O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS SUBSTITUTIVAS DA PRISÃO CAUTELAR

Como citar esse artigo:

SOUZA NETTO, José Laurinda de. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 2, p. 176-196, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/90/90>. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v2i2.90>.

José Laurindo de Souza Netto¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Princípio da proporcionalidade. 3 A legalidade na adoção das medidas substitutivas da prisão cautelares. 4 As medidas cautelares substitutivas da prisão. 5 Inexistência de prisão cautelar no sistema do Juizado Especiais Criminal.

Resumo: O presente trabalho mostra a importância da adoção das medidas alternativas à prisão cautelar, à luz do princípio da proporcionalidade. Para tanto, foi fornecida uma visão geral do tema. Depois, passamos a analisar a impossibilidade da prisão preventiva no sistema dos Juizados Especiais Criminais. Foi analisada a realidade brasileira, e o que vem ocorrendo em outros países. Com a apresentação de um ponto de vista, almeja-se que o estudo colabore para a maior efetividade das normas constitucionais.

Palavras-chave: Medidas substitutivas da prisão cautelar.

Abstract: The present work demonstrate the importance of the adoption of alternative measures for a cautionary imprisonment in the light of the principle of proportionality, for which an

¹ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná – PUC. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano, registrado no CNPQ. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jl@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>

Argumenta Journal Law

overview on the subject was provided. Next, it was analyzed the impossibility of the preventive imprisonment in the system of the Criminal Small Claims Courts. The Brazilian and what has occurred in other countries were considered. By presenting a point of view, this study is intended to collaborate for a higher effectiveness of the constitutional regulations.

Key-words: Alternative measures for arrest.

1 INTRODUÇÃO

As recentes legislações na seara do ordenamento criminal têm gerado uma incoerência lógica no ordenamento jurídico, pautada pela utilização simultânea do liberalismo das normas de direito substantivo e antagonicamente pela autoridade, no que diz respeito aos institutos processuais.

O direito penal hodierno tem se caracterizado pela difusão de sistemas alternativos à punição pela prisão, estabelecendo como política criminal a intervenção mínima.

Já na legislação processual penal, a tônica tem sido o endurecimento institucional, como resposta à argumentação de que as leis do processo e os meios disponíveis para a averiguação dos crimes são inoperantes.

Tal contradição conduz a situação de que, no campo penal, substitui-se a prisão como pena, mantendo-a como medida cautelar.

As causas injustificáveis de excesso na duração dos processos desencadeiam a degradação das condições de vida dos detentos, lesionando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, a substituição da prisão cautelar por medidas menos gravosas, que satisfaçam suficientemente, e com menor dano, as exigências cautelares, é uma tendência que se apresenta cada vez mais forte no direito comparado, facilitando, desse modo, a reabilitação social do acusado.

Todos os códigos processuais modernos criaram um sistema de medidas substitutivas, restringindo a prisão provisória aos casos de extrema necessidade.

No nosso sistema jurídico, ao contrário, faltam medidas intermediárias entre a liberdade e a prisão.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Argumenta Journal Law

Sobre o sistema das prisões provisórias, na Alemanha e no Brasil, Sidnei Agostinho Benetti lembra

O chamado princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), pelo qual a prisão preventiva não pode ser imposta caso não exista adequação da grave restrição de liberdade à infração imposta e à pena prevista. Desse princípio resulta a inadmissibilidade da prisão preventiva relativamente a pequenas infrações, para as quais não seja prevista pena privativa de liberdade." (BENETTI, 1991, p. 272).

A proporcionalidade² é autônoma, legitimando-se nos valores de justiça. Além de estabelecer um critério valorativo constitucional das restrições dos direitos, propicia um direcionamento na atividade hermenêutica, tornando-se um importante instrumento de combate às arbitrariedades. Surgiu no Direito Administrativo³, para as atividades policiais, e alastrou-se, posteriormente, a todo o Direito Público, inclusive ao Direito Penal.

