

## PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PRISÃO PROVISÓRIA

ANTÔNIO VIEIRA

Professor de Direito Processual Penal das Faculdades Jorge Amado/BA e dos cursos de Especialização em Ciências Criminais das FJA, UNIFACS e JusPodivm. Membro do Conselho Penitenciário da Bahia. Advogado Criminalista.  
*avieira@helbiopalmeira.adv.br*

### 1. Introdução

Não sem razão, já se disse que o processo penal é o sismógrafo da constituição de um Estado (Claus Roxin)<sup>1</sup>, que o processo é o próprio “*Derecho constitucional reglamentado*” (Julio B. J. Maier)<sup>2</sup>, ou que é ainda “*el termómetro dos elementos corporativos o autoritários de la Constitución*” (Goldschmidt)<sup>3</sup>. Mas, se tudo isso é verdadeiro, não se pode perder de vista que é através da forma como está regulamentada e como é aplicada a prisão provisória que se pode mais facilmente reconhecer o processo penal de uma nação. Em síntese, conforme destaca Daniel Pastor, é na prisão provisória que se julga o Estado de Direito<sup>4</sup>.

Por um lado, se é certo que a Constituição Federal de 1988 contemplou a possibilidade de ser privada a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de crime antes mesmo de sua condenação definitiva<sup>5</sup>, é igualmente verdadeiro que essa mesma Carta Constitucional – alfa e ômega do ordenamento jurídico (Paulo Queiroz)<sup>6</sup> –, de outro lado, consagra uma série de direitos fundamentais contrapostos à prisão provisória. Dentre todos esses direitos, sem embargo, aquele que mais diretamente interfere na disciplina da prisão sem condenação é a presunção de inocência – o ‘princípio dos princípios’ em matéria de encarceramento provisório<sup>7</sup> – que, como destacou CARRARA, consiste num “postulado fundamental da ciência processual e pressuposto de todas as outras garantias do processo”<sup>8</sup>.

Mas, para além da presunção de inocência, é de igual modo relevante destacar que a CF/88 também consagra outros princípios limitadores do uso da prisão provisória. Dentre

<sup>1</sup> *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p.10.

<sup>2</sup> *Derecho Procesal Penal.Tomo I: Fundamentos*. 3ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p.162/163.

<sup>3</sup> *Apud* MAIER, Julio B. J. *ob. cit.*, p. 162 (tradução livre): “*en la prisión preventiva se juega el Estado de Derecho*”.

<sup>4</sup> *Tensiones: ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin limites?*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 182.

<sup>5</sup> Cf. art. 5.º, inciso LVI, da CF/88: *Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei.*

<sup>6</sup> *É realmente possível distinguir direito penal de política criminal?* Disponível na Internet em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=373](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=373)>. Acesso em: 09/10/2005.

<sup>7</sup> BOVINO, Alberto. *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/333k.htm>>. Acesso em 22/03/2004.

<sup>8</sup> *Apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 442.

todos eles, especial atenção merece o princípio da proporcionalidade, implícito no texto constitucional, mas que pode ser considerado uma manifestação típica do Estado de Direito, ou ainda uma *consequência do agasalhamento dos mais diversos direitos fundamentais*<sup>9</sup>, e até mesmo uma *dedução do princípio da igualdade*<sup>10</sup>.

Com efeito, se o processo não é um fim em si mesmo, a prisão provisória, enquanto medida processual, também não o é. Por isso é que o uso da prisão provisória ficará sempre condicionado à sua proporcionalidade. Proporcionalidade – ou proibição do excesso, como sói destacar CANOTILHO<sup>11</sup> – que se constitui, na lição de Paulo QUEIROZ<sup>12</sup>, no mais importante princípio de todo o direito e, em particular, do direito penal (em direito penal tudo é uma questão de proporcionalidade!), e que compreende, no seu sentido amplo, os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

## 2. O conteúdo do princípio da proporcionalidade

No que toca, genericamente, à *adequação, idoneidade ou conformidade*, exige-se que “*a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes.(...) Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim*”<sup>13</sup>.

