

## A prisão cautelar e o Princípio da Proporcionalidade

LUIZ CLÁUDIO CARVALHO DE ALMEIDA <sup>(1)</sup>

Muito se tem discutido acerca da constitucionalidade da prisão cautelar, sobretudo frente ao princípio da presunção de inocência (ou estado de inocência <sup>(1)</sup>) insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Isto porque a custódia provisória do indivíduo, prevista pelo ordenamento processual penal vigente acaba por cercear a liberdade individual antes que eventual decisão condenatória definitiva apresente-se apta a elidir a presunção acima mencionada.

O quadro, portanto, refere-se à possibilidade de restrição do direito de liberdade do indivíduo presumidamente inocente.

Para efeito conceitual, o presente trabalho adotará livremente as expressões prisão provisória, prisão cautelar e custódia cautelar como sinônimos designativos da prisão anterior ao decreto condenatório trânsito em julgado.

O ordenamento pátrio prevê cinco hipóteses de prisão cautelar: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente da sentença de pronúncia, a prisão decorrente da sentença penal condenatória sujeita a recurso e a prisão temporária.

A inclusão da prisão decorrente da sentença penal condenatória sujeita a recurso é objeto de discussão entre os doutrinadores, porém adotar-se-á corrente que a entende como espécie de prisão provisória e não como forma de execução provisória da sentença penal condenatória <sup>(2)</sup>.

(1) Para DAMÁSIO DE JESUS a expressão "presunção de inocência" não seria a mais correta, uma vez que "se o acusado não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode também ser presumido inocente" (in *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo, Saraiva, 8ª edição, 1990).

(2) AFRÂNIO DA SILVA JARDIM (*Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 5ª edição, 1995) entende que a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível consiste em verdadeira execução penal provisória, lastreando seu entendimento no disposto pelo art. 669, inciso I, do Código de Processo Penal.

A primeira premissa da qual se deve partir para uma análise da compatibilidade do instituto sob exame com o texto constitucional é a de que a prisão decorrente da sentença condenatória transitada em julgado e as várias formas de custódia cautelar possuem naturezas diversas.

Na prisão provisória não se tem por escopo a aplicação de pena, ou seja, não se faz presente o caráter punitivo-retributivo da sanção penal.

O que se visa é o resguardo do processo, ou melhor, busca-se a efetividade da prestação jurisdicional.

Como é notório, o Estado se vale do processo para o conhecimento do fato submetido à análise para então, após esgotados os meios de prova, dizer o direito aplicável à hipótese submetida a seu crivo.

Para tanto, o tempo é fator indissociável da efetiva prestação jurisdicional.

Por mais célere que venham a ser os mecanismos judiciários, o decurso do tempo poderá influir decisivamente na eficácia da decisão.

E é justamente o plano da eficácia que atribui ao Estado credibilidade de suas decisões, com repercussão, por certo, na segurança jurídica que ele, o Estado, deve resguardar.

Aliás, um dos mais fortes argumentos justificadores da própria existência do Estado é a segurança jurídica.

Assim sendo, surge a necessidade de mecanismos de garantia da efetividade do provimento jurisdicional, paralelamente aos mecanismos de apuração da verdade, atinentes ao processo.

É bem verdade que, em termos práticos, não diferem a prisão definitiva e a custódia cautelar. Ambas mostram-se aptas a cercear o direito de liberdade do indivíduo, sendo que, na grande maioria dos casos, não há uma preocupação no tratamento diferenciado das diversas espécies de presos.

Contudo, tal objeção refere-se mais à não-aplicação correta da lei do que propriamente à constitucionalidade do instituto que ora se discute.

Da mesma forma que a chamada presunção de inocência encontra previsão constitucional (art. 5º, LVII), também a prisão provisória encontra abrigo na Magna Carta.

Estabelece o art. 5º, inciso LXI: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária com-

---

Contudo, a ele se contrapõem ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (*As Nulidades no Processo Penal*, São Paulo, Malheiros, 2ª edição, 1992), os quais refutam a posição adotada por AFRÂNIO DA SILVA JARDIM ao argumento de que tal entendimento colidiria com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e de que o art. 105 da Lei nº 7.210 só admite a execução após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

petente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Os incisos seguintes, ou seja, os de número LXII a LXVI estabelecem as cautelas que deverão ser tomadas em caso de prisão.

De plano, há de ser observado que a prisão em flagrante é expressamente admitida pelo texto constitucional, sendo que a ela é contraposta a prisão “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”.

