

# O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITADOR ÀS PRISÕES CAUTELARES

Danilo Cardoso DECCO<sup>1</sup>  
Francisco José Dias GOMES<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem a finalidade de demonstrar a influência dos preceitos constitucionais na delimitação do âmbito de atuação do Estado em seu poder de encarcerar o indivíduo através de prisões provisórias. Para isso primeiramente devemos conceituar o que são as prisões cautelares e suas modalidades, quais sejam, a prisão em flagrante, temporária, preventiva e as decorrentes da sentença condenatória recorrível e de pronúncia. Conceituaremos também o que são os princípios constitucionais e as diferenças entre estes e as regras legais. Então, passaremos ao estudo propriamente dito do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, bem como sua aplicação nas prisões cautelares, restringindo as hipóteses para sua decretação mesmo em casos em que não haja expressa vedação legal, tendo em vista os ideais de justiça, buscando um processo penal mais garantista e consonante com os direitos humanos e a Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Prisão Pena; Prisão Provisória; Modalidades; Limites; Princípios Constitucionais; Princípio da Proporcionalidade; Necessidade; Adequação; Proporcionalidade em sentido estrito.

## 1 – INTRODUÇÃO

No princípio da história humana, prevalecia a auto-tutela como forma de defesa dos direitos. A cada qual competia cuidar dos seus direitos, defendê-los quando ameaçados e punir quem os houvesse violado. Era a justiça de mãos próprias ou justiça privada.

Então, aparece o Estado, que avoca para si um pouco das liberdades de cada indivíduo e se compromete a proteger os seus membros de quaisquer tentativas ou violações às suas liberdades. Como corolário de tal responsabilidade,

---

<sup>1</sup> O autor é aluno do 4º ano de direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP,

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente – Toledo. Juiz de Direito Titular da Comarca de Pirapozinho-SP. Orientador do trabalho.

surge para o Estado o *jus puniendi*, ou seja, o direito/dever de punir quem quer que atente contra os direitos de outrem, o próprio Estado ou a ordem estabelecida.

Cometido o crime, surge um conflito de direitos fundamentais. De um lado o *jus libertatis* do cidadão e de outro o *jus puniendi* estatal. Deve o Estado, então, substituindo-se às partes envolvidas no delito, aplicar a justiça ao caso concreto, através do direito, solucionando o conflito e promovendo a pacificação social.

E neste intenso conflito que há muito acompanha a humanidade, ocorre o contraste entre o Estado gigantesco e poderoso contra o indefeso e hipossuficiente cidadão, de modo que se faz necessária a criação de mecanismos para refrear a ânsia punitiva estatal e defender o cidadão contra seus erros e arbitrariedades.

A principal forma de se controlar a atuação estatal é a lei. A lei obriga a todos, inclusive aqueles que ocupam cargos importantes e são responsáveis pelo seu cumprimento, bem como o próprio Estado. Não há quem esteja acima da lei ou fora de seu alcance.

Dentre as leis, a mais importante é a Constituição Federal, aquela norma que ocupa a base da pirâmide idealizada por Hans Kelsen e é o cerne do Estado, ao mesmo tempo conferindo e limitando poderes, atribuindo direitos e impondo deveres na atuação governamental.

Em referida carta magna estão insculpidos os principais direitos e garantias fundamentais do cidadão, limitando o Estado numa tentativa de equilibrar duas forças tão distintas neste duelo entre o Estado e o cidadão.

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar os meios que o Estado dispõe para cercear a liberdade do indivíduo bem como a limitação que ele encontra naquele que pode ser considerado um princípio dos princípios: o princípio da proporcionalidade.

## 2 – PRISÃO DEFINITIVA X PRISÃO CAUTELAR

A prisão definitiva é aquela, consistente no cerceamento da liberdade de locomoção do indivíduo, recolhendo o criminoso ao cárcere, aplicada ao término da ação penal contra ele instaurada, após o devido processo legal, é o *carcer ad poenam*. Corresponde, nos dizeres do professor Jose Frederico Marques (2000, p.20), “a pena privativa de liberdade imposta ao delinquente, cumprida mediante clausura em estabelecimento penal para esse fim destinado”.