Complementando este conceito, Odone SANGUINÉ<sup>14</sup> destaca:

*A idoneidade ou adequação constitui um critério de carácter empírico que verifica se a medida estatal empregada para restringir o direito fundamental é ou não apropriada para alcançar o fim pretendido pelo legislador, é dizer, se reúne as condições necessárias para contribuir significativamente para obter o resultado desejado, finalidade que deve ser constitucionalmente legítima e socialmente necessária. Em definitivo, este subprincípio pressupõe uma análise sobre a constitucionalidade do fim perseguido pela norma submetida ao controle. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação entre medida e fim. Em consequência, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme aos fins justificativos de sua adoção.*

---

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 262.

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 112.

<sup>11</sup> *Ob. cit.*, p. 261.

<sup>12</sup> *Direito Penal: parte geral*. 2ª ed., rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Ob. cit.*, p. 264.

<sup>14</sup> *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 644 (tradução livre).

Sobre a *necessidade*, será preciso saber se a ingerência é, de fato, imprescindível e, demais disso, lembrar que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”<sup>15</sup>.

Por derradeiro, a noção de *proporcionalidade em sentido estrito* implica saber se a intervenção é ou não razoável diante do que se pretende com ela alcançar, proteger ou assegurar. Enfim, há de existir uma relação de equilíbrio entre o fim desejável e o meio escolhido para realizá-lo. Ainda segundo CANOTILHO<sup>16</sup>:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à «carga coactiva» da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

### 3. Proporcionalidade e prisão provisória

Tudo isso, obviamente, há de ser transplantado para a disciplina das prisões provisórias, haja vista que sua utilização só pode ser tida como constitucionalmente legítima se: a) for apta a realizar os seus fins declarados; b) se for a medida menos gravosa capaz de realizar os pretendidos resultados; c) e se não significar, em última análise, uma violência maior do que a própria pena que pode vir a ser aplicada, na hipótese de condenação.

É dizer: da noção de excepcionalidade, que é ínsita ao encarceramento antes de condenação, decorre também a idéia de proporcionalidade, que deve nortear toda e qualquer utilização das prisões provisórias. Assim, sempre que for cogitado o uso do cárcere provisório, há de se ter em conta que este somente será viável se atender aos critérios, já mencionados, da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.

Deste modo, legítima, numa perspectiva de adequação, somente será aquela medida coercitiva que seja idônea para a realização daquilo que se propõe. Dito de outro modo, é preciso saber se a prisão provisória é, de fato, uma providência apta à satisfação de uma determinada necessidade processual, previamente indicada como sendo a justificativa de sua existência. E é essa reflexão, aliás, que leva BINDER ao entendimento de que o chamado *perigo de impedimento da investigação* (entre nós, a conveniência da instrução

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, *Ob. cit.*, p. 264/265.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 265.

criminal) não poderia ser considerado propriamente um fundamento legítimo da prisão provisória, uma vez que o Estado conta com inúmeros outros meios – frise-se, mais eficazes que a prisão – de evitar a ação do acusado<sup>17</sup>. E conclui<sup>18</sup>:

... é difícil acreditar que o acusado possa produzir mais danos à investigação do que o Estado pode impedir com todo o seu aparato: a polícia, os promotores, a própria justiça. Conceder aos meios de investigação do Estado um poder tão grande poderia desequilibrar as regras de igualdade no processo. Não só isso, se o Estado é incapaz de proteger sua própria investigação, não pode responsabilizar o acusado, muito menos à custa da privação de sua liberdade.

Isto, por conseguinte, demanda uma reflexão mais profunda sobre a eficácia da prisão provisória e, pois, sobre sua idoneidade para a realização de determinadas tarefas. Mesmo porque, de um certo modo, a crítica de Binder também poderia ser ampliada para a prisão provisória motivada no perigo de fuga e na garantia da aplicação da lei penal.

De fato, forçoso é convir que a prisão, por si só, nem sempre é um mecanismo capaz de inibir a fuga, o que só reforça a idéia de que sua utilização deve ser vista com muitas reservas. O escavamento de túneis, o resgate de presos (com ou sem helicóptero!), as rebeliões e mesmo os casos de corrupção – em que o acusado compra sua liberdade nas mãos dos agentes carcerários e sai da cadeia pelas portas da frente e em plena luz do dia – demonstram isto.