Todavia, necessário se faz registrar que o que dá fundamento à prisão cautelar é o direito à segurança consagrado, lado a lado, com o direito de liberdade, na cabeça do art. 5º da Constituição.

É uma constante o conflito de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Em tais casos, a solução é o sacrifício de um dos direitos.

Para o presente estudo, interessa o conflito entre o direito de liberdade do indivíduo e o direito à segurança que possui a coletividade.

E nesse ponto apresenta-se pertinente um parêntesis para esclarecer que, para efeito de entendimento da argumentação que ora se expõe, a palavra segurança pode ser entendida tanto sob a ótica de segurança pública como sob a visão de segurança jurídica.

Qualquer que seja a interpretação do termo, serão as mesmas as conclusões.

Voltando ao tema principal, confrontados os direitos em tela, mister se faz identificar qual dos dois deverá ser sacrificado no caso concreto.

Para tanto, deve-se invocar o princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio, considerado sinônimo de razoabilidade por parte da doutrina, guarda relevância para o deslinde de questões relativas ao cerceamento da liberdade do indivíduo.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se através da coexistência de três requisitos “(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.”<sup>(3)</sup>

---

(3) BARROSO, LUÍS ROBERTO, “Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade”, texto veiculado pela Internet.

Citados requisitos se prestam a balizar a atuação do aplicador do direito na decretação da custódia cautelar.

Nesse passo, necessário se faz distinguir as espécies de prisão provisória.

Preliminarmente isso será feito, dividindo-as em dois grupos: a prisão em flagrante e a prisão decorrente de ordem da autoridade judiciária competente.

Nenhum dos dois grupos prescinde da chancela do Poder Judiciário. Distinguem-se tão-só em função do momento em que o controle judicial acerca da legalidade do ato ocorre. Na prisão em flagrante, ele é posterior; nas demais hipóteses, o controle é prévio.

Todavia, para efeito da análise que ora se propõe, mostra-se irrelevante o momento em que se realiza a intervenção judicial, reputando-se importantes os critérios que determinarão seja a manutenção seja a decretação da prisão.

Em alguns casos, a lei estabelece, independentemente de considerações de cunho subjetivo, a desnecessidade da custódia cautelar, ora exigindo como condição para liberação do indiciado uma contracautela consubstanciada na fiança (art. 322 do Código de Processo Penal), ora sem qualquer exigência de garantia (art. 321 do Código de Processo Penal, art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95).

Em tais hipóteses, coube ao legislador definir a prevalência da liberdade individual sobre a segurança pública, estabelecendo que, em certos delitos de menor gravidade, não se afigura necessária a custódia cautelar do indiciado até o final do processo.

Todavia, em outras hipóteses, que são as que suscitam maiores polêmicas e onde o princípio da proporcionalidade se faz mais presente, ao órgão judicante é que caberá avaliar a necessidade da constrição da liberdade individual em prol da segurança coletiva.

É possível depreender das posições adotadas pela maior parte da doutrina e da jurisprudência que, malgrado sejam possíveis entendimentos em sentido contrário, tem prevalecido a interpretação de que o cerceamento da liberdade antes da decisão condenatória transitada em julgado só é possível se presentes elementos de convicção que denotem ameaça à efetiva prestação jurisdicional.

Sintoma de tal tendência tem sido as interpretações ao texto dos arts. 393, inciso I, e 408, § 2º, do Código de Processo Penal.

Em ambas as hipóteses, o texto legal possibilita a prisão antes do trânsito em julgado da sentença, ressalvada a hipótese de fiança e, no caso de sentença de pronúncia, nas hipóteses de primariedade e bons antecedentes.

Uma análise de algumas decisões sobre o tema revela que não se tem admitido a prisão cautelar de condenados em primeira instância e de pro-

nunciados, sem que presentes elementos de convicção que justifiquem, em concreto, a necessidade do cerceamento da liberdade. (4)

Por outro lado, também não se tem permitido a liberação de réus primários e de bons antecedentes se presentes elementos de convicção que indiquem que a liberdade dos imputados poderá ser danosa à apuração da verdade ou à eficácia da prestação jurisdicional. (5)

Esses posicionamentos têm, na verdade, procurado adequar os preceitos processuais à nova ordem constitucional vigente desde 5 de outubro de 1988.

À exceção da prisão temporária, criada pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, os parâmetros para aferição da necessidade da decretação da prisão provisória, em resumo, são buscados nos requisitos estipulados pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

Prevê o dispositivo legal: "*A prisão preventiva poderá ser decretada como 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.*"

A segurança de que trata o art. 5º, *caput*, da Constituição, apresenta-se aqui traduzida na garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e na garantia da aplicação da lei penal.