Na história, como exigência de pena, a ele se referiu Montesquieu, em suas *Canas persas*; Beccaria também abordou a razoabilidade no sistema punitivo em sua obra *Dos delitos e das penas*.

O princípio da proporcionalidade é, pois, uma construção do pensamento jurídico, inerente ao Estado de Direito, que exige do Estado o exercício moderado de seu poder.

Torna-se um princípio constitucional, com expressão da pretensão geral de liberdade frente ao Estado, pois atua como meio de proteção do status libertatis, estabelecendo limites à intervenção estatal, somente justificada quando não ultrapassa o estritamente necessário à consecução do fim pretendido. Tem categoria Constitucional, sem que com isso perca sua natureza processual, podendo ser considerado um princípio processual do Estado de Direito.

² Sobre o tema da razoabilidade, ver os seguintes importantes trabalhos monográficos BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. (1996), e ST UMM, Denise. Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro. (1985) ³ Funcionava como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos Entes Públicos na vida privada. Ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos do Direito Administrativo. (1998)

³ Funcionava como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos Entes Públicos na vida privada. Ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos do Direito Administrativo. (1998)

Argumenta Journal Law

A primordial função do princípio da proporcionalidade vinculase ao Direito Constitucional na esfera dos direitos fundamentais, onde serve basicamente à proteção da liberdade e dos princípios e garantias fundamentais.

Visando a dar eficácia a direitos fundamentais, apresenta-se a proporcionalidade num contexto normativo como garantia especial de limite ao Poder Público, exigindo desta atuação adequada e justa.

A cláusula da razoabilidade protege o cidadão contra os excessos, muitas vezes, praticados pelo Estado, e serve como meio de defesa dos direitos e das liberdades constitucionais. Protege o indivíduo contra as intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que oneram o cidadão, mais do que o indispensável para os interesses públicos

Desse modo, causa lesão à proporcionalidade a exigência de um meio, quando é claro, desde o princípio, que se pode recorrer a outro, igualmente eficaz, porém menos lesivo ou quando se comprova, posteriormente, que o mesmo objetivo poderia ter sido alcançado com um meio menos restritivo.

Não cabendo aqui uma recensão sistemática e esgotante da plethora de construções doutrinárias, que se propõe a enunciar os pressupostos e requisitos da proporcionalidade, apresentam-se as mais credenciadas.

O princípio da proporcionalidade, conforme anota CANOTILHO, significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação feita por lei ou com base na lei deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada à prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não sejam necessárias para se obter os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será, então, exigível ou necessária, quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos "coativo", relativamente aos direitos restringidos. O princípio da proporcionalidade, em sentido restrito (princípio da "justa medida"), significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote "cargas coactivas" de direitos, liberdades e garantias "desmedidas",

Argumenta Journal Law

"desajustadas", "excessivas" ou "desproporcionadas" em relação aos resultados obtidos. (CF. CANOTILHO, 1995).

Nicolas GONZALES, do mesmo modo, aceitando a construção elaborada pela jurisprudência e pela doutrina alemã, apresenta dois pressupostos do princípio da proporcionalidade: um formal, constituído pelo princípio da legalidade, e outro material, o princípio da justificação teleológica. O primeiro exige que toda medida limitativa seja prevista pela Lei; e o segundo, um fim legítimo justificativo da ingerência. Apresenta, ainda, dois requisitos: um extrínseco, constituído pelos requisitos da judicialidade e motivação, e outro intrínseco, constituído pelos princípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade no sentido estrito.

Pela judicialidade, certos direitos constitucionais só podem ser restritos com autorização de um órgão judicial, por decisão motivada. Exige-se que a intervenção judicial, na limitação de certos direitos ocorra prévia ou imediatamente após a ingerência.

Nossa Constituição indica expressamente que certos direitos só podem ser limitados pela autoridade judiciária. Assim, o artigo 5, inciso XII, que, por ordem judicial, excepciona a inviolabilidade das comunicações telefônicas, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer, o inciso XI, que excepciona a inviolabilidade do domicílio, o inciso LXI que excepciona a liberdade, o inciso LXII, que exige a comunicação imediata da prisão ao juiz competente. São as questões denominadas, por CANOTILHO (1996), reserva constitucional de jurisdição.