Sendo assim, toda vez que for possível verificar que a prisão processual não logrará bem cumprir sua missão, tal medida não deve ser utilizada, por ser, nestes casos, ilegítima e inconstitucional. É isto, exatamente, que também sustenta Odone SANGUINÉ<sup>19</sup>:

A perspectiva de constitucionalidade significa que cada medida limitativa de direitos fundamentais deve ser considerada desde a perspectiva de sua ‘funcionalidade’, é dizer, para saber se é idônea ou adequada para a consecução da finalidade perseguida, pois, se carece de aptidão para alcançá-la ou, simplesmente, não tende à obtenção dos fins previstos que autorizam a restrição, há e ser reputada inconstitucional. Assim, os poderes públicos se encontram constitucionalmente obrigados a respeitar o princípio da idoneidadena criação e aplicação das normas que permitam a restrição dosdireitos fundamentais.

De outro lado, ainda cumpre lembrar que, na grande maioria dos casos, a prisão provisória cumpre funções que não lhe são – ou, ao menos, não deviam ser – próprias, isto é, funções não declaradas ou mesmo funções características da pena (função

---

<sup>17</sup> *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 150.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 150.

<sup>19</sup> *Ob. cit.*, p. 644/645 (tradução livre).

retributiva ou preventiva geral ou especial), sendo as hipóteses da *garantia da ordem pública* e *garantia da ordem econômica* exemplos típicos disto<sup>20</sup>.

Enfim, em todos estes casos – em que a prisão provisória cumprirá função não declarada ou função própria da pena –, será imprescindível tomar em conta dois dados: primeiramente, que o objetivo camuflado por de trás da prisão provisória não é idôneo, porquanto viola os princípios da presunção de inocência e do juízo prévio; e em segundo lugar, porque se a própria pena privativa de liberdade tem sua eficácia severamente questionada na tarefa de prevenir delitos, não será de outra forma com a prisão provisória<sup>21</sup>.

Numa outra perspectiva, a noção de proporcionalidade (*lato sensu*) que deve permear a teoria geral das prisões provisórias também compreende a exigência de se perquirir sempre se a segregação da liberdade do inocente é, de fato, imprescindível, isto é, se a proteção do processo não pode se dar de outro modo menos gravoso. Assim, se a prisão é violência que se exerce antes mesmo da condenação definitiva, esta somente será tolerável se não houver outra forma menos violenta de resguardar o desenvolvimento e o resultado proveniente da relação processual penal.

Porém, compatibilizar o sistema processual brasileiro com esta exigência é algo bastante complicado, em especial, quando se sabe que, entre nós, vige um *regime monomorfo* (Franco Cordero)<sup>22</sup>, herdado do Código Rocco de 1930, não havendo previsão legal de nenhuma medida cautelar alternativa à prisão provisória.

Deste modo, a *necessidade*, enquanto subprincípio da proporcionalidade, está diretamente relacionada com a excepcionalidade da prisão enquanto medida cautelar processual, que a torna uma medida subsidiária e, ao mesmo tempo, impõe que se busque sempre lançar mão de alternativas menos invasivas da liberdade do acusado. Nas palavras de SANGUINÉ<sup>23</sup>, “o requisito da necessidade supõe que o meio selecionado para alcançar o fim não possa ser substituído por outro igualmente eficaz, que o faça de uma maneira menos gravosa para os direitos fundamentais. O princípio da ‘menor ingerência

---

<sup>20</sup> Sobre o tema, também é claro o posicionamento de SANGUINÉ: “A última nota essencial da idoneidade se refere ao controle sobre o desvio de poder. Isto implica no exame da verdadeira intenção do titular do órgão atuante (juiz, promotor ou delegado), que adota a medida no caso concreto, de maneira que ditos órgãos não podem perseguir uma finalidade distinta daquela prevista na lei, amparando-se precisamente nesta como ‘norma de cobertura’ para defraudar o direito fundamental. Em definitivo, a prisão provisória, quando está dirigida para a consecução de fins não previstos pela norma autorizadora de tal ingerência, há de ser considerada inconstitucional, por violação do princípio da proibição de excesso.” (Idem, p. 645, tradução livre)

<sup>21</sup> A este respeito, escreve BOVINO: “a imposição de uma pena só serve para consolidar a imagem de ‘desviado’ que a reação social impõe ao indivíduo criminalizado, gerando, na ampla maioria dos casos, a iniciação da carreira criminal. O efeito direto do encarceramento é o aumento das taxas de reincidência.” (BOVINO, Alberto. *Manual del buen abolicionista*. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2016/BOVINO16.HTM>>. Acesso em 19/11/2005, tradução livre).

