

PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO

**As medidas cautelares pessoais diversas da prisão
à luz da proporcionalidade**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr.
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2015

PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO

**As medidas cautelares pessoais diversas da prisão
à luz da proporcionalidade**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Associado Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2015**

Dedico o presente trabalho “*àqueles que me inspiraram a trilhar este caminho, mas que provavelmente jamais o lerão*”¹:

Aos meus pais, Marcos e Márcia, pelas razões óbvias que todo filho deveria ser grato à pais como os meus,² de incomensuráveis qualidades;

A Tainá, minha irmã, por acreditar e me encorajar a percorrer esta trajetória, que jamais havia imaginado; e

A Camila, minha mulher, pelo companheirismo e paciência em me acompanhar neste percurso.

¹Autor desconhecido.

²Embora não se tenha notícias de que exista pais como os meus.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, pela confiança em mim depositada, pela paciência e pelo acolhimento.

O Mestrado é muito mais que a elaboração da dissertação; as aulas, o contato com professores tão qualificados, prestativos e apaixonados pelo que fazem tornam o período acadêmico uma vivência realmente instigante e enriquecedora, e, por isso, agradeço também aos professores Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes.

Ademais, um agradecimento sincero à todos aqueles que de alguma forma contribuíram para meus estudos e para a elaboração do presente trabalho.

Embora não seja aconselhável nomeá-los, sob risco de omitir-se alguém, não poderia deixar de mencionar algumas pessoas.

Andrey Borges, Antonio Tovo, Conrado Gontijo, Daniel Zaclis, Fernanda Vilares, Nathalia Rocha, Renato Marinho e Ricardo Sidi; por tornar esta temporada em São Paulo um período agradável e pela amizade, que, com certeza, perpassa as cadeiras universitárias.

Marcela Caldas Villas Boas de Carvalho, pelo sempre prestigioso auxílio com textos de difícil acesso; e Getúlio Humberto Barbosa de Sá e Inácio Bento de Loyola Alencastro, pelo incentivo e apoio que sempre deram.

A todos, minha gratidão.

RESUMO

A introdução de novas medidas cautelares de caráter pessoal em nosso sistema processual penal, diversas da prisão, traz a necessidade da exegese do princípio da proporcionalidade em cotejo com nosso sistema de garantias. Somente a fixação adequada de medidas assecuratórias, em detrimento da liberdade face ao princípio da presunção de inocência, pode tornar harmônico o ordenamento jurídico que equilibra, na balança, direitos e garantias individuais *versus* poder punitivo estatal, quando ainda na jornada processual. O estudo da legislação, doutrina, direito estrangeiro e jurisprudência complementam uns aos outros, possibilitando uma visão ampla e eclética do assunto.

ABSTRACT

The introduction of new precautionary measures of personal character in our criminal justice system, different from prison, brings the need to analyze the proportionality principle in collation with our system of guarantees. Only the proper mounting of precautionary measures, at the expense of freedom and the presumption of innocence, can make the legal system harmonic, in balance individual rights and guarantees versus state punitive power, while still in procedural journey. The study of law, doctrine, foreign law and jurisprudence complement each other, enabling a wide and eclectic view of the subject .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	013
1 CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A PROPORCIONALIDADE	019
1.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	019
1.2 FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR.....	024
1.3 REQUISITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS	029
1.3.1 Princípio da Legalidade.....	031
1.3.2 <i>Fumus Commissi Delicti</i> : materialidade e autoria	033
1.3.2.1 <i>Requisitos Negativos: ausência das excludentes de ilicitude ou de culpabilidade</i>	<i>035</i>
1.3.3 <i>Periculum Libertatis</i>	036
1.3.3.1 <i>Requisitos Positivos Específicos do Periculum Libertatis</i>	<i>038</i>
1.3.3.1.1 Garantia da ordem pública	038
1.3.3.1.2 Garantia da ordem econômica.....	041
1.3.3.1.3 Conveniência da instrução criminal.....	042
1.3.3.1.4 Assegurar aplicação da lei penal.....	043
1.4 CONDIÇÃO MÍNIMA DE ADMISSIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO: Previsão de pena privativa de liberdade.....	044
1.5 PROPORCIONALIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS.....	045
1.5.1 Breves Considerações Apriorísticas: adotando a Teoria Externa de Robert Alexy.....	045
1.5.2 Pressupostos e Requisitos da Proporcionalidade	052
1.5.2.1 <i>Pressupostos da Legalidade e da Justificação Constitucional</i>	<i>052</i>
1.5.2.2 <i>Requisitos da Judicialidade e da Motivação</i>	<i>053</i>

1.5.2.3	<i>Requisito da Adequação.....</i>	<i>055</i>
1.5.2.4	<i>Requisito da Necessidade.....</i>	<i>057</i>
1.5.2.5	<i>Requisito da Proporcionalidade em Sentido Estrito.....</i>	<i>059</i>
2	MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO E SUA RELAÇÃO COM A PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMPARADO	062
2.1	SISTEMA PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS	063
2.1.1	Princípios Aplicáveis às Medidas de Coação	064
2.1.1.1	<i>Princípio da Legalidade.....</i>	<i>064</i>
2.1.1.2	<i>Princípios da Necessidade, Adequação e da Proporcionalidade</i>	<i>066</i>
2.1.1.3	<i>Princípio da Precariedade: dos prazos máximos de duração das medidas de coação.....</i>	<i>067</i>
2.1.2	Requisitos e Procedimento para Aplicação da Medida Cautelar Pessoal	070
2.1.2.1	<i>Fuga ou Perigo de Fuga.....</i>	<i>072</i>
2.1.2.2	<i>Perigo de Deturpação do Decurso do Inquérito ou da Instrução do Processo.....</i>	<i>072</i>
2.1.2.3	<i>Perigo, em Razão da Natureza e Circunstâncias do Crime ou da Personalidade do Arguido, de que este Continue a Actividade Criminosa ou Perturbe Gravemente a Ordem e a Tranquilidade Públicas.....</i>	<i>073</i>
2.1.2.4	<i>Requerimento do Ministério Público</i>	<i>074</i>
2.1.2.5	<i>Prévia Audição do Arguido.....</i>	<i>075</i>
2.1.3	Medidas de Coação em Espécie: panorama geral e critérios de Escolha	076
2.2	SISTEMA PROCESSUAL PENAL ITALIANO.....	085
2.2.1	Princípios Aplicáveis às Medidas Cautelares	086
2.2.1.1	<i>Princípio da Legalidade.....</i>	<i>086</i>
2.2.1.2	<i>Princípios da Necessidade, Adequação e Proporcionalidade</i>	<i>088</i>