É a consequência imediata do *jus puniendi* estatal, sendo o reflexo da retirada, pelo Estado, do poder de cada individuo fazer justiça com as próprias mãos e deixá-la, via de regra, na incumbência estatal, tendo em vista que ele é o seu titular exclusivo. Segundo Fernando Capez (2003, p.215) “não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado”. O objetivo de tal prisão, segundo o processualista Antônio Heráclito Mossin (1997, p.357) seria “atender aos anseios da norma penal sancionatória, que é a imposição de reprimenda legal àquele que cometeu o fato punível, cuja conduta não esta amparada pelo direito”.

Cometido um delito, surge para o Estado não uma faculdade, mas um dever de investigá-lo, processar o imputado e, restando comprovada a autoria e materialidade do delito, aplicar após o transito em julgado da ação penal condenatória, como consequência do seu poder punitivo, a sanção penal adequada ao crime perpetrado que, via de regra, é a prisão. Fernando Capez (2003, p.02) assevera que:

“no momento em que é cometida uma infração, esse poder, até então genérico, concretiza-se, transformando-se em uma pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o transgressor. O Estado, que tinha um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir determinada pessoa”

Assim, ao passo em que a prisão definitiva é precedida de todo um devido processo legal, submetido ao contraditório, ampla defesa e demais garantias

processuais, a prisão cautelar prescinde da conclusão do processo para sua decretação, consiste no *carcer ad custodiam*.

As prisões cautelares são aquelas decretadas na fase investigativa ou no curso do processo, em que o legislador achou por bem determiná-las antes mesmo de um juízo definitivo de culpa do julgador tendo em vista acautelar o processo, garantindo-lhe a sua eficácia e utilidade. São consideradas cautelares pois visam acautelar determinados interesses públicos, como a paz social, a ordem pública, o processo e a eficácia penal.

Historicamente falando, as prisões provisórias foram idealizadas antes, como forma do cidadão aguardar o julgamento para ser condenado à penas de suplício, trabalhos forçados ou mesmo a morte. As primeiras notícias da utilização da prisão como uma pena com finalidade em si mesmo, ou seja, prisão definitiva, datam do século XVI.

Embora seja um mal, a prisão cautelar é um mal necessário, devendo ser decretada somente em casos excepcionais e de relevância social. As modalidades de prisão cautelar são: prisão em flagrante; preventiva; temporária; decorrente de sentença penal condenatória recorrível; e de pronúncia, cabendo aqui uma abordagem sucinta de cada uma destas espécies.

Flagrante é palavra derivada do latim, que significa ardente, queimando, ou seja, aquilo que é evidente, patente, claro, manifesto. Em linhas gerais, a prisão em flagrante é aquela perpetrada quando se constata que o crime está ocorrendo, acabou de ocorrer ou presume-se tenha ocorrido. É, nos dizeres do mestre José Frederico Marques (2000, p.72) “o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penalmente ilícita”, ou seja, aquela prisão que se realiza quando do término da infração penal.

É a única prisão em que a própria Constituição diz prescindir da necessidade de ordem judicial escrita e fundamentada, até porque as circunstâncias em que ocorrem, ou seja, no momento da prática delituosa, não dão ensejo a que a autoridade policial ou qualquer do povo dirija-se primeiramente à autoridade judicial solicitando a prisão do indivíduo.

Porém, em contrapartida, determina que a autoridade cumpra uma série de procedimentos para coibir abusos e arbitrariedades, tais como, comunicar o

preso dos seus direitos constitucionalmente assegurados (artigo 5º, LXIII da Constituição), sobre a identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório (artigo 5º, LXIV da Carta Magna), a prisão será imediatamente comunicada ao juiz e à família do preso (artigo 5º LXII), ser-lhe-á entregue nota de culpa no prazo máximo de 24 horas após a voz de prisão (artigo 306 do Código de Processo Penal) e encaminhado cópia à defensoria pública quando não for assistido por advogado (artigo 306, §1º do Código de Processo Penal).