<sup>22</sup> *Procedimiento Penal*. Tomo I. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, p. 401.

<sup>23</sup> *Ob. cit.*, p. 651.

*possível’ põe a ênfase na idéia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível’*. E é o mesmo autor quem ainda conclui:<sup>24</sup>

*O critério de necessidade pode ser considerado comparativo, porque sua aplicação obriga que os órgãos estatais comparem e considerem, junto à medida restritiva cuja necessidade se comprova, outras medidas que poderiam ser adotadas no caso concreto, que sejam suficientemente idôneas para a satisfação do fim perseguido, com a posterior escolha da que seja menos lesiva para os direitos individuais. Assim, ao determinar a aptidão das alternativas menos lesivas, deverão ser rechaçadas as que possam ser substituídas por outras menos gravosas, diminuindo a lesividade da intromissão no âmbito dos direitos fundamentais.*

Por derradeiro, da noção de *proporcionalidade em sentido estrito* surge a preocupação de saber se a prisão provisória não se apresenta, em cada caso concreto, como um mal maior do que a própria pena.

Com efeito, explica Roberto DELMANTO JUNIOR<sup>25</sup>, fazendo referência a Juan-Luiz GOMEZ COLOMER, que “*não se pode ordenar a prisão provisória do acusado ‘quando fuera desproporcionada respecto a la importancia del asunto y la pena o medida de corrección y de seguridad esperadas’*”. Bem assim, tal como ressalta Geraldo PRADO, “*as providências de direito material e processual devem ser homogêneas, pois se forem heterogêneas não será possível aplicá-las*”<sup>26</sup>.

Assim sendo, é possível concluir, com palavras de Odone SANGUINÉ<sup>27</sup>, que, para aferir se a medida utilizada é ou não desproporcional, meios e fins devem ser colocados em uma equação, mediante um juízo de ponderação, com foco nos próprios interesses em conflito – que não são outros senão os interesses do indivíduo frente aos do Estado –, para, a partir daí, comprovar se o sacrifício dos interesses individuais guarda uma relação de razoabilidade com a importância do interesse estatal que se busca salvaguardar.

Semelhantemente, diz MAIER<sup>28</sup>:

*Parece racional o desejo de impedir que, mesmo nos casos em que a prisão seja admissível, a persecução penal inflija a que a suporta um mal maior, irremediável, que a própria reação legítima do Estado em caso de condenação. Já numa apreciação vulgar, se apresenta como um contra-senso o fato de que, por*

---

<sup>24</sup> *Idem*, p. 651.

<sup>25</sup> *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 72.

<sup>26</sup> *Prisão e Liberdade no Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/prisao\\_liberdade.doc](http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/prisao_liberdade.doc)>. Acesso em 19/11/2005.

<sup>27</sup> *Ob. cit.*, p. 653/654.

<sup>28</sup> *Ob. cit.*, p. 526 (tradução livre).

*uma infração penal hipotética, o imputado sofra mais durante o processo que com a pena que eventualmente lhe será aplicada, em caso de condenação, pelo fato punível que lhe é atribuído.*

Em verdade, se fosse possível permitir que o processo infligisse ao acusado uma situação pior do que a que decorreria de sua condenação, estar-se-ia, com isso, subvertendo a própria natureza instrumental garantista do processo (bem destacada, insistentemente, por Aury LOPES JR.<sup>29</sup>) e, mais grave ainda, tratando o inocente de forma mais severa do que o condenado.

Tal falta de ponderação, a toda evidência, retiraria do processo a sua função primordial – de sempre ser um caminho a percorrer antes da aplicação da sentença (princípio do juízo prévio) –, para transformá-lo num instrumento autônomo de suplício.

