

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS PRISÕES CAUTELARES

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN PRECAUTIONARY PRISONS

GOMIDES, Saulo Moreira ¹
CANEDO, Paula Fernandes Teixeira²

RESUMO

Este artigo tem o intuito de verificar os aspectos gerais da prisão cautelar e suas modalidades. Ainda visa analisar em que consiste o princípio da proporcionalidade, seus objetivos, como deveria ser realizada a sua aplicação, a sua relação com as prisões cautelares, bem como a sua inobservância em casos concretos e, por fim, delinear as possíveis soluções para atender os objetivos desse princípio, destacando –se, entre elas, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Para isso foi realizada uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se artigos científicos, livros, legislação, teses e sites de buscas como Scielo e Google Acadêmico. Assim, restou demonstrada a existência das seguintes modalidades de prisão cautelar: a temporária, a preventiva e a prisão em flagrante. Todavia, verificou-se muitas vezes são aplicadas de maneira arbitrária aos casos concretos, não observando o princípio da proporcionalidade, resultando na violação de inúmeros direitos fundamentais, devendo-se buscar, então, outras medidas para se alcançar o mesmo fim pretendido, principalmente, as medidas cautelares diversas da prisão previstas do artigo 319 da Lei nº 12.403 de 2011. Destarte, a pesquisa se revela essencial ao agente da segurança pública, já que este é responsável por uma série de diligências acerca da autoria e materialidade do crime, possibilitando aprofundar seus conhecimentos sobre a adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da aplicação das prisões cautelares, evitando suposições arbitrárias e cumprindo o princípio da liberdade e da presunção de inocência, além de proporcionar uma reflexão sobre as soluções apresentadas por meio da análise doutrinária.

Palavras-chave: Princípio. Proporcionalidade. Prisão cautelar. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This article intends to verify the general aspects of the precautionary prison and its modalities. It also aims at analyzing the principle of proportionality, its objectives, how its implementation should be carried out, its relationship with the precautionary prisons, and its failure to comply with concrete cases and, finally, to outline possible solutions to meet the of this principle, with particular reference to the application of precautionary measures other than imprisonment. For this, a bibliographic research was carried out, using scientific articles, books, legislation, theses and search sites such as Scielo and Google Scholar. Thus, the following forms of pre-trial detention have been demonstrated: temporary, preventive and arrest in flagrante. However, it has often been found that they are applied arbitrarily to specific cases, failing to observe the principle of proportionality, resulting in the infringement of numerous fundamental rights, and other measures must therefore be sought to achieve the same objective, the precautionary measures different from the prison provided for in article 319 of Law No. 12,403 of 2011. Therefore, the investigation is essential to the agent of public security, since this is responsible for a series of diligences on the authorship and materiality of the crime, allowing to deepen their knowledge of the adequacy or suitability, necessity and proportionality in the strict sense of the application of the precautionary prisons, avoiding arbitrary assumptions and complying with the principle of freedom and presumption of innocence, in addition to providing a reflection on the solutions presented through doctrinal analysis.

Keywords: Principle. Proportionality. Precautionary Arrests. Fundamental Rights.

¹Aluno do Curso de Formação de Praças do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás - CAPM, saulomg@pm.go.gov.br;

²Professora orientadora: Graduada em Direito pela PUC/GO, Especialista em Direito Processual pela UNAMA, Mestre em Direito pela PUC/GO. E-mail: paulaptf@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho foi desenvolvido com o propósito de abordar aspectos gerais da prisão cautelar e suas modalidades, bem como analisar em que consiste o princípio da proporcionalidade, quais seus objetivos, como deveria ser aplicado, a sua relação com as prisões cautelares, mas principalmente realizar uma análise acerca da sua inobservância em casos concretos e, por fim, as possíveis soluções para atender tal princípio, voltando-se, principalmente, para a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, a prisão cautelar caracteriza-se como uma prisão sem pena, cujo objetivo consiste em garantir que o processo seja eficaz, uma vez que permite manter o bom desempenho das investigações, dos processos ou da futura execução da pena, possuindo, então, natureza meramente processual e não definitiva, já que não advém de uma sentença condenatória.

Por conseguinte, se verifica a importância de estudar as modalidades de prisões cautelares, sendo elas: a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante.