Já a prisão temporária é espécie de prisão cautelar prevista na lei 7.960/89, decretada pela autoridade judiciária competente visando possibilitar a investigação de certos crimes, durante o inquérito policial, com prazo de determinado em lei, qual seja, cinco dias nos crimes descritos na lei ou trinta dias se for hediondo, podendo ambos serem prorrogados uma única vez, pelo mesmo período, desde que ainda persista a necessidade dos motivos que a decretaram.

As prisões decorrentes de pronúncia ou sentença penal condenatória recorrível são aquelas que emanam de pronunciamentos judiciais onde já ocorreram alguns procedimentos que culminaram ou na pronúncia (sentença que encerra uma das fases do procedimento do júri e encaminha o réu ao julgamento pelo Tribunal do Júri) ou na condenação criminal, que poderá ainda ser revista em sede recursal. Com o advento da lei 11.719/08 elas não são mais automáticas, mas precisam ser fundamentadas com a presença dos requisitos da prisão preventiva, ou seja, tais modalidades autônomas deixaram de existir, passando a ser modalidade de prisão preventiva decretada em momentos específicos do processo.

A prisão preventiva, modalidade mais utilizada de custódia cautelar, consiste naquela espécie decretada pelo juiz nos casos em que há prova da materialidade e indícios de autoria do crime, visando resguardar a ordem pública ou econômica, por necessidade da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos crimes delineados no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Ela não será decretada nos casos onde houver provas de que o agente está amparado por alguma causa de excludente de ilicitude, conforme preconiza o artigo 314 do Código de Processo Penal, devendo ser interpretado extensivamente para englobar também as causas excludentes de culpabilidade, pois igualmente nestes casos, ocorrerá a absolvição do acusado.

Frise-se que as decisões que decretam ou mantêm as custódias cautelares, assim como qualquer outro provimento judicial, devem ser devidamente fundamentadas sob pena de nulidade.

Assim, delineadas as prisões provisórias e as hipóteses de cabimento, devemos analisar o princípio da proporcionalidade e o modo como ele influencia e delimita o modo de aplicação de tais medidas.

### **3 – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

As normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico se dividem em dois grandes grupos: as regras e os princípios.

As primeiras são aquelas normas específicas, descritas, imperativas, cujo conflito, seja aparente ou real, com outra regra, se resolve mediante as regras básicas de especialidade, subsidiariedade e posterioridade, uma revogando a outra, seja expressa ou tacitamente.

Já os princípios são normas genéricas e abstratas, que expressam ideais de um modelo jurídico e que são a base, o alicerce do sistema jurídico, preenchendo as eventuais lacunas existentes e dando coesão ao ordenamento. Segundo Sundfeld (1992, p. 137) “são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”.

O jurista alemão Robert Alexy (2008, p.90), enfatizando o caráter finalístico dos princípios, aduz que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”, ou seja, buscam uma determinada finalidade, mas sem relatar os meios necessários para atingi-la.

No plano normativo, os princípios possuem um caráter superior em relação às regras, devido ao seu caráter estrutural.

Além disso, servem como parâmetro de interpretação, e segundo o processualista Edilson Mougnot Bonfim (2008, p.34) são:

“aquelas normas que, por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo e, em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvendo diretamente os conflitos”.

Diz-se que são princípios constitucionais aqueles que decorrem da interpretação da Constituição Federal. Segundo o professor Celso Ribeiro Bastos (1995, p.143):

“Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o ordenamento jurídico. [...] Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se sobre um sem-número de outras normas”.

Tal superioridade evidencia-se na medida em que não podem as regras existentes violarem tais princípios constitucionais, devendo com eles harmonizarem-se ou serem declaradas inconstitucionais.

