³⁵

3.1 Adequação

A prisão cautelar sacrifica um dos direitos fundamentais do homem garantido constitucionalmente: a liberdade de ir e vir. A prisão preventiva é uma medida amarga, pois tira o agente do convívio da sociedade sem uma sentença penal condenatória.

A Constituição da República promulgada em 05 de outubro de 1998, já no seu preâmbulo trata o direito de liberdade como um princípio, nestes termos: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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...” (grifo nosso). Ratificado em seu artigo 5º, *caput*, erigido à categoria de direito fundamental do cidadão, *in verbis*: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” (grifo nosso).

O princípio da proporcionalidade³⁶ propicia ao juiz que diante de um caso concreto verifique se, além dos requisitos legais, a prisão preventiva é

a medida mais adequada ao caso, ou seja, se o meio utilizado é a melhor maneira de se atingir o fim. “Mais do que a mera relação lógica entre meios e fins, e além da adoção da ‘alternativa menos gravosa’, o princípio da proporcionalidade tem sido o parâmetro para avaliar o cabimento de uma medida restritiva de direito.”³⁷ Deve o magistrado verificar se não existe outra medida menos gravosa ao acusado, que possa alcançar o mesmo fim colimado.

“La idoneidad está referida a la consideración de que la prisión preventiva resulte el medio idóneo para contrarrestar en forma razonable el peligro que se trata de evitar.”³⁸

Suzana de Toledo Barros, a respeito da adequação, leciona que

[...] o juiz, por ocasião do controle de uma medida legislativa com repercussão na esfera de liberdade do cidadão, em um primeiro passo procura deduzir a razão de tal intervenção. Desde que tal fim esteja contido entre aqueles que a legitimam, ou, em outras palavras, desde que esteja o legislador autorizado a proceder a restrições naquela situação, deve o magistrado examinar se a medida restritiva é apta a atingir o fim pretendido.³⁹

A medida é adequada diante da inexistência de outro meio para atingir o fim almejado quando se decreta a prisão preventiva para garantir a ordem pública ou por conveniência da instrução criminal.

3.2 Necessidade

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade faz com que se analise se o cerceamento do acusado do convívio da sociedade é realmente necessário ou indispensável.

“O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”⁴⁰

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 28.

³⁵ MIGUEL, Reale. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 95-96.

³⁶ No direito alemão são utilizados os termos *principio da proporcionalidade, proibição de excesso ou vedação de excesso*; já no direito norte-americano é utilizada a terminologia *principio da razoabilidade*.

³⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. In: *Temas de direito penal econômico* (Org. Roberto Podval). São Paulo: RT, 2000. p. 290.

³⁸ ROMERO, Cecilia Sánchez, op. cit., p. 67.

³⁹ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 77.

⁴⁰ Idem. *ibidem*, n. 79.

“É a escolha do meio menos pernicioso aos interesses constitucionalmente tutelados. Seria a máxima ‘dos males, o menor’, pois, através desse elemento, se busca a menor ingerência nos direitos fundamentais.”⁴¹

Pode-se afirmar que o princípio da necessidade traz implícito o da adequação. Por conseguinte, é necessário o que é adequado.

Barros traz em sua obra a fórmula de Robert Alexy, segundo a qual para a consecução de um fim F, exigido por um direito D1, existem, pelo menos, dois meios, M1 e M2, que são igualmente adequados para promover F, M2 afeta menos intensamente o titular de D1, já que M1 restringe um outro direito seu D2. Para atingir F e realizar D1 é indiferente que se eleja M1 ou M2, mas para o titular dos direitos D1 e D2 só M2 é exigível.⁴²

A prisão é medida que deve ser adotada como última opção. Todas as possibilidades devem ser analisadas, a relação *meio-fim* deve estar presente para justificar a adoção da medida.

En relación con el de necesidad se ha señalado la importancia de que la prisión preventiva sea la última ratio, y por ello contribuye a la búsqueda de medios alternativos que posibiliten sus fines y signifiquen una considerable menor intervención en el derecho fundamental a la libertad.⁴³

A prisão preventiva torna-se necessária se o acusado der indícios de que pretende furtar-se a cumprir eventual pena a ser aplicada. Sendo assim, a sua permanência em liberdade até a decisão final tornar-se-á inviável.