Uma atenção maior na leitura do artigo permite verificar que todos os requisitos autorizadores da prisão preventiva estariam englobados, em verdade, na expressão "garantia da ordem pública", em seu sentido lato.

Qualquer conceito de ordem pública apresentar-se-ia amplo de tal forma que pecaria pela vacuidade.

---

(4) "Pronúncia. Princípio da inocência presumida. Sob o império da nova ordem constitucional, que proclama o princípio da inocência presumida, a regra do art. 594 do CPP deve ser concedida com cautela, sendo cabível tão-somente quando objetivamente indicada na sentença de pronúncia a necessidade da prisão provisória. Se o réu permaneceu em liberdade durante o longo curso da instrução criminal e não se demonstrou no decreto de pronúncia a presença de alguma das circunstâncias inscritas no art. 312 do CPP, a prisão é descabida, passível de desconstituição por *habeas corpus*, sendo irrelevante mera referência a maus antecedentes. *Habeas corpus* concedido. (STJ - Ac. unân. Da 6ª T., publ. em 18-11-96 - HC 4.196-RJ - Rel. Min. Vicente Leal - Pacte. Hélio Bernardino de Mattos - Adv. Antero Luiz Martins Cunha)". Fonte: *Informativo semanal ADV* nº17/97.

(5) "A prisão provisória constitui efeito jurídico-processual que decorre, ordinariamente, da sentença de pronúncia. A concessão de liberdade provisória ao réu pronunciado traduz mera faculdade legal reconhecida ao juiz (CPP, art. 408, § 2º). Pronunciado o réu, que já se encontrava preso preventivamente, não se nulifica a sua custódia provisória, desde que subsistam os motivos que justificaram a decretação daquela prisão cautelar. São irrelevantes, para esse efeito, a primariedade e os bons antecedentes do acusado, que nenhum direito tem, nesse contexto, à obtenção da liberdade provisória" (STF: RT 690/380).

Sem embargo das definições doutrinárias existentes, cujo valor não se permite deixar de registrar, o que o instituto resguarda é a segurança jurídica, é a eficácia da prestação jurisdicional penal.

Seja quando o réu se evade, seja quando as testemunhas são ameaçadas ou quando provas são destruídas, o que se lesa é a possibilidade de obtenção da verdade através do processo judicial, sem a qual não será possível a aplicação da lei ao caso concreto, com todos os seus consectários.

E o dano social com o desprestígio das decisões judiciais em sede criminal possui proporções catastróficas.

Assim, ao vislumbrar o juiz a possibilidade de dano irreparável ao processo e à apuração à verdade, deve o magistrado sacrificar o direito de liberdade do responsável por tal ameaça. Prevalece o direito à segurança (pública e/ou jurídica) de que é titular a sociedade como um todo.

É bem certo que a decisão que decreta a custódia cautelar deve ser fundamentada e calcada em fatos concretos, não bastando a simples menção ao texto legal.

Há que se ter em mente que o sacrifício de um bem jurídico há de ter em contrapartida a proteção de outro de maior relevância, devendo ser respeitados os estritos limites legais de modo a relegar ao mínimo o efeito gravoso da constrição.

Tão certa é a eleição dos requisitos de prisão preventiva como parâmetros da custódia cautelar que o art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, os torna aplicáveis para fins de concessão da liberdade provisória nos casos de prisão em flagrante.

No que tange à prisão temporária (Lei nº 7.960/89), a lei estipulou requisitos diversos dos previstos para a prisão preventiva.

Eles estão descritos no art. 1º do referido diploma legal.

Tem sido entendimento pacífico que a prisão temporária só é cabível em relação aos crimes arrolados no inciso III de seu art. 1º, devendo estar presente, de forma concomitante, ou o disposto pelo inciso I, ou pelo inciso II.

Muito embora não se utilize das mesmas expressões previstas para a prisão preventiva, permite-se concluir que o resguardo à investigação criminal, cujo objetivo precípua é, tal como no processo penal, a apuração da verdade dos fatos, também se insere no conceito de ordem pública, em sentido amplo.

Uma análise crítica do instituto revela que a prisão temporária se mostra como instrumento de cerceamento de liberdade nos casos em que não for possível a decretação da prisão preventiva.

Daí os questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

Todavia, a Lei nº 7.960/89 não carece de fundamento de validade.

Considerada a segurança (qualquer que seja a acepção que se dê à palavra no texto constitucional) como bem jurídico tutelado pela Constituição, mais uma vez há que ser aplicada a norma à luz do princípio da razoabilidade.