Através de referidos princípios a Constituição Federal se faz atuar concretamente em todos os ramos do direito e, em especial, no direito penal e processual penal.

Frise-se que nestes ramos, atua precipuamente como freio ao anseio punitivo estatal, limitando seu *jus puniendi* e dando ênfase ao *jus libertatis*, protegendo o cidadão dos abusos do Estado.

Porém, nem sempre, no caso concreto, harmonizam-se dois ou mais princípios e, não tendo eles hierarquia entre si, devem tais conflitos ser analisados casos a caso. Diferentemente das regras, onde apenas uma detém validade sobre a outra, os princípios, mesmo quando aparentemente opostos, coexistem e devem se complementar.

Assim, sob determinadas e específicas condições terá um princípio precedência sobre o outro, atuando naquele caso, pois segundo Robert Alexy (2008, p. 94) “os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. É o que se denomina precedência condicionada de um princípio sobre outro.

Deve-se ter em mente que não só a Constituição é fonte de princípios, mas também, por exemplo, as Convenções e Tratados Internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, que após a Emenda Constitucional nº 45 passaram a ter “status” Constitucional.

Passemos, agora, a uma análise mais apurada do Princípio da Proporcionalidade, que é o tema central do presente trabalho.

#### **4 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PRISÕES CAUTELARES**

O princípio da proporcionalidade, também classificado como um superprincípio ou princípio dos princípios, é uma restrição às restrições que o Estado impõe ao indivíduo, culminando numa aplicação razoável e justa do direito, que leve a uma adequação proporcional entre os meios empregados e os fins almejados.

A primeira finalidade de tal princípio reside no campo da hermenêutica constitucional, como parâmetro para solução de conflitos entre direitos fundamentais, seja este conflito vertical (direito individual x direito estatal) ou horizontal (direito individual x direito individual).

Embora não explicitado na Constituição no que tange à seara penal, não se discute mais sua aplicação neste ramo do direito, posto que considerado um princípio geral do direito, decorrendo das previsões constitucionais do Estado democrático de direito, de justiça e da dignidade da pessoa humana.

Tal princípio visa nortear a atitude do magistrado no caso concreto, onde ele encontra uma situação fática e jurídica na qual dois princípios são aplicáveis, porém contrários entre si, devendo buscar uma conciliação entre ambos.

Em um sentido mais amplo, também pode ser considerado como uma proibição do excesso estatal, uma limitação ao arbítrio, impondo que uma norma somente terá validade se os benefícios que ele trouxer forem maiores que os prejuízos que ela proporcionará.

Mas se de um lado se proíbe que o estado invada a liberdade individual de maneira excessiva, de outro também se impõe que ele dê uma eficácia mínima aos direitos assegurados, ou seja, há uma proibição de uma proteção deficiente às garantias individuais, vinculando todos os poderes estatais.

Numa correlação entre meios e fins, Luiz Alberto David Araújo (2007, p.89) aduz que tal princípio “objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma”.

Nesse sentido, o Princípio da Proporcionalidade pode ser subdividido em três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que atuam em campos distintos, segundo Alexy (2008, p.118):

“A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”.

Pela adequação, deve ser verificado se a medida estatal é idônea para atingir o fim a que se destina, sendo o exame da adequação meio-fim realizado de modo empírico, sem valorar a sua maior ou menor eficácia, mas simplesmente a sua capacidade de atingir o objetivo perseguido.

Pelo subprincípio da necessidade, também conhecido como da indispensabilidade ou intervenção mínima, deve-se indagar se é necessária aquela medida restritiva de direito fundamental para atingir o fim justificado. Na hipótese de existirem vários meios idôneos (subprincípio da adequação), se deve optar pela escolha daquele que seja menos gravoso ao exercício do direito.