Entretanto, qualquer intervenção estatal na liberdade do cidadão, ao menos em um contexto de Estado Democrático de Direito, deve observar o princípio da proporcionalidade, principalmente quando se trata da aplicação de prisões cautelares, que devido ao seu caráter emergencial pode restringir direitos essenciais para assumir o papel de efeito sedativo da opinião pública, a fim de construir uma falsa noção de “eficiência” e justiça instantânea. Assim objetiva-se realizar uma análise acerca da inobservância da aplicação aos casos concretos do supracitado princípio, o qual se demonstra essencial na busca pela garantia dos direitos fundamentais do homem.

Assim, surge uma série de conflitos entre interesses individuais e coletivos, visto que há divergências nos valores constitucionais ao tentar garantir o respeito ao direito de liberdade e a eficácia da repressão de delitos, logo, se verifica a necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade.

Portanto, este artigo, através de uma pesquisa bibliográfica, com fontes em artigos científicos, livros, legislação, teses e sites de buscas como Scielo e Google Acadêmico, se revela essencial ao agente da segurança pública, a fim de que possibilite aprofundar seus conhecimentos acerca da adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da aplicação das prisões cautelares, com a finalidade de se evitar presunções arbitrárias, atentando-se sempre ao princípio da liberdade e da presunção de inocência.

Dessa forma, o princípio abordado deve ser observado nas intervenções realizadas pela Polícia Militar, vez que o processo criminal tem início com um leque de diligências realizadas pela autoridade policial a fim de obter elementos acerca da autoria e materialidade do crime, os quais são necessários para a aplicação da prisão cautelar.

Diante da problemática abordada, tendo em vista que nem sempre há a observância do princípio da proporcionalidade, para se obter resultados positivos que evitem prisões que contrariem os direitos fundamentais da pessoa humana, é importante verificar que diversas outras medidas poderiam ser aplicadas para se alcançar o mesmo fim pretendido, principalmente, as medidas cautelares diversas da prisão previstas do artigo 319 da Lei nº 12.403 de 2011, sendo, também, de primordial importância o conhecimento dessas alternativas/soluções por parte das autoridades policiais.

3 REVISÃO DE LITERATURA

3.1 ASPECTOS GERAIS DA PRISÃO CAUTELAR

Em nosso ordenamento jurídico aplica-se a prisão de duas formas, sendo elas a prisão pena, oriunda de uma decisão transitada em julgado e a prisão sem pena, a qual possui o objetivo de garantir que o processo seja eficaz, mantendo o bom desempenho das investigações, dos processos ou da futura execução da pena. Então, possui natureza meramente processual, não sendo definitiva e podendo tanto ser decretada quanto cassada a qualquer momento.

Aduz Lopes Jr. (2017) acerca da prisão cautelar que é “de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir. São medidas destinadas à tutela do processo.”

Nesse mesmo sentido, Nucci (2014, p.25) afirma que:

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. A prisão pena advém da imposição de sentença condenatória, com trânsito em julgado. A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio (NUCCI, 2014, p.25).

Assim, a prisão cautelar trata-se de uma prisão sem pena, já que possui caráter auxiliar, cuja finalidade é garantir a correta e eficaz persecução penal. Portanto, antecede o trânsito em julgado nas seguintes modalidades: a) Flagrante; b) Preventiva e c) Temporária.

3.2 MODALIDADES DA PRISÃO CAUTELAR

3.2.1 Prisão temporária

Segundo Tucci (2004), a prisão temporária foi instituída pela Lei nº 7.960 de 1989 e idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação. Tem a “finalidade de encarceramento prévio do indiciado”, para assegurar uma eficaz investigação policial.

Nucci (2014) corrobora esse mesmo entendimento relatando que “a prisão temporária é uma das modalidades de prisão cautelar, de cunho persecutório penal, decretada na fase da investigação criminal, com o objetivo de aprimorá-la, tornando-a eficiente, dentro dos parâmetros constitucionais.”

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, apesar de alguns entenderem como ser pré cautelar, pois ocorre antes do processo penal e somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e devidamente fundamentada, poderá expedir decreto de prisão contra alguém, ou seja, ocorre na fase do inquérito policial, devendo ser decretada pelo juiz a requerimento do MP ou por representação da autoridade policial.

A prisão temporária somente será efetivada após a expedição do mandado judicial e terá duração de cinco dias, prorrogáveis por igual período, em caso de crime comum. E terá duração de 30 dias, também prorrogáveis por igual período, em se tratando de crime hediondo ou equiparado. Não havendo prorrogação, o preso deverá ser posto em liberdade imediatamente, salvo em caso de decretação da prisão preventiva.