O dever de motivação tem como fundamento não só facilitar o controle do poder público, mas, sobretudo, configurar-se com o pressuposto do exercício da defesa.

Como requisitos intrínsecos, toda medida deve ser idônea, para a consecução da finalidade perseguida (princípio da idoneidade), proibindo-se qualquer excesso e, portanto, exigindo-se a substituição da medida mais gravosa por outra menos lesiva, que assegure igualmente o mesmo fim (princípio da necessidade ou da intervenção mínima). Além disso, o princípio da proporcionalidade se aplica com a finalidade de determinar, mediante a utilização das técnicas de contrapeso de bens ou valores, segundo as circunstâncias do caso concreto, se o sacrifício dos interesses individuais guarda uma

Argumenta Journal Law

relação razoável com a importância do interesse estatal que se pretende salvaguardar (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Ao contrário da Constituição portuguesa, que no seu artigo 1 8, 2 prevê que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, em nossa Constituição não há norma explícita. Entretanto, não existem dúvidas acerca da possibilidade de extrair a garantia do preâmbulo, onde constam os valores do sistema constitucional brasileiro.

A idéia da realização da justiça, como valor supremo a ser perseguido, implica a realização do razoável e do proporcional. Ao integrar o conjunto de valores consagrados no preâmbulo constitucional, vem a justiça ser princípio que se "projeta sobre os preceitos e sobre os restantes setores do ordenamento", como afirma Jorge MIRANDA (1983)

No preâmbulo constitucional, encontra-se, ainda, o princípio da liberdade, o qual constitui direito inviolável, que apenas pode ser restrito por ofensa efetiva a um bem jurídico e de forma proporcional ao relevo social do valor atingido. Não se pode esquecer, também, que o artigo 3 9 da Constituição Federal estabelece, como um dos objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade justa, o que exige leis adequadas, justas, restritivas de direitos apenas quando necessário, razoáveis.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se vinculado ao princípio da proporcionalidade. O princípio da No preâmbulo constitucional, encontra-se, ainda, o princípio da liberdade, o qual constitui direito inviolável, que apenas pode ser restrito por ofensa efetiva a um bem jurídico e de forma proporcional ao relevo social do valor atingido. Não se pode esquecer, também, que o artigo 3 9 da Constituição Federal estabelece, como um dos objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade justa, o que exige leis adequadas, justas, restritivas de direitos apenas quando necessário, razoáveis.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se vinculado ao princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade emana, também, da proibição de penas cruéis da determinação da individualização da pena. Ademais, na Carta Magna, o princípio da proporcionalidade vem consagrado de forma implícita no artigo 52,

Argumenta Journal Law

parágrafo 22, o qual se refere à parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, bem como da essência do Estado Democrático de Direito e dos princípios por ele consagrados. Assim, a declaração de que o Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito (artigo I Q da CF), tendo, como fundamento, a dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo I Q da CF), e, como objetivo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, configura-se como valores e princípios fundamentais, que são pilares básicos para a vigência do princípio da proporcionalidade.

Ensina o autor espanhol, Nicolas GONZÁLES, que o princípio da proporcionalidade, aplicado ao Processo Penal, foi mencionado pela primeira vez na Alemanha, em 1875, por ocasião do julgamento de jornalistas que haviam se recusado a servir de testemunhas, para os quais se postulava a aplicação de penas proporcionais aos crimes. Tal construção doutrinária e jurisprudencial alemã transportava, para o Direito Processual Penal, a noção de que já se havia estabelecido fortemente no Direito Penal e, pioneiramente, no Direito Administrativo, de controle judicial da proporcionalidade.

Em sede de processo penal, que supõe confrontação indivíduo estado, o princípio assume relevo especial. A exigência da proporcionalidade nessa ordem, como garantia jurídica fundamental, reforça a íntima conexão entre Direito Constitucional e Direito Processual Penal.