3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Por vezes um juízo de adequação e necessidade não basta para fazer-se a devida justiça. Pode acontecer, diante de um caso concreto, depois de analisar o meio mais adequado, indispensável para atingir um determinado fim, de se deparar com dois bens jurídicos de importâncias equivalentes. Seria a colisão de direitos.

No momento da decretação da medida restritiva da liberdade, há que se verificar qual bem jurídico, a liberdade do acusado e a proteção da sociedade, deve se sobrepor ao outro. O magistrado deve observar o ônus imposto e o benefício trazido para constatar se é justificável a interferência na esfera de um dos direitos fundamentais do homem, a liberdade.

⁴¹ VALESCHKA E SILVA BRAGA. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 87.

⁴² ALEXY, Robert apud BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 80-81.

⁴³ ROMERO. Cecilia Sánchez. op. cit., p. 67.

A proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com “sopesamento” (*Abwägung*) de sua recíproca adequação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade, e, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar que se beneficie demasiadamente um em detrimento do outro.⁴⁴

Segundo Odone Sanguiné, no direito espanhol “o princípio constitucional da proporcionalidade funciona como pressuposto, critério ponderativo e limite da prisão provisória”. Ainda segundo o autor, “A reiterada jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol reconhece o critério da proporcionalidade como princípio inerente do Estado de Direito e como parâmetro de constitucionalidade da prisão preventiva, inclusive quando fundada em motivos legítimos”.⁴⁵

Na Alemanha, de acordo com o § 112 StPO, a prisão provisória não pode ser decretada quando houver uma desproporção entre a importância da infração e a pena ou a medida de segurança que poderia ser imposta. Tendo o princípio da proporcionalidade valor constitucional, exige-se que o juiz não perca de vista a finalidade da prisão provisória, a gravidade da infração, a culpabilidade do acusado e ainda o clamor da opinião pública, que não suporta ver um criminoso em liberdade.⁴⁶

O princípio da proporcionalidade é aceito em Portugal, como pode ser constatado nas palavras de Germano Marques da Silva: “a lei admite a aplicação ao arguido de certas medidas cautelares restritivas dos seus direitos fundamentais, medidas que formulam em abstracto, ponderando também em abstracto da sua adequação, necessidade e proporcionalidade...”. “Em cada caso é preciso que a medida se mostre objectivamente idônea para assegurar a finalidade para que a lei a permite, mas é preciso também que ela se mostre necessária para realizar esse mesmo fim”.⁴⁷

Não é razoável adotar-se uma medida privativa de liberdade se a restrição à liberdade é desproporcional ao bem protegido. Levando em conta que ao final do processo a pena a ser imposta será menos grave. Exemplificando teríamos os crimes de menor potencial ofensivo, as contravenções, os crimes apenados com detenção, os delitos culposos.

⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., p. 28.

⁴⁵ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 107, out. 2001, p. 31.

⁴⁶ MARTY, Mireille Delmas. *Procesos Penales de Europa*. Trad. Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: Edijus, 2000. p. 142.

⁴⁷ SILVA, Germano Marques da, op. cit., p. 234-235.

Referências

- ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Tradução Manuel Atienza. México: Distribuciones Fontamara, 1998.
- ALMEIDA COSTA, Antonio Manuel de. Alguns princípios para um direito e processo penais europeus. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 4, fasc. 2, abr./jun. 1994.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar*. Curitiba: Juruá, 1977.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio do século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e presunção de inocência. In: *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, Fabris, ano 5, v. 5, n. 1, jan./fev./mar. 1992, p. 17-27.
- _____. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- _____. *Proposta de teoria fundamental do Direito Constitucional*. Tese apresentada ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional – da Universidade de São Paulo para Concurso Público para o cargo de Professor Titular em setembro de 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000.
- MARTY, Mireille Delmas. *Procesos Penales de Europa*. Trad. Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: Editorial Edijus, 2000.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROMERO, Cecilia Sánchez. La prisión preventiva em um Estado de Derecho. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, Costa Rica, año 9, n. 14, 1997.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 107, out. 2001.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1999.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1996.

SOUZA, Antônio Francisco. Actuação Policial e princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público*, ano 19, n. 76, out./dez. 1998.

TAVARES, André Ramos. Liberdades Públicas. In: *Enciclopédia do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VALESCHKA E SILVA BRAGA. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

Recebido em 14/07/2011. Aprovado em 03/10/2011.