

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THAÍS CECATO

LEI Nº 12.403/2011 E DESDOBRAMENTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:
PRISÃO COMO MEDIDA CAUTELAR DE *ULTIMA RATIO*

CURITIBA

2013

THAÍS CECATO

LEI Nº 12.403/2011 E DESDOBRAMENTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:
PRISÃO COMO MEDIDA CAUTELAR DE *ULTIMA RATIO*

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. André Ribeiro Giamberardino.

CURITIBA
2013

A Deus, criador do mundo, e à minha
família, fonte de fortaleza.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos, não só aos que me ajudaram a desenvolver este trabalho, mas aos que passaram por minha trajetória nesta Faculdade e me fizeram amadurecer e desenvolver como ser humano.

Agradeço a todos e sem citar nomes para não incorrer em esquecimentos. Foram inúmeras as peças e cada uma com seu papel determinante para a minha construção.

De forma resumida, sou imensamente grata aos professores, familiares, amigos, estágios, bibliotecárias, pessoal da coordenação e aos entrevistados, que docemente se disponibilizaram a auxiliar diretamente nesta pesquisa e com os quais tive a oportunidade de compartilhar um pouco da sabedoria e rica experiência.

As palavras são poucas, mas meu sentimento é pleno de gratidão e sinceridade. Muito obrigada a todos vocês.

“Não se pode resolver um problema a um nível de pensamento igual ao que permitiu criá-lo”.
Einstein.

“A prisão é uma forma cara de tornar as pessoas piores”.
Douglas Hurd.

RESUMO

O presente trabalho chama atenção à realidade do sistema prisional brasileiro, isto é, ao inchaço da população carcerária, composta por mais de 40% de presos cautelares. Aliada à análise fática, analisa-se também a Lei nº 12.403/11, mais uma das pequenas reformas parciais, que modificou diversos artigos no Código de Processo Penal, com destaque ao Título IX. A referida Lei foi fundamental para se colocar um fim ao sistema radical bipolar (prisão ou liberdade), vindo a acrescentar diversas outras medidas intermediárias, hoje previstas nos artigos 319 e 320 do CPP. Após analisadas as mudanças legislativas, foi feita pesquisa de campo. Por meio deste estudo foram entrevistados vários operadores, que apresentaram a opinião e experiência em relação ao assunto, expondo o perfil judiciário brasileiro em relação ao tema.

Palavras-Chave: Lei nº 12.403/2011; Prisão cautelar; Medidas alternativas à prisão.

ABSTRACT

This paper draws attention to the reality of the prison system, *ie*, the swelling of the prisoners, comprising over 40% of precautionary prisoners. Coupled with the factual analysis, the Law nº 12.403/11 was also analyzed, an additional small partial reform, which changed several articles in Criminal Procedure Code, particularly Title IX. This law was essential to put an end to the radical bipolar system (prison or freedom) been adding several other intermediate measures, now under Articles 319 and 320 of the CPP. After analyzing the legislative change, a field survey was conducted in which respondents were several operators who described the opinion and experience on the subject, exposing the Brazilian judiciary profile on the subject.

Keywords: Law nº 12.403/11; Cautelar Prison; Personal precautionary measures.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ENCARCERAMENTO	12
2.1 ENCARCERAMENTO NO MUNDO.....	12
2.2 ENCARCERAMENTO NO BRASIL	17
2.3 ENCARCERAMENTO NO PARANÁ	22
3 PRISÃO CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO	23
3.1 NOÇÕES GERAIS.....	23
3.2 CARACTERÍSTICAS/PRINCIPIOLOGIA	24
3.3 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO.....	28
3.4 DA DISFUNÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR	34
3.5 OS EFEITOS DA PRISÃO CAUTELAR EM VÁRIAS DIMENSÕES.....	37
3.6 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR	40
3.7 AS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – ALTERNATIVAS VERSUS SUBSTITUTIVAS	45
3.8 REGRAMENTO, RUMO AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	49
3.9 LEI Nº 12.403/2011 E DESDOBRAMENTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	52
3.10 MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011.....	54
3.11 BREVE CRÍTICA AO DISCURSO DA CAUTELARIDADE	57
4 PESQUISA DE CAMPO	60
4.1 A PESQUISA DE CAMPO E O MÉTODO.....	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é o estudo das medidas cautelares pessoais com ênfase à prisão em relação ao princípio da presunção de inocência, paradigma que garante a todo cidadão o status de inocente até superveniência de sentença condenatória transitada em julgado (conforme o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal da República do Brasil¹) e princípio da homogeneidade, paradigma que garante proporcionalidade entre a medida aplicada e a pena prevista.