A importância da aplicação prática no devido processo legal está em discutir, à luz da proporcionalidade ou da razoabilidade, a conveniência das custódias corporais cautelares, como as prisões temporárias, preventivas, provisórias, decorrentes de flagrante e das sentenças condenatórias, além das provas ilícitas. A manutenção dessas formas de prisão só se admite no limite exato do princípio do devido processo legal (princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade). Tudo que exceder tal medida se afigura inconstitucional e deve ser rejeitado pelos tribunais.

3 A LEGALIDADE NA ADOÇÃO DAS MEDIDAS SUBSTITUTIVAS DA PRISÃO CAUTELAR

Argumenta Journal Law

Em virtude da intenção do legislador penal de buscar cada vez mais alternativas à pena de prisão de curta duração, a necessidade de evitar a prisão provisória ganha relevo.

A legislação processual penal brasileira, porém, não prevê a possibilidade de substituição da prisão cautelar, por outras medidas menos lesivas, além da liberdade provisória.

Apesar da falta de previsão legal, é possível defender a possibilidade dos juízes aplicarem medidas alternativas à prisão cautelar, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade e da interpretação das normas no sentido mais favorável à efetividade dos direitos fundamentais.

Para isso, impõe-se, além da previsão em lei da medida mais gravosa (prisão cautelar), a idoneidade e menor lesividade da medida substitutiva (da prisão). Desde que a medida menos gravosa seja suficientemente eficaz para alcançar a finalidade perseguida pela prisão, torna-se desproporcional a adoção desta última.

O princípio da legalidade tem sido argumentação para não se admitir a possibilidade da adoção de medidas alternativas à prisão. Nesse sentido, Fernandes Antonio SCARANCA afirma que somente serão legítimas se 'taxativamente previstas em lei, não se admitindo por isso, interpretação extensiva.' (Cf. 1991)

Em verdade, não se trata de inexistência de previsão legal, pois para a utilização dessas medidas cautelares substitutivas da prisão, por parte dos juízes (jurisdição constitucional), é necessário que estejam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, inerentes da própria prisão (medida restritiva mais gravosa).

Como a medida que deve ser substituída (prisão) se encontra regulada pela lei, a restrição emanada da medida alternativa dispõe de fundamento legal, já que a lei autoriza a limitação mais rigorosa.

Como afirma Nicolas GONZÁLES,

"nesse sentido, a aplicação judicial do princípio da intervenção mínima com adoção de medidas não reguladas pela lei, não supõem mais que a aplicação do conhecido aforismo 'quem pode o mais, pode o menos', sendo ademais a 'eleição do menos' exigência constitucional. (1987)

4 AS MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS DA PRISÃO

No direito comparado, a adoção de medidas cautelares substitutivas da prisão não é recente. O Código de Processo Italiano, de 1865, já caminhava por esta trilha. A lei francesa, de 17 de julho de

1970, introduziu no código de processo francês as "medidas de controle judicial". Atualmente, todas as legislações processuais mais modernas preveem um sistema, onde a prisão só pode ser utilizada quando as medidas alternativas não venham a garantir suficientemente a finalidade perseguida.

Em recente encontro do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, foram apresentadas as seguintes medidas alternativas: liberdade mediante caução, vigilância por terceiros, obrigação de comparecimento periódico perante autoridade, internamento em instituição especializada, prisão domiciliar, obrigação de permanecer no país, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de entrar em contato com certas pessoas, retirada de passaporte, retirada de carteira de motorista, restrições ao exercício de atividades profissionais em funções e serviços públicos, retenção de armas. As circunstâncias do caso concreto determinam a cautela alternativa, concretizada num elenco não taxativo.

5 INEXISTÊNCIA DE PRISÃO CAUTELAR NO SISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

O princípio do estado de inocência expressa o limite da aplicação de coerção processual contra o acusado, repugnando ao Estado de Direito a antecipação da pena, durante a persecução penal.