Obviamente, encarcerar provisoriamente um acusado e lhe dar como perspectiva de condenação o cumprimento de uma pena alternativa, por exemplo, faz com que ele tema e rejeite mais o processo que a própria sanção. Esta perigosa inversão de valores, por sua vez, certamente conduzirá a uma renúncia forçada ao direito de defesa e de resistência à pretensão punitiva, uma vez que o imputado sempre vislumbrará na pena um alívio ao tormento processual, e desejará que a condenação se ultime o mais rapidamente possível, de modo a minimizar seu sofrimento.

Nesses casos todos, não surpreenderia que o preso provisório deixasse de arrolar testemunhas, de requerer diligências, de recorrer da sentença etc., ou mesmo viesse a confessar a prática de crime que não tenha cometido, tudo com vista a abreviar o tempo de seu encarceramento.

Este é um dos mais graves problemas da prisão provisória, especialmente porque, quando se prende demais<sup>30</sup> (como é o caso do Brasil, da quase totalidade dos países da América Latina e de muitos outros pelo mundo a fora), corre-se sempre o grande risco de privar a liberdade do acusado no curso do processo e, ao final deste, nem chegar a aplicar uma sanção (nas hipóteses de absolvição, prescrição etc.) ou mesmo, ainda que uma pena venha a ser aplicada, que seja ela mais amena que a prisão provisória.

Na Alemanha, como particularmente adverte ROXIN<sup>31</sup>, é grave o fato de 18% das ordens de prisão pertencerem a causas de bagatela, e muito preocupante que tão somente um pouco mais da metade de todos os procedimentos com prisão preventiva imponha, ao final, uma pena privativa de liberdade que deva efetivamente ser executada. Esse perigo resta ainda mais potencializado nos países onde exista uma cultura de ser a prisão

---

<sup>29</sup> *Ob. cit.*, p. 2.

<sup>30</sup> Como bem adverte Winfried Hassemer, “*se detiene demasiado y demasiado apressuradamente*”, sendo certo que a perda da liberdade significa para o afetado a máxima ingerência em seus direitos que o sistema penal pode lhe impor (*Crítica al derecho penal de hoy*. 2ª ed. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Doc, 2003, p. 105/121).

<sup>31</sup> *Ob. cit.*, p. 258.

provisória a regra, ao passo em que também ganha corpo uma política de implementação de penas alternativas.

Com efeito, força é convir que a necessidade de primar pela proporcionalidade da prisão preventiva impõe aos Estados (especialmente os que adotem sanções alternativas à pena de prisão) um duplo dever: primeiramente, o de implementar medidas cautelares outras menos ‘*cruentas*’ – na expressão de PASTOR<sup>32</sup> –, alternativamente ao uso do encarceramento antes da definitiva condenação<sup>33</sup>; bem como, em segundo lugar, o de abster-se de usar a prisão provisória, mesmo quando ela se apresente como única via de cautela processual normativamente prevista, toda vez que esta se mostrar desproporcional em relação à pena que pode vir a ser aplicada, em caso de condenação.

Por conseguinte, sendo certo que no Brasil se admite composição civil e transação penal (para os crimes da competência dos Juizados Especiais Criminais), se admite suspensão condicional do processo (para os crimes que tenham pena mínima não superior a um ano) e se admite ainda a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, por óbvio, em nenhum destes casos se haverá de admitir o uso de qualquer modalidade de prisão provisória<sup>34</sup>. A mesma lógica se impõe quando, em caso de condenação, a pena a ser aplicada será somente a de multa.

Embora faça uso da expressão homogeneidade, em lugar de proporcionalidade, não é em outro sentido o magistério de Paulo RANGEL<sup>35</sup>:

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a

---

<sup>32</sup> *Ob. cit.*, p. 153.

<sup>33</sup> Sobre o tema, ver o PL 4.208/2001, que compõe o plano de reforma do Código de Processo Penal e, neste aspecto, pretende instituir medidas cautelares alternativas à prisão provisória, entre as quais: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se do país; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública etc.