Acerca do prazo, Nucci (2014, p.49) relata que:

O prazo é de cinco dias, prorrogáveis por outros cinco, desde que em caso de extrema e comprovada necessidade. Sabe-se, entretanto, não ser a prorrogação, na prática, inspirada por tais requisitos. Termina-se prorrogando a temporária em decorrência de singelo pedido da autoridade policial, que nem mesmo o fundamenta (NUCCI, 2014, p. 49).

Importante frisar ainda que, a diferença de prazo entre os tipos de crime está fundada em uma provável complexidade dos crimes hediondos ou equiparada. Há quem entenda que essa diferença fere o princípio da proporcionalidade.

O art. 1º, incisos I ao III, da Lei 7.960/1989, dispõe sobre as hipóteses de cabimento da prisão temporária. Vejamos:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (BRASIL, 1989)

3.1.2 Prisão preventiva

Leciona Nucci (2014) que “denomina-se prisão preventiva a medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no tocante à instrução, seja referente a segurança pública e aplicação concreta da lei penal.”

Dessa forma, é uma medida cautelar de restrição da liberdade do indiciado ou réu, o que vai depender do momento da decretação, já que poderá ser decretada pelo Juiz em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, por razões de necessidade, desde que obedecidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo penal, os quais são “ a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Conforme as lições de Marques (1965), a preventiva possui quatro pressupostos, quais sejam: a natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com as contravenções penais); a probabilidade de condenação (*fumus comissi delicti*); o perigo na demora (*periculum libertatis*); e o controle jurisdicional prévio.

Assim, será decretada a requerimento do Ministério Público ou do querelante, por representação da autoridade policial ou até mesmo pelo juiz, de ofício.

A decisão do juiz que decreta a prisão preventiva deve ser fundamentada. A jurisprudência é no sentido de que cabe *Habeas Corpus* para conceder a liberdade em caso de não fundamentação, não convalidando a decisão a fundamentação posterior.

A apresentação espontânea do acusado não impede a decretação da prisão preventiva, diversamente do ocorre com a prisão em flagrante.

A preventiva pode ser decretada e revogada sempre que for necessário, bastando para tanto a demonstração da presença ou ausência dos seus requisitos.

3.1.3 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é uma medida restritiva de liberdade de quem é surpreendido praticando um ato ilícito ou logo após cometê-lo, podendo ser realizada tanto pelas forças policiais quanto por qualquer cidadão, independentemente de ordem escrita do juiz competente, já que um dos objetivos é o afastamento do perigo atual ou iminente.

Entretanto, de acordo com o artigo 5º, LXV, da Constituição Federal, a ocorrência da prisão deverá ser comunicada imediatamente ao juiz, para que o mesmo possa verificar a sua legalidade. Nos casos em que se comprovar que não há legalidade, ocorrerá o relaxamento.

Assim leciona Nucci (2014, p.54):

A prisão em flagrante , autorizada pela Constituição Federal (art.5º, LXI), é uma modalidade de medida cautelar de segregação provisória do autor de fato criminoso, de natureza administrativa, inicialmente, podendo ser realizada por qualquer pessoa do povo ou por agentes policiais. No caso de atuação de particulares, cuida-se do flagrante facultativo; quando efetivado por policiais, trata-se do flagrante obrigatório (NUCCI, 2014, p.54).

Assim, a prisão em flagrante possui as seguintes finalidades: a) Evitar a fuga do agente; b) Evitar consumação do crime; c) Levantar elementos indiciários que vão propiciar a futura deflagração do processo.

De acordo com os doutrinadores Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves, a prisão em flagrante pode ter uma breve duração. Vejamos:

Aliás, após o advento da Lei n. 12.403/2011, a prisão decorrente do flagrante passou a ter brevíssima duração, pois o delegado enviará ao juiz cópia do auto em até 24 horas após a prisão, e este, imediatamente, deverá convertê-la em preventiva ou conceder liberdade provisória (REIS; GONÇALVES, 2012, p. 357).

Portanto, após efetuada a prisão em flagrante, a informação sobre a realização desse ato deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Caso o acusado, em 24 horas após a prisão ainda não houver constituído advogado, será encaminhada uma cópia do Auto de Prisão em Flagrante à Defensoria Pública.