O que se há de perquirir é o acerto da decretação da prisão temporária, com base nos argumentos judiciais que a fundamentarem.

O elastério de seus requisitos autorizadores por certo amplia a discricionariedade do aplicador da lei, mas é justamente na aplicação da lei que se deverá aferir a consonância do ato com o texto constitucional.

Permitindo-se divagar um pouco, a solução do problema remontaria não à declaração de inconstitucionalidade, mas sim ao que a doutrina alemã nomeia de interpretação conforme a Constituição.

Consoante exposição de CLÈVE, *"a interpretação conforme a Constituição, desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, mais do que uma técnica de salvamento da lei ou do ato normativo (doutrina americana), consiste já numa técnica de decisão. Assim, em homenagem aos princípios da presunção de legitimidade das leis e da supremacia da Constituição"* (6).

Em linhas gerais, a técnica visa a extrair da norma a interpretação (não necessariamente apenas uma), dentre as diversas possíveis, que se mostre compatível com a ordem constitucional vigente, resguardando, desta forma, a vigência do ato normativo impugnado.

A título de sugestão, a adoção de tal técnica poderia mostrar-se eficaz, em determinados casos, em definir os contornos do diploma legal, em consonância com a ordem constitucional vigente, de modo a evitar distorções.

A vacuidade de conceitos, muito embora não seja de boa técnica legislativa, haja vista permitir interpretação contrária à *ratio legis* e abusos não desejados pela lei, não vicia de inconstitucionalidade, por si só, o ato normativo em que se encontra inserida a definição.

Mais uma vez o aplicador da lei deverá socorrer-se do princípio da razoabilidade para aplicar a norma.

Para LUIS ROBERTO BARROSO, o princípio da proporcionalidade encontra-se inserido no disposto pelo art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, vislumbrando o autor no preceito, além de seu aspecto processual-instrumental, uma dimensão substantiva.

---

(6) CLÈVE, CLÊMERTON MERLIN, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Transcreve-se: "*De toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.*"<sup>(7)</sup>

Sob tal ótica, da mesma forma que as demais espécies de prisão cautelar, também a decretação da prisão temporária não prescinde do respeito ao princípio da proporcionalidade, à vista do qual permitir-se-á a aplicação do instituto em consonância com a ordem constitucional vigente.

### Conclusão

De todo o exposto, permite-se chegar às seguintes conclusões:

- 1) As naturezas jurídicas da prisão decorrente da condenação penal transitada em julgado e da prisão cautelar são totalmente diversas, razão pela qual a esta não se permite imputar violação do princípio do estado de inocência.
- 2) Confrontam-se, em sede de decretação de prisões cautelares, o direito à segurança de que é titular a coletividade e o direito de liberdade do indivíduo.
- 3) O direito à segurança traduz-se não só na segurança pública, mas na garantia de um desenvolvimento processual apto a apurar a verdade dos fatos de modo a emprestar efetividade à prestação jurisdicional.
- 4) A Constituição e a legislação infraconstitucional oferecem parâmetros para verificação da necessidade do cerceamento do direito de liberdade do indivíduo para uma eficaz prestação jurisdicional.
- 5) A solução desse confronto só é possível à luz do princípio da proporcionalidade, o qual aferirá qual dos direitos deve ser sacrificado e em que medida isso deve ser feito, sendo certo que deverá ser obedecida a maneira menos gravosa para o titular do direito preterido.

---

<sup>(7)</sup> BARROSO, LUÍS ROBERTO, *op. cit.*

## Bibliografia

- 1- BARROSO, LUÍS ROBERTO. "Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade". Texto veiculado pela Internet.
- 2- BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- 3 - CERNICCHIARO, LUIZ VICENTE. *Direito Penal na Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 1995.
- 4 - CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade do Direito Brasileiro*. São Paulo : Editora RT, 1995.
- 5 - GRINOVER, ADA PELLEGRINI *et alii*. *As Nulidades no Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992.
- 6 - JARDIM, AFRÂNIO DA SILVA. *Direito Processual Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- 7 - JESUS, DAMÁSIO E. DE. *Código de Processo Penal Anotado*. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva. 1995.
- 8 - MIRABETE, JULIO FABBRINI. *Processo Penal*. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal Interpretado*. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1994.
- 9 - TORNAGHI, HÉLIO. *Curso de Processo Penal*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

---

(<sup>1</sup>) LUIZ CLÁUDIO CARVALHO DE ALMEIDA é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.