A prisão cautelar, de forma simplória, é toda aquela decretada antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado; já o princípio da presunção de inocência² indica que todos os cidadãos são presumidos inocentes até o decorrer de uma decisão em definitivo que demonstre o contrário.

Num primeiro momento, prisão cautelar e presunção de inocência parecem conceitos excludentes, pois conflitam entre si, porém são termos que coexistem na atual ordem constitucional. Sem o desenrolar de um processo, no decorrer de uma simples investigação, por exemplo, o sujeito torna-se passível de privação de sua liberdade e, assim, a presunção de inocência é afastada.

Seguindo o entendimento majoritário, prisão cautelar e presunção de inocência, mesmo assim, são conceitos compatíveis, pois a prisão cautelar não se trata de antecipação da pena³ (o juízo, nesse caso, não seria de culpabilidade e tão somente de periculosidade do acusado). De qualquer forma, a preocupação quanto à incompatibilidade é bastante importante, pois as consequências da prisão cautelar e da prisão pena são bastante drásticas seja ao acusado ou ao condenado.

É evidente que uma vez preso, o cidadão sofre com diversas situações, inclusive com estigmas que influenciam a decisão final do processo, mesmo

¹ BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. p.19.

² Conforme o autor Aury Lopes Junior: “A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que réu seja tratado como inocente)”. LOPES JR., A. C. L. **Prisões cautelares**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

³ Há outras correntes que defendem a ideia de prisão cautelar como antecipação da pena, sim, assemelhando-se à própria prisão como resultado de condenação em definitivo. Assim está: “Se não se sustenta sua diferenciação teleológica, na medida em que ambas cumprem a função real de incapacitação dos indivíduos ou grupos tidos como “socialmente perigosos”, não há argumento consistente que sustente serem elas institutos diversos”. GIAMBERARDINO, A. R. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 198 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 185.

havendo a presunção de inocência, destacando novamente a questão da eventual incompatibilidade.

Junto das consequências nefastas da prisão para o desenrolar do processo e para o indivíduo, soma-se ainda à banalização do uso da prisão cautelar em decisões mal fundamentadas e genéricas, que parecem desconhecer o caráter excepcional da medida e contribuem para a superlotação carcerária.

Neste cenário, o presente estudo destaca o papel da Lei nº 12.403/2011, um dos regramentos componentes das reformas processuais penais (Lei nº 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008 e 11.900/2009) – que veio para ressaltar ainda mais a escolha pela prisão como último instituto, quando já não se puder lançar mão de outra medida mais apropriada e eficaz.

Em síntese, no primeiro capítulo, apresenta-se a realidade carcerária em situação de crise no mundo e especificamente no país. Dados são trazidos para demonstrar o que se passa no sistema penitenciário, para o qual tem se buscado alternativas.

No segundo capítulo, trata-se propriamente da Lei nº 12.403/2011, abordando-se os mais variados aspectos da cautelaridade no processo penal e os desdobramentos. Em seguida, é destacado o papel da prisão cautelar e o desvirtuamento que o instituto vem sofrendo.

Por último, no terceiro capítulo, apresenta-se o resultado do trabalho empírico realizado, no qual foram entrevistados diversos estudiosos do Direito. A opção pela entrevista decorre da influência da percepção dos operadores para a interpretação e a aplicação das normas.

Destaca-se, por fim, que a presente pesquisa tende tão somente a instigar o pensamento em relação às medidas cautelares e sua aplicação, em nenhum momento pretende-se esgotar o tema proposto.

2 ENCARCERAMENTO

2.1 ENCARCERAMENTO NO MUNDO

De acordo com a obra “Teoria da Pena e Execução Penal”⁴, a quantidade exorbitante de presos no planeta só comprova o processo de “reencarceramento” em contraponto à ideia do Direito Penal mínimo. Segundo o livro, existem cerca de 12 milhões de encarcerados no mundo, em outras palavras, aproximadamente 150 presos para cada cem mil habitantes, sendo que do número global de presos apontados, a maior parte deles se encontra nos EUA e na ex- URSS⁵.