As situações de flagrância estão previstas do artigo 302 do Código de Processo Penal, sendo elas:

- flagrante próprio ou real, ou propriamente ditto, em que o indivíduo é surpreendido cometendo o delito, praticando os atos executórios (I). Ainda permanece em flagrante próprio, aquele que acaba de cometer a infração penal, sendo que acabou de cometer os atos executórios, porém não deixou o local (II);
- impróprio, irreal ou quase flagrante: aquele em que o infrator é perseguido e logo após a prática da infração da penal, havendo êxito será capturado em circunstâncias a partir das quais se presume que ele é o responsável pelo crime (III). Essa perseguição

deve ser continua para sua validade, e não há prazo de duração, além de não exigir contato visual;

- presumido, ficto ou assimilado: aquele em que o indivíduo é encontrado logo depois da prática do delito, com objetos, armas, ou papéis que leve a crer sua responsabilidade pela prática do delito (IV). (BRASIL, 1941)

3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PRISÕES CAUTELARES

Segundo Barros (2003), o princípio da proporcionalidade teve origem com a “evolução do Estado de Polícia para o Estado de Direito”, na medida em que era necessário regular o “poder de coação do monarca”, denominado *poder de polícia*, o qual se demonstrava ilimitado.

O princípio da proporcionalidade está diretamente relacionado, dentre outros, com o princípio do *favor rei*, implícito no processo penal constitucional, o qual dispõe que em caso de dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Isso não apenas em sede de decisão definitiva no processo, mas também em sede de medidas cautelares aplicadas no curso de toda a relação processual.

O princípio da proporcionalidade, embora não previsto expressamente na Constituição Federal, é decorrente do princípio do devido processo legal, e está estritamente relacionado ao princípio da razoabilidade, tendo por objetivo precípuo, proteger as liberdades fundamentais dos cidadãos de atos imoderados e arbitrários estatais (LIMA, 2011).

Conforme expõe Marques (1998, p.37):

A função do processo penal no Estado Democrático de Direito é a assegurar os direitos fundamentais do acusado. O processo é garantia, é instrumento rígido do controle da democracia, pois é por meio de sua condução que se verifica o grau de efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo (MARQUES, 1998, p.37).

Assim, há um ponto crítico entre interesses individuais e interesses coletivos, visto que surge um conflito entre valores constitucionais ao tentar garantir o respeito ao direito de liberdade e a eficácia da repressão de delitos, fazendo com que o Estado deva compatibilizar ou ponderar os direitos fundamentais ao aplicar no caso concreto, essa necessidade pressupõe a utilização do princípio da proporcionalidade, a fim de preservar da

melhor forma os valores constitucionais, atentando-se sempre ao fator principal que é a dignidade da pessoa humana.

Assim entende Lopes Jr. (2017, p.29):

O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz diante do caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá converter-se em uma pena antecipada, expondo-se às consequências de flagrante violação à presunção de inocência (LOPES JR., 2017, p. 29)

Ressalta-se a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade, que visa realizar uma ponderação entre o bem almejado e o que será atingido. Essa ponderação deve ter como parâmetro os bens jurídicos constitucionalmente previstos, os quais são dotados de proteção e que, na medida do possível, devem ser preservados contra a atuação estatal.

A efetiva aplicação do mencionado princípio confere legitimidade ao sacrifício a determinados interesses dos indivíduos, além de assegurar o respeito ao princípio da presunção de inocência.

Portanto, esse princípio possui importante atribuição ao ser aplicado na prisão cautelar, já que essa se trata de intervenção estatal emergencial, resultando em caráter restritivo a direitos essenciais.

Segundo Carnelutti (1950, p.75):

As exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em moeda justiça, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena (CARNELUTTI, 1950, p.75).

Desse modo, a prisão cautelar deve estar associada ao princípio da proporcionalidade, devendo consistir em um mecanismo para a realização do processo ou para salvaguardar seus resultados, e não como medida de punição antecipada. Assim, ao decretar a prisão cautelar, devem-se atentar e reprimir as presunções arbitrárias, as quais se baseiam em juízos meramente hipotéticos, não podendo essa arbitrariedade prevalecer sobre o princípio da liberdade e da presunção de inocência.

O princípio da proporcionalidade possui três subprincípios, sendo eles o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Entretanto, ao analisarmos os casos concretos acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade notamos que este preceito não tem cumprido seu papel, uma vez que deveria visar a proibição do excesso de intervenção e considerar as prisões cautelares como *ultima ratio* em circunstâncias excepcionais em que se considerar estritamente necessárias e adequadas. Porém, a realidade tem se mostrado completamente divergente, visto que acaba se tornando apenas uma cláusula meramente genérica, a qual recorre a um juízo de valor, de ponderação, que propicia um amplo e indevido espaço de arbitrariedade judicial, tornando-se um valor manipulável, ou seja, acaba se prestando a qualquer fim, sendo suficiente uma boa maquiagem argumentativa.