<sup>34</sup> Destaca Aury Lopes Jr. que “é impressionante o número de presos cautelares por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, em que a eventual pena ao final aplicada é passível de substituição por prestação de serviços à comunidade ou outras medidas não restritivas de liberdade. Ou seja, nem mesmo se ao final fossem condenados seriam encarcerados, mas estão presos cautelarmente.” (*Ob. cit.*, p. 212). Este posicionamento também é o de Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de processo penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 390/391). Em recente pesquisa desenvolvida no curso de Mestrado em Direito na UNB, Fabiana Costa Oliveira Barreto conseguiu demonstrar, analisando processos por crime de furto em cinco regiões do Brasil: a) que há uso da prisão provisória na maioria dos casos; b) que comumente essas prisões superam o prazo máximo tolerado; c) que em boa parte dos casos em que há prisão provisória os acusados são absolvidos ou condenados somente ao cumprimento de pena alternativa; d) e que os réus mais prejudicados são justamente os negros, com pouca escolaridade e que não têm condições de contratar advogado particular (*Flagrante e prisão provisória na criminalização de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/view/full/5092>>. Acesso em: 10.04.2007).

<sup>35</sup> *Direito Processual Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 596.



proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido. Exemplo: admite-se prisão preventiva em um crime de furto simples? A resposta é negativa. Tal crime, primeiro, permite a suspensão condicional do processo. Segundo, se houver condenação, não haverá pena privativa de liberdade face à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Nesse caso, não haveria homogeneidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida. O mal causado durante o curso do processo é bem maior do que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando de seu término.

Semelhantemente, pondera Geraldo PRADO, com acerto, não ser razoável supor que o condenado fugirá para não prestar serviços à comunidade ou implementar uma pena de multa, por exemplo<sup>36</sup>. E, mais adiante, conclui<sup>37</sup>:

Ora, se a condenação não prevê ordinariamente a reprovação por meio da prisão, isto é, se dentro da normalidade o sujeito não será preso por conta da sanção penal, não se justifica a prisão durante o processo. Este é o chamado princípio da homogeneidade, pelo qual toda medida cautelar tem que ser homogênea com a solução de mérito do processo. Portanto, se é necessário recorrer a uma providência cautelar que irá incidir sobre a pessoa do réu, para limitar a liberdade dele, tal providência somente estará justificada e autorizada se a providência final do processo, resolvendo a discussão entre acusação e defesa, puder tratar-se também de medida de limitação da liberdade, ordinariamente, sem a viabilidade da substituição.

Demais disso, igualmente não se poderá cogitar de lançar mão da custódia cautelar se é possível projetar que, em caso condenação a uma pena privativa de liberdade, o início do cumprimento da pena se dará no regime aberto.

E, para além disso, crê-se que também seja possível, pelas mesmas razões, afastar a possibilidade de uso da prisão provisória quando se possa tomar em perspectiva que o início do cumprimento de pena se dará no regime semi-aberto. Assim, aliás, também pensa Aury LOPES JR.<sup>38</sup>:

Em outros casos, a quantidade de pena aplicada (ou aplicável, pois sempre é perfeitamente possível uma previsão aproximada) autoriza o regime semi-aberto ou até mesmo o aberto como

---

<sup>36</sup> *Ob. cit.*

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Ob. cit.*, p. 212.

inicial de cumprimento da pena. Como manter alguém preso cautelarmente em 'regime' muito mais rigoroso do que aquele eventualmente aplicável ao final, em caso de condenação? São situações flagrantemente desproporcionais, mas que ocorrem diariamente.

E tudo isto ocorre porque, como sói dizer Julio MAIER<sup>39</sup>, a proporcionalidade exigida entre a sanção esperada e a prisão provisória se refere tanto à qualidade quanto à quantidade de pena. Assim sendo, torna-se imperativo concluir, em síntese, que, ressalvada a existência de uma séria probabilidade de o acusado ser condenado ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade, bem como, que o início de sua execução se dará em regime fechado, será defeso lançar mão da prisão provisória, em qualquer de suas modalidades, por sua absoluta falta de proporcionalidade.

Enfim, a prisão provisória é, pois, uma violência que só se justifica na medida em que não excede o mal que pode ser causado pela pena. Pensar diferente disso é o mesmo que conceber que se possa amputar uma perna para cessar a dor provocada por uma inflamação na unha, vale dizer, é compactuar com o inimaginável, com o absurdo! Isto, obviamente, porque ninguém aceitaria fazer uso de um remédio que cause mais sofrimento que a própria enfermidade.

---

<sup>39</sup> *Ob. cit.*, p. 528.