Neste estudo, vale lembrar que o sistema penitenciário é uma instituição que se assemelha a outras também conhecidas, como o sistema educacional. Conforme o estudioso Augusto Thompson⁶, há, porém, uma peculiaridade que o difere dos demais, que é a não limitação no momento de entrada ou acesso, pois o Estado tem que aceitar todos os destinatários. Esta peculiaridade é demais importante para se entender parte do fenômeno do inchaço carcerário.

Segundo Marcelo Berdet⁷, além do atual número alto de presos, as taxas indicam tendência de aumento generalizado, processo comum a todo o globo de forma genérica. As generalizações são bastante perigosas, assim há que se dizer que existem países como contraexemplo, como a Holanda⁸, sendo porém uma das poucas exceções à tendência mundial.

Como abordado pelos autores André Giamberardino e Massimo Pavarini⁹, o fenômeno do aumento é bastante instigante, principalmente, quanto à falta de uma

⁴ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R. **Teoria da Pena e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 12.

⁵ Ibidem, p. 08.

⁶ THOMPSON, A. **A questão Penitenciária**. São Paulo: Forense Jurídica, 2012. p. 19 e 20.

⁷ “...throughout the 1990s prison populations increased over the globe, and such a trend might be ascribed to judicial resistance to alternative sanctions, political and popular pressure for tougher sentences, and even mandatory minimum terms of custody.” O autor continua: “Brazil has experienced the prison overcrowding phenomenon, which is a worldwide trend”. BERDET, M. Are alternative sanctions an effective civil remedie to overcrowding prison population in Brazil? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 103. p. 383-407, 2013. p. 385.

⁸ “Em 2012 o Ministério da Justiça holandês divulgou que estava fechando oito prisões e demitindo mais de 1200 funcionários. O motivo foi a queda no número de presos, que vinha ocorrendo nos últimos anos, deixando muitas celas vazias”. GOMES, L F. **Brasil, Holanda e Estados Unidos: panorama dos sistemas penitenciários**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/brasil-holanda-e-estados-unidos-panorama-dos-sistemas-penitenciarios/>. Acesso em: 25/10/2013.

⁹ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., op. cit., loc. cit.

explicação que dê conta de explicar o crescimento diante de tantas diferenças regionais. Ainda assim, existem algumas tentativas de esclarecimento ao processo de crescimento da população reclusa as quais foram apresentadas na obra “Teoria da Pena e Execução Penal” e que passam a ser elencadas:

A primeira¹⁰ delas indica como causa do acréscimo populacional carcerário o aumento da criminalidade. Porém esta primeira tentativa encontra duas críticas: o fato de não se saber exatamente qual a taxa de criminalidade real e o fato de algumas taxas de crime apresentar registros descontínuos, caso dos crimes patrimoniais.

A segunda¹¹ teoria afirma que a causa seria a maior severidade da legislação penal. Esta segunda corrente também não passou incólume a críticas, os principais contrapontos são dois: as mudanças legislativas são circunstanciais e a criminalidade primária não necessariamente conduz à criminalidade secundária.

A terceira¹² teoria aponta como causa do aumento populacional carcerário a criminalização mais severa secundariamente, isto é, na aplicação da pena. Também são feitas algumas ressalvas, a principal delas diz respeito à impossibilidade de valoração da contribuição do fator de aumento e o reflexo no acréscimo carcerário.

A quarta¹³ hipótese relaciona-se ao paradigma da construção social, isto é, o fator de aumento seria criado pelo próprio contexto da sociedade. O problema em relação a esta quarta teoria é que sendo esta a explicação surge imediatamente outro questionamento, qual seria a origem ou o motivo para que se tenha um clima social, que demande ainda mais repressão.

Segundo Giamberardino e Pavarini, é preciso referenciar alguns estudiosos¹⁴ para melhor discutir este tema. Para Alessandro de Giorgi¹⁵, há uma quinta teoria, o crescimento dos excluídos se dá em decorrência das opções econômicas neoliberais. Já para Dario Melossi¹⁶, seria outra a explicação, a resposta estaria na gestão política, que prefere “excluir a incluir”, representando a sexta teoria.

A última teoria, apresentada na obra de Giamberardino e Pavarini, exhibe como resposta ao crescimento a exclusão pelo trabalho. De qualquer forma,

¹⁰ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., 2011, p. 14

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ Ibidem, p. 18.

¹⁴ Ibidem, p. 19.

¹⁵ GIORGI, A. apud PAVARINI, M; GIAMBERARDINO, A. R., idem.