Portanto, segundo o entendimento doutrinário, para se evitar prisões arbitrárias uma solução adequada seria a sua substituição por medidas cautelares diversas da prisão, as quais foram instituídas em 4 de julho de 2011, pela Lei nº 12.403, que reformulou o tratamento legislativo dado à prisão processual e estabeleceu medidas cautelares alternativas de natureza pessoal.

Essa alteração constituiu uma reforma de natureza positiva, ressaltando a essência da constituição brasileira, além de seguir os princípios básicos do processo penal, dentre os quais o da proporcionalidade, que prevê a liberdade como regra e a prisão como exceção.

Mas, sem dúvidas, a maior e principal alteração trazida pela novel lei foi previsão de outras medidas cautelares diversas da restrição de liberdade do agente. Quais sejam:

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. (BRASIL, 2011).

O principal objetivo é a substituição da prisão cautelar pelas medidas alternativas, assim como é feito no contexto do direito penal, trocando-se a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Conforme Nucci (2011):

Trata-se da mesma política de “desprisonalização”, ou seja, conferir ao cárcere, provisório - ou não – para casos realmente importantes. Não se pode banalizar a prisão, mormente no cenário provisório, quando ainda vigora o princípio constitucional da presunção de inocência (NUCCI, 2011).

Convém destacar que, as medidas cautelares, ainda que não acarretem a privação da liberdade, constituem restrições a direitos individuais, logo, não podem ser decretadas sem um embasamento legal.

Por isso, a nova lei acrescentou ao CPP alguns requisitos para a decretação dessas medidas cautelares. Observe-se:

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).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 2011).

Como é possível observar, o legislador passou a exigir expressamente o princípio da proporcionalidade para a decretação das medidas cautelares, de forma que elenca a necessidade e a adequação como requisitos essenciais para sua imposição. Sem deixar de lado também o caráter subsidiário e precário da prisão cautelar, na medida em que só será cabível se não o for nenhuma outra hipótese e que poderá ser revogada a qualquer tempo pelo juiz, depois de verificada sua inutilidade.

Segundo Nucci (2011):

Cada um desses critérios possui três hipóteses alternativas, ou seja, o preenchimento de uma delas já é suficiente. Quanto à necessidade tem-se: para a aplicação da lei penal; para a investigação ou instrução criminal; para evitar a prática de infrações penais. E quanto à adequabilidade divide-se em: gravidade do crime; circunstâncias do fato; e condições pessoais do indiciado ou acusado (NUCCI, 2011).

Assim, uma das maneiras mais evidentes da aplicação do princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro é a utilização das medidas cautelares alternativas à prisão cautelar, devendo esta última ser aplicada apenas nos casos em que a onerosidade social da privação de liberdade possa ser superada pela necessidade de tutela das funções de investigação e do regular e efetivo exercício da jurisdição penal, ou da ordem pública.

Mencion Bonfim (2011) que: “ao estabelecer a imposição das medidas cautelares preferencialmente em relação à prisão temporária e preventiva, demonstra o legislador o intuito de evitar que a prisão antes da condenação definitiva ganhe ares de *definitividade*”

Destarte, aduz Lopes Jr. (2011, p. 29-30) que:

A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção da inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisão cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservada para os casos mais graves (LOPES JR, 2011, p.29-30).

Destarte, a prisão cautelar somente seria decretada se outras medidas cautelares revelassem insatisfatórias, mesmo que aplicadas cumulativamente, devendo o juiz demonstrar possível ineficácia delas nos elementos do caso concreto.

Por fim, pode-se ainda considerar como soluções para a previsão efetiva do princípio da proporcionalidade nas medidas adotadas pelo Estado: não aplicação da prisão cautelar em casos de menor potencial ofensivo, devendo nesses casos valer-se do processo conciliatório da transação penal; não aplicação nos casos de proposta e aceitação da suspensão condicional da pena; nos processos em que as provas produzidas demonstrem, com base no juízo prognóstico, que a pena futura não será a privativa de liberdade, deve o juiz deixar de decretar ou revogar a prisão cautelar.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Considerando a pesquisa doutrinária realizada, Lopes Jr (2017) e Nucci (2014) entendem que em nosso ordenamento jurídico existem duas formas de prisão, a prisão pena que advém da imposição de sentença condenatória transitada em julgado e a prisão cautelar, também conhecida como prisão sem pena ou processual, que é oriunda da necessidade de se obter o normal desenvolvimento do processo, por meio da garantia uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficaz e livre de interferências.