2.2.2	Requisitos e Procedimento para Aplicação da Medida Cautelar Pessoal	091
2.2.2.1	<i>L'inquinamento Delle Prove</i>	093
2.2.2.2	<i>Il Pericolo di Fuga.....</i>	094
2.2.2.3	<i>La Pericolosità Social.....</i>	095
2.2.2.4	<i>Requerimento do Ministério Público.....</i>	096
2.2.2.5	<i>O Interrogatório de Garantia</i>	098
2.2.3	Medidas Cautelares Pessoais em Espécie.....	100
2.2.4	Revogação, Substituição e Modificação das Medidas Cautelares Pessoais.....	105
3	MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO NO BRASIL.....	109
3.1	BREVE HISTÓRICO	109
3.2	A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE ESCOLHA E A QUESTÃO DA TAXATIVIDADE	116
3.2.1	Hermenêutica das Normas de Processo Penal: a interpretação da lei ...	121
3.2.1.1	<i>Interpretação das Leis.....</i>	122
3.2.1.1.1	Tipos de Interpretação.....	123
3.2.1.1.1.1	Amplitude das formas interpretativas	126
3.2.2	A Correta Leitura de Alguns Preceitos Legais e a Interpretação Extensiva..	127
3.3	ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/11	130
3.3.1	(I) – Comparecimento Periódico em Juízo, no Prazo e nas Condições Fixadas pelo Juiz, para Informar e Justificar Atividades	131
3.3.2	(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.....	133

3.3.3	(III) – Proibição de Manter Contato com Pessoa Determinada quando, por Circunstâncias Relacionadas ao Fato, Deva o Indiciado ou Acusado dela Permanecer Distante.....	134
3.3.4	(IV) – Proibição de Ausentar-se da Comarca quando a Permanência Seja Conveniente ou Necessária para a Investigação ou Instrução.....	136
3.3.5	(V) – Recolhimento Domiciliar no Período Noturno e nos Dias de Folga quando o Investigado ou Acusado Tenha Residência e Trabalho Fixos.....	138
3.3.6	(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.....	140
3.3.7	(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	144
3.3.8	(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	146
3.3.9	(IX) – Monitoração Eletrônica.....	149
3.3.10	Proibição de Ausentar-se do País.....	153
3.4	MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO EM LEIS ESPARSAS E SUA APLICAÇÃO À LUZ DA PROPORCIONALIDADE.....	153
3.4.1	Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97)	154
3.4.2	Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).....	156
3.4.2.1	<i>(I) Suspensão da Posse ou Restrição do Porte de Armas, com Comunicação ao Órgão Competente, nos Termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.....</i>	<i>158</i>

3.4.2.2	<i>(II) Afastamento do Lar, Domicílio ou Local de Convivência com a Ofendida.....</i>	<i>159</i>
3.4.2.3	<i>(III) Proibição de Determinadas Condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.....</i>	<i>161</i>
3.4.3	Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)	161
4	O FUTURO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO NO BRASIL À LUZ DA PROPORCIONALIDADE.....	164
4.1	PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156/09	166
4.1.1	Hipóteses de Cabimento	167
4.1.2	Da Fixação do Prazo Máximo de Duração das Medidas.....	169
4.1.3	Rol e Taxatividade das Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão.....	172
4.1.3.1	<i>Fiança</i>	<i>173</i>
4.1.3.2	<i>Recolhimento Domiciliar</i>	<i>178</i>
4.1.3.3	<i>Monitoramento Eletrônico.....</i>	<i>179</i>
4.1.3.4	<i>Suspensão do Exercício de Função Pública, Profissão ou Atividade Econômica.....</i>	<i>180</i>
4.1.3.5	<i>Suspensão de Atividades de Pessoa Jurídica.....</i>	<i>180</i>
4.1.3.6	<i>Suspensão do Poder Familiar.....</i>	<i>182</i>
4.1.3.7	<i>Bloqueio de Endereço Eletrônico na Internet.....</i>	<i>183</i>
4.1.3.8	<i>Demais Medidas.....</i>	<i>184</i>
4.1.4	Resolução de Questões Doutrinárias e Jurisprudencialmente Postas....	186
4.1.4.1	<i>Detração.....</i>	<i>186</i>

4.1.4.2	<i>A Fundamentação na Fixação das Medidas Cautelares Pessoais</i>	<i>188</i>
4.1.4.3	<i>A Vedação de Aplicação de Medida Cautelar que Seja Mais Grave do que a Pena Decorrente de Eventual Condenação</i>	<i>190</i>
5	ESTUDO JURISPRUDENCIAL DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	193
5.1	METODOLOGIA DE PESQUISA.....	194
5.2	ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	197
5.3	Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	209
5.4	Comparativo Entre as Instâncias Extraordinárias.....	217
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	220
	REFERÊNCIAS	222