Já a proporcionalidade em sentido estrito, também conhecida pela justa medida, estabelece que deva haver uma ponderação, uma análise qualitativa entre as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins, não podendo haver uma desproporcionalidade entre o meio e o fim. Assim, segundo Robert Alexy (2008, p.167) “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

Como norma maior orientadora do ordenamento jurídico, devemos analisar as disposições legais levando-se em consideração tais balizas, inclusive as concernentes às prisões cautelares, bem como aplicá-las ao caso concreto com a devida ponderação.

Deste modo, devemos fazer duas análises distintas para entendermos a aplicabilidade de referido princípio nas prisões cautelares, quais sejam, uma análise abstrata dos dispositivos legais e uma análise concreta, quando da real aplicação de tais medidas ao indivíduo.

Assim, a colisão entre os direitos fundamentais do *jus libertatis* e do *jus puniendi*, deve ser solucionada levando-se em conta o princípio da proporcionalidade.

Somente será constitucionalmente legítima a prisão provisória, nas palavras de Antonio Vieira (2008, p. 445) quando:

“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.”

Sob tais aspectos, revela-se extremamente negativa a adoção brasileira de um sistema bipolar para aplicação de medidas cautelares, ou seja, ou prende o indivíduo ou o solta. Não há um meio termo, medidas escalonadas, mas simplesmente os extremos: liberdade e prisão.

Essa bipolaridade deixa ainda mais árdua a tarefa do magistrado para decretar ou não a prisão preventiva, posto que, se decidir por não fazê-la, deverá deixar o acusado em liberdade, não podendo impor nenhuma outra medida que tivesse a mesma finalidade, mas que causasse menos malefícios ao cidadão, devido à ausência de previsão legal de outras medidas cautelares.

Deste modo, a prisão preventiva às vezes é decretada sem real necessidade, pelo fato de não haver uma medida intermediária, de modo que os juízes optam por proteger a sociedade, adotando a prisão cautelar sem os requisitos necessários, em detrimento ao direito do acusado.

Assim, analisando a prisão preventiva sob o critério da adequação, posto ser única medida cautelar prevista no ordenamento jurídico, é, abstratamente, legítima a sua aplicação.

Quanto à necessidade da aplicação da medida, esta deve ser auferida no caso concreto, observando se presentes os motivos legais de sua decretação, bem como sua indispensabilidade para assegurar o desfecho processual, que deve ser o mais célere possível.

No que tange à proporcionalidade em sentido estrito, aqui se deve fazer uma observação referente à eventual desproporção entre medida cautelar e o provimento final do processo.

Cotejando-se o eventual resultado final do processo com a prisão preventiva imposta, deve haver razoabilidade e proporção, de modo que o meio não seja mais gravoso que o próprio fim do processo.

Revela-se, portanto, totalmente ilegal aquela prisão preventiva decretada em que o juiz, objetiva e subjetivamente, ao analisar o caso concreto e seu provável desfecho em caso de eventual condenação, constata que não será imposta pena de prisão ao acusado ou será esta substituída por menos gravosa que o regime fechado em que ele aguarda o deslinde processual.

A prisão processual não pode se tornar um mal maior que a própria pena que eventualmente será imposta ao acusado. A razão de existir da prisão preventiva é o resultado final do processo, não podendo se constituir em antecipação da pena e, muito menos, em pena maior ou mais gravosa do que a que poderá ser aplicada.

Se, e apenas no juízo abstrato e teórico, pudéssemos considerar que um processo iria propiciar a um acusado, constitucionalmente presumido inocente, uma situação fática pior do que aquela que decorreria de sua condenação, estaríamos invertendo toda a lógica e essência do processo e tratando o inocente de forma mais cruel do que o próprio condenado.

Ora, o processo existe como garantia fundamental ao cidadão e sua existência não pode implicar em um malefício maior do que sua ausência. Chegaríamos ao absurdo de tornar mais gravoso ao acusado submeter-se ao devido processo legal, que existe para protegê-lo contra os abusos e injustiças, do que efetivamente cumprir antecipadamente a pena. Estar-se-ia utilizando um direito fundamental do acusado em seu prejuízo.