Importante ressaltar que aduzem que a prisão cautelar, por não ser definitiva, pode ser tanto decretada quanto cassada a qualquer momento.

Assim, antecede o trânsito em julgado as seguintes modalidades de prisão: a temporária, a preventiva e em flagrante.

Quanto a prisão temporária, Tucci (2004) e Nucci (2014) expõem que foi instituída pela Lei nº 7.960 de 1989, tendo sido criada para substituir a prisão para averiguação. Dessa forma, possui a finalidade de encarceramento prévio do indiciado, decretada na fase de investigação criminal, a fim de assegurar a sua eficácia.

Assim, verificamos que a prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, apesar de alguns outros doutrinadores a considerar como pré cautelar, já que ocorre na fase de inquérito policial e deve ser decretada pelo juiz a requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial, possuindo duração de cinco dias, prorrogáveis por igual período, e duração de trinta dias, também prorrogáveis por igual período, quando se tratar de crime hediondo.

Ainda de acordo com Nucci (2014), importante ressaltar que essa supracitada prorrogação só será realizada em caso de extrema e comprovada necessidade, no entanto, tais requisitos não são observados na realidade. Essencial frisar ainda que essa diferença de prazos entre os tipos de crime é considerada como contrária ao princípio da proporcionalidade.

As hipóteses de cabimento da prisão temporária estão previstas no art. 1º, incisos I

ao III, da Lei 7.960/1989.

No tocante da prisão preventiva, Nucci (2014) e Marques (1965) lecionam que é uma medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu, sendo que essa denominação vai depender do momento em que for decretada, visto que pode ser determinada pelo juiz em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, por razões de necessidade, a fim de assegurar a finalidade útil do processo, desde que sejam atendidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo eles a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal, contanto que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Corroboram ainda a existência de quatro pressupostos, sendo a observação da natureza da infração, a probabilidade de futura condenação - *fumus comissi delicti*, o perigo na demora - *periculum libertatis* e o controle jurisdicional prévio.

Destarte, será decretada a requerimento do Ministério Público ou do querelante, por representação da autoridade policial ou até mesmo de ofício pelo juiz, de qualquer modo, a decisão deve ser fundamentada, sendo que, conforme entendimento jurisprudencial, em caso de não fundamentação caberá *habeas corpus*, não cabendo convalidação por fundamentos posteriores.

Importante salientar a percepção de que pode ser decretada ou revogada sempre que necessário, sendo suficiente a demonstração do cumprimento ou não dos requisitos.

Encerrando-se as modalidades de prisões cautelares, temos a prisão em flagrante, que de acordo com Nucci (2014) e Reis; Gonçalves (2012) pode ser entendida como uma medida restritiva de liberdade, autorizada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, sendo destinada aquele que é surpreendido praticando o crime ou logo após cometê-lo, podendo ser realizada por qualquer cidadão ou agentes policiais, a fim de que seja afastado perigo atual ou iminente.

Entretanto, de acordo com o artigo 5º, inciso LXV, ainda referente a norma supracitada, a prisão deverá ser comunicada imediatamente ao juiz, sob pena de ilegalidade, caso em que haverá relaxamento.

Os autores dispõem ainda que a prisão em flagrante possui como escopo: evitar a fuga do agente; evitar a consumação do crime; levantar indícios que possibilitarão a futura deflagração do processo criminal. Assim, as finalidades se adequarão as situações de flagrância que se encontram previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal.

Insta salientar, a previsão de que essa modalidade de prisão terá breve duração,

devendo ser enviada para o juiz uma cópia do auto em até 24 horas após a prisão, que deverá convertê-la em preventiva ou conceder a liberdade provisória. Além disso, se o acusado não houver constituído advogado, será encaminhada também uma cópia do auto à Defensoria Pública.

Portanto, a pesquisa aponta que a prisão cautelar, assim como qualquer espécie de prisão, deve estar de acordo com os requisitos legais vigentes, além de possuírem características próprias que deverão ser imprescindivelmente observadas, visto que todos os segmentos do Estado estão submetidos ao dever de obediência e respeito à Lei, na qual se incluem a Constituição da República, as leis, ordinárias e complementarias, e os princípios gerais do Direito.