A prisão preventiva, caso especial de coerção processual, é, no Processo Penal, meio excepcional, pois se aplica a um cidadão, que, por imposição legal, deve-se considerar inocente.

A natureza estritamente excepcional, não obrigatória e subsidiária da prisão preventiva é reconhecida pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 16

de dezembro de 1966, no artigo 9, 3: "Não deve ser em regra obrigatória à detenção de pessoas que aguardam julgamento (...)".

Helio TORNAGHI (1978) assevera que "Sendo a prisão provisória lesiva da liberdade, somente nos casos concretos em que se revelar estritamente necessária, mais que necessária, imprescindível, é que deve ser usada".

Sendo matéria de reserva de jurisdição, o juiz, na análise da finalidade da medida, no caso concreto, não deve ultrapassar certos limites teleológicos, pré-determinados no artigo 312 do CPP.

A excepcionalidade da custódia preventiva encontra-se caracterizada no artigo 50, inciso LXVI, da Constituição Federal, quando determina que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança".

Como se sabe, a sua decretação no nosso ordenamento, cabe em regra, nos crimes dolosos punidos com reclusão (artigo 313, inciso I, do CPP).

Só seria cabível, nos crimes dolosos punidos com detenção, quando restar demonstrado que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la. Entretanto, as hipóteses previstas no artigo 323 II (nas contravenções tipificadas nos artigos 59 e 60), da lei das contravenções penais, ou seja, entregar-se habitualmente à ociosidade e mendigar; e artigo 334 (em qualquer caso se houver no processo prova de ser o réu válido), não pode mais permanecer como causas de inafiançabilidade diante do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, esculpido na Constituição de 1988. Desse modo, o indiciado ocioso, mendigo ou vadio não poderá ser privado do direito à fiança que a Constituição Federal assegura a todos. Por outro lado, ocorre que o tratamento legal dispensado para os delitos de menor potencial ofensivo é incompatível com o encarceramento preventivo, diante da imperiosa presença do acusado no procedimento, embora o argumento não seja, por evidente, cabal.⁴

⁴ Doorgal G. de Andrade emite opinião contrária: "Quando a lei impediu a prisão em flagrante, não proibiu a prisão preventiva. Esta continua acontecendo nos casos previstos no Código de Processo Penal" (ANDRADA, Doorgal Gustavo B. de. A suspensão condicional do processo penal. Belo Horizonte: Livraria Dei Rey, 1996, p. 59).

Argumenta Journal Law

Definitivo, este sim, é o argumento que indica ser um contrassenso o fato de o imputado vir a sofrer mais durante o processo do que com a pena que eventualmente venha a receber em caso de condenação.

O Código de Processo Penal português, no seu artigo 1930, 1, estabelece que "as medidas de coação a aplicar devem ser proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas". No mesmo sentido, o disposto no artigo 321, do CPP brasileiro, garante uma situação de liberdade plena quando o réu se livra solto.

O encarceramento preventivo, no Juizado, apresenta-se desproporcional à pena que se espera, superando-a em gravidade. Assim, a inexistência de poder estatal para privar os indivíduos de liberdade, no sistema do Juizado, leva a revigorarão do princípio do estado de inocência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADA, D. A suspensão condicional do processo penal. Belo Horizonte: Livraria Dei Rey, 1996.
- BARROS, S. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BENETTI, S. Prisão provisória: direitos alemão e brasileiro. São Paulo: RT, 1991.
- CANOTILHO, J. Direito constitucional. Lisboa: Livraria Almedina, 1995.
- CANOTILHO, J. O Direito constitucional e teoria da Constituição. Lisboa: Livraria Almedina, 1996.
- GONZALES-CUELLAR-SERRANO, N. Proporcionalidade y derechos fundamentales em el proceso penal. Madrid: Colex, 1987.
- MELLO, C. Elementos do Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1998.
- MIRANDA, J. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1983.
- STUMM, D. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1985.
- TORNAGHI, H. Instituições de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1978.