Sobre as conseqüências de tal nefasta hipótese, que ocorre muito em nosso país, leciona Antônio Vieira (2008, p. 449) que:

“encarcerar provisoriamente um acusado e lhe dar como perspectiva de condenação o cumprimento de uma pena alternativa, por exemplo, faz com que ele teime 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”.

Logo, somente será válida, legal e constitucional, *a priori*, quando respeitar, ao menos, uma proporcionalidade entre a quantidade e qualidade da prisão cautelar em relação ao provimento final do processo, ou seja, não pode a violência da decretação da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória exceder a violência que pode ser causada pela pena.

## **CONCLUSÃO**

Deste modo, podemos concluir que o princípio da proporcionalidade atua como freio ao ímpeto estatal de punir o indivíduo de forma desmedida, além de servir como base hermenêutica ao magistrado e parâmetro ao legislador na elaboração das leis que versem sobre o cerceamento da liberdade do indivíduo.

Já ocorre uma certa positivação de tal premissa, v.g., na proibição do flagrante em crimes de menor potencial ofensivo, bem como a vedação, via de

regra, da decretação da prisão preventiva nos delitos punidos com detenção e quando houver prova de que o agente estava amparado por causas que excluem o crime ou a pena.

Porém, ainda há muito a ser corrigido e expressamente proibido na legislação.

Vários dispositivos legais devem ser decretados inconstitucionais pelo magistrado no caso concreto e, futuramente, pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado da lei, como o artigo 313, inciso II do Código de Processo Penal, pois não há como se admitir o cabimento de prisão preventiva em crimes punidos com detenção, onde as penas são ínfimas, sujeitas a diversos benefícios legais que isentam e evitam a prisão, bem como, em casos extremos de condenação a prisão, sujeitar-se-ão ao regime semi-aberto ou aberto, não podendo ter situação mais gravosa durante o processo do que durante o cumprimento da sanção pelo delito cometido.

Deve-se interpretar o texto legal para impedir que, no caso concreto, haja vedação de decretação ou manutenção de custódia cautelar nos casos em que o julgador veja que estão presentes requisitos que autorizarão no futuro a concessão de benesses que impedirão o acusado de se submeter a regime prisional, como, por exemplo, suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa.

Também nos delitos cuja pena que provavelmente virá a ser aplicada ao acusado caso venha a transitar em julgado a sua eventual condenação revele que será imposto o regime semi-aberto ou aberto, não poderá o acusado aguardar preso em regime fechado o desfecho do processo, sob pena de ferir o Princípio da Proporcionalidade.

Quanto à limitação temporal da custódia preventiva, não positivada ainda, deve haver controle dos órgãos jurisdicionais para que sua duração, na pior das hipóteses, não ultrapasse a possível pena a ser aplicada e, numa ótica ainda mais garantista e justa, não exceda a 1/6 da pena que possivelmente será cominada nos crimes comuns ou 2/5 nos delitos hediondos em caso de réu primário e 3/5 nos crimes hediondos em caso de réu reincidente, pois estas hipóteses autorizariam progressão de regime, o que é inconcebível em sede de custódia cautelar, não

podendo o réu ficar mais tempo em regime fechado na prisão preventiva do que ficaria na imposição de eventual condenação, sob pena de violar a dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade, além de subverter toda a lógica processual.

Os danos que uma prisão injusta e desnecessária trazem ao preso e, por conseqüência, a toda a sociedade e sistema de garantias e direitos são nefastas, devendo ocorrer uma profunda e imediata mudança na mentalidade de legisladores e magistrados para evitar ao máximo a prisão e elaborar outros meios de atingir a finalidade cautelar que teoricamente se espera da prisão preventiva.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**, volume IV. 2 ed. Campinas: Millunium, 2000.

MOREIRA, Romulo de Andrade (Org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

MOSSIN, Heraclito Antonio. **Curso de Processo Penal**, vol. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 9ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. **A cautelaridade da Prisão Preventiva**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 3<sup>o</sup> volume. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.