Adentrando no princípio da proporcionalidade, Barros (2003), Lima (2011) e Marques (1998), esse princípio teve origem com a necessidade de regular o poder de coação do monarca, o qual se demonstrava ilimitado. Esse princípio está associado, dentre outros, ao princípio do *favor rei*, o qual dispõe que em caso de dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado, não apenas em relação a decisão definitiva, como também na aplicação de medidas cautelares presentes no curso de todo processo criminal.

Além da sua associação ao princípio supracitado, ele é decorrente do princípio do devido processo legal, bem como estritamente relacionado com o princípio da razoabilidade, cujo objetivo é garantir a efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo.

Entretanto, de acordo com Nucci (2014) e Carnelutti (1950), há um ponto crítico entre interesses individuais e coletivos, visto que surge uma série de divergências entre os valores constitucionais ao buscar garantir o respeito ao direito de liberdade e a eficácia da repressão de delitos.

Posto isto, o juiz diante do caso concreto deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, ou seja, valorar se o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* são suficientes para justificar a gravidade das consequências do ato e analisar a repreensão jurídica e social que o acusado irá sofrer. Assim, essas precauções exteriorizaram a utilização do princípio da proporcionalidade, com a finalidade de preservar os valores constitucionais, observando-se sempre ao fator principal que é a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade no momento da decretação de quaisquer das modalidades de prisão cautelar, já que se trata de intervenção estatal emergencial, resultando em caráter restritivo a direitos essenciais, não podendo submeter o imputado a condições análogas ao de condenado, tendo em vista que a sua função é assegurar a eficácia do processo criminal e salvaguardar seus resultados, não devendo ser aplicada como uma punição antecipada.

Os autores ressaltam a importância do princípio da proporcionalidade na decretação da prisão cautelar, já que se deve reprimir presunções arbitrárias baseadas em juízos meramente hipotéticos, não podendo esse descomedimento prevalecer sobre o princípio da liberdade e da presunção de inocência, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Todavia, ao analisar os casos concretos acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade, verifica-se que não há observância desse preceito, visto que as prisões cautelares são decretadas de maneira arbitrária, não se atentando aos subprincípios, sendo eles: a adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Os doutrinadores assentem que a prisão cautelar deveria ser utilizada pelo poder estatal como *ultima ratio*, em circunstâncias excepcionais e observados os subprincípios supracitados. Porém, como já exposto, a realidade é completamente oposta, sendo que o princípio em questão acaba se tornando apenas uma cláusula meramente genérica, tornando-se um valor manipulável, ou seja, acaba se prestando a qualquer fim.

Destarte, após uma análise das teses dos autores mencionados, uma solução apresentada para afastar a realização de prisões tendenciosas seria a sua substituição por medidas cautelares diversas da prisão, que foram instituídas em 4 de julho de 2011, pela Lei nº 12.403, estando disposta em seu artigo 319, possibilitando ressaltar a essência dos valores ostentados pela Constituição brasileira, respeitando princípios básicos do processo penal, dentre os quais o da proporcionalidade, que prevê a liberdade como regra e a prisão como exceção.

Importante salientar que o Código de Processo Penal determinou alguns requisitos para a aplicação das medidas cautelares, os quais estão previstos em seu artigo 282, tendo em vista que ainda que não resulte em privação de liberdade, ainda há a restrição a direitos individuais, não podendo ser decretadas sem embasamento legal.

Bonfim (2011) e Lopes Jr. (2011) relatam que em respeito a presunção da inocência, bem como a outros princípios constitucionais, a prisão cautelar deve ser efetivamente decretada como *ultima ratio*, sendo as medidas cautelares diversas da prisão

uma evidente preocupação do legislador em evitar que a prisão antes da condenação definitiva ganhe ares de definitividade.