¹⁶ MELOSSI, D. apud PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., ibidem, p. 19.

optando-se por qualquer das explicações apresentadas, as teorias dizem respeito tão somente a algumas realidades, não se aplicando a todo o globo. Porém as taxas de crescimento são praticamente globais, em quase todos os lugares houve aumento, com destaque aos países subdesenvolvidos e EUA como já dito antes.

Em relação especificamente ao EUA, Loïc Wacquant já observava no estudo das penitenciárias norte-americanas o progressivo aumento carcerário. O autor dizia que se estes estabelecimentos fossem uma cidade, o sistema penitenciário americano seria a quarta metrópole do país¹⁷. O sistema penitenciário norte-americano correspondia, já em 1993, ao terceiro empregador do país, perdendo apenas para a General Motors e o Wal-Mart.¹⁸

Em dada pesquisa, apontada também na obra de Massimo e Giamberardino, curiosamente, diversas pessoas de diferentes locais foram questionadas e todas elas ofereceram respostas similares para o processo de crescimento de população no cárcere. As respostas apontadas pelos cidadãos foram as seguintes: a criminalidade aumentou; os governantes adotaram políticas mais repressivas e, ainda, que as pessoas têm cada vez mais medo da criminalidade.

As respostas são intrigantes, pois, respectivamente, cada uma delas pode ser rebatida. Em análise das explicações, primeiramente há que se colocar que não houve crescimento ininterrupto da criminalidade, pois as estatísticas criminais desmentem esta assertiva. Em relação às políticas mais repressivas, verifica-se que embora elas ocorram nem sempre foram adotadas, como exemplo há a defesa ao “direito penal mitigado”, que marcou a Espanha, Portugal e Alemanha. Por último, como escrito no livro, quanto ao medo da criminalidade, há razões históricas que demonstram que nem sempre a sociedade teve este sentimento.

Além destas três respostas podemos elencar outras explicações construídas pela doutrina. Para Debora Regina Pastana¹⁹, por exemplo, a política de encarceramento em massa resulta de uma recorrência cada vez maior ao Direito Penal como solução em *prima ratio* de todos os conflitos sociais. É resultado direto do Estado Punitivo, característica, segundo a autora, não exclusiva da realidade brasileira.

¹⁷ WACQUANT, L. apud VASCONCELOS, K. N. O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.78. p. 349-387. 2009. p. 383.

¹⁸ WACQUANT, L. apud PASTANA, D. R. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.77. p. 313-330. 2009. p. 319.

¹⁹ *Ibidem*, p. 315.

Para o estudioso Renato Marcão²⁰, existe mais de uma explicação para a superpopulação carcerária brasileira, dentre as causas estariam: a falta de políticas públicas voltadas aos jovens (principal ocupante deste sistema) e o endurecimento das leis penais nas últimas décadas. Continua ainda o autor a elencar outras explicações:

violência crescente na maioria dos Estados; excesso de decretação de prisões cautelares; falta de investimentos suficientes e adequados com vistas à criação de vagas nos regimes fechado e semiaberto; permanência de condenados irregularmente no regime mais severo, quando já promovidos ou inicialmente condenados ao cumprimento de pena no regime intermediário²¹.

Para os autores Alessandra Teixeira, Fernanda Emy Matsuda, Fernando Salla e Marcos César Alvarez²², os motivos que impulsionam o crescimento da população carcerária no Brasil e no mundo são basicamente dois: um conjunto de medidas legislativas e também de políticas penais mais severas. Acrescentam ainda que, especificamente, nos EUA um dos grandes motivos seria o princípio do *three strikes and you are out*, as prisões *supermax* e políticas de tolerância zero.

Independentemente das respostas apresentadas, é fato inquestionável o aumento constatado pela observação de taxas. Como registrado na obra²³, práticas e ideologias penais e de controle social sempre conheceram um processo de difusão e expansão. Primeiramente se espalhou a invenção da penitenciária no século XIX e depois, num segundo momento, vendeu-se a ideia das medidas alternativas à prisão, as quais falharam²⁴ na redução da população carcerária.

A possível conclusão a que se chega, em se observando o estudo feito no livro de André Giamberardino e Massimo Pavarini, aponta na direção da venda de uma terceira ideia, a do retorno ao cárcere. Ainda que sem explicações acuradas, sabe-se que não é fenômeno exclusivo do Brasil e está em plena expansão, mesmo diante do apelo frequente a medidas alternativas.