Por fim, pode-se ainda considerar como soluções para a efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade nas medidas adotadas pelo Estado: a não aplicação da prisão cautelar em casos de menor potencial ofensivo, devendo nesses casos valer-se do processo conciliatório da transação penal; não aplicação nos casos de proposta e aceitação da suspensão condicional da pena; nos processos em que as provas produzidas demonstrem, com base no juízo prognóstico, que a pena futura não será a privativa de liberdade, deve o juiz deixar de decretar ou revogar a prisão cautelar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho proporcionou o alcance de uma compreensão aprofundada no tocante dos aspectos gerais da prisão cautelar e suas modalidades, além de possibilitar uma pesquisa esclarecedora e crítica acerca do princípio da proporcionalidade, visto que foi realizada uma perquirição sobre seu conceito, seus objetivos, sua aplicação, a relação com as prisões cautelares, sua inobservância em casos concretos e, por fim, proporcionou uma análise sobre as soluções apresentadas pela doutrina para atender tal princípio, efetivando o seu cumprimento em situações concretas.

Da pesquisa pode-se extrair a existência de dois tipos de prisão, sendo a prisão pena proveniente de uma decisão transitada em julgado e a prisão sem pena, cujo objetivo consiste em assegurar a eficácia do processo, através do bom desempenho das investigações, dos procedimentos processuais ou da futura execução da pena, conhecida como prisão cautelar ou processual. Esta última é a que aprofundamos nosso estudo e constatamos a existência das seguintes modalidades: temporária, preventiva e em flagrante.

Entretanto, restou demonstrada a existência de um ponto crítico entre interesses individuais e coletivos ao passo em que se decreta a prisão preventiva, visto que surgem conflitos entre os valores constitucionais ao tentar garantir o respeito ao direito de liberdade e a eficácia da repressão de delitos, fazendo com que o Estado deva compatibilizar ou ponderar os direitos fundamentais ao aplicar qualquer medida restritiva de liberdade, e a partir disso surge a necessidade de utilizar o princípio da proporcionalidade, a fim de que sejam resguardados os valores previstos na Carta Magna, em especial a dignidade da pessoa humana.

Logo, ao analisar os casos concretos, verifica-se a inobservância desse princípio, vez que a decretação das prisões cautelares tem demonstrado serem provenientes de presunções arbitrárias e juízos meramente hipotéticos, não atendendo os seus três subprincípios, os quais são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, ao realizar um apanhado dos entedimentos doutrinários, pode-se deduzir uma série de soluções existentes, as quais se demonstrariam eficazes caso fossem efetivamente e rigorosamente aplicadas: substituição da prisão cautelar por medidas cautelares diversas da prisão, as quais foram instituídas em 4 de julho de 2011, pela Lei nº 12.403, estando dispostas em seu artigo 319; não aplicação da prisão cautelar em casos de menor potencial ofensivo, devendo nesses casos valer-se do processo conciliatório da transação penal; não aplicação nos casos de proposta e aceitação da suspensão condicional da pena; nos processos em que as provas produzidas demonstrem, com base no juízo prognóstico, que a pena futura não será a privativa de liberdade, deve o juiz deixar de decretar ou revogar a prisão cautelar.

Como sugestão para pesquisas futuras, indica-se uma investigação mais aprofundada sobre as consequências trazidas ao sistema carcerário acerca da aplicação de prisões arbitrárias sem a efetiva observância do princípio da proporcionalidade, com o desígnio de proporcionar uma visão crítica acerca do verdadeiro papel que a prisão deveria cumprir, que vai muito além da simples punição, possibilitando elaborar e efetivar medidas alternativas que possam alcançar os mesmos fins, mas sem aplicar um princípio constitucional em detrimento do outro.

REFERÊNCIAS

BARROS, S. T. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n.12.403, de 04 de julho de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12403-4-maio-2011-610596-norma-pl.html>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. **Lei da Prisão Temporária**. Brasília, 1989. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7960-21-dezembro-1989-365581-norma-pl.html>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

CARNELUTTI, F. **Leccionessobre el Processo Penal**. Tradução: Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Bosch, v. 2, 1950. 75 p.

LIMA, R. B. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR., A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei nº 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 29-30 p.

LOPES JR., A. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. 29 p.

MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. ed. São Paulo: Bookseller, 1998. 37 p.

NUCCI, G. S. **Prisão e liberdade: as novidades trazidas pela Lei 12.403/2011**. Carta Forense, 2011. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/prisao-e-liberdade-as-novidades-trazidas-pela-lei-124032011/7142>> Acesso em: 12 mar. 2018.

NUCCI, G.S. **Prisão e Liberdade**. 4 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2014. 25 p.

NUCCI, G. S. **Prisão e Liberdade**. 4 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2014. 49 p.

REIS, A. C. A. ; GONÇALVES, V. E. R. Coordenação: Lenza, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. 357 p.

TUCCI, R. L. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.