²⁰ MARCÃO, R. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

²¹ *Ibidem*, p. 28.

²² TEIXEIRA, A.; MATSUDA, F. E.; SALLA, F. e ALVAREZ, M. C. O sistema prisional: um debate necessário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. n. 67. p. 233-252. 2007. p. 238.

²³ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., 2011, p. 22 e 23.

²⁴ "To some is considered as a benefit and to other means surveillance and punishment. According to Karam, the alternative sanctions might be seen as a network of social control, wich introduces an early mode of punishment." BERDET, M., 2013, p.404.

Pavarini, em seus estudos, destacou três motivos para a busca de medidas alternativas à prisão, seja como cautelar ou pena. Para o autor italiano, o primeiro motivo é que o cárcere não mais atende ao paradigma da pena justa; o segundo seria o da pena mais útil e o terceiro motivo é para a necessidade da própria administração carcerária²⁵.

Ainda assim, sabendo-se da importância das alternativas e da função, paradoxalmente, como dito acima, elas não surtiram efeitos quantitativos no número de presos, isto é, elas não atingiram o objetivo de redução da população carcerária. Desta forma, muitas críticas são tecidas a elas. Eis alguns destes autores:

Karina Vasconcelos escreveu sobre as chamadas medidas alternativas, que, para a autora, não seriam verdadeiramente extra-cárcere:

Chamar estas modalidades de tratamento carcerário fora dos muros do cárcere de medidas alternativas à pena privativa de liberdade é falso: estas permanecem sempre pena carcerária mesmo quando sofridas, em parte, fora do cárcere²⁶.

Stanley Cohen, nos seus estudos sobre medidas alternativas, conclui que por meio delas o controle estatal é potencializado:

as alternativas à prisão não acarretam a diminuição da população prisional e instauram um sistema de controle social formal mais difuso, e em última instância, insidioso, ao aumentar o alcance dos dispositivos penais e ao tornar mais porosos os filtros do sistema.²⁷

No mesmo sentido está a conclusão de Luigi Ferrajoli: “medidas alternativas e sanções substitutivas não têm substituído, na realidade, a pena de prisão como penas ou sanções autônomas, mas tem-se somado a ela como eventual corretivo”²⁸. Para o autor, as medidas alternativas como estão colocadas hoje não são efetivamente alternativas, pois integram a pena privativa de liberdade. Só serão verdadeiramente alternativas se elevadas à categoria de penas principais.

²⁵ PAVARINI, M. apud VASCONCELOS, K. N., 2009, p. 363 e 364.

²⁶ Ibidem, p. 364.

²⁷ COHEN, S. apud TEIXEIRA, A.; MATSUDA, F. E. Penas alternativas x prisão: a construção de um outro paradigma? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. nº 69. p.279-328. 2007. p. 287.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. ampl., com introdução e índices onomástico e analítico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 378.

Segundo Alessandra Teixeira e Fernanda Emy Matsuda, “o descompasso está instalado na própria dimensão normativa da Lei 9.714/98, uma vez que se desenha um sistema de substituição em que a pena principal é a prisão.”²⁹ Na mesma perspectiva está Martins que entende que a “Lei 9.714/98 que ao invés de ser um meio de ampliação e fortalecimento das medidas alternativas ao encarceramento, prestou-se puramente ao fortalecimento do papel simbólico da repressão penal, alastrando penas cosméticas e propiciando a banalização da intervenção penal na vida social”³⁰.

Maria Lúcia Karam³¹ também se refere à Lei nº 9.099/95 como forma que contribuiu para a ampliação do controle do Estado sobre a população, pois por meio do citado regramento se instituiu uma modalidade de pena antecipada. Eis aí o grave problema, como bem apontado pelas autoras Alessandra Teixeira e Fernanda Emy Matsuda³², tanto pena como medida alternativa estão sendo executadas como se institutos iguais fossem.

2.2 ENCARCERAMENTO NO BRASIL

Segundo o mesmo livro, Teoria da Pena e Execução Penal³³, analisa-se, desta vez, o encarceramento no país. Segundo os autores da referida obra, o estudo do encarceramento no país encontra certa dificuldade, uma vez que não há a historiografia da pena. A coleta de dados penitenciários foi bastante desorganizada e precária, como comprovação do que se afirma tem-se o fato de que o 1º Censo Penitenciário ocorreu tão somente em 1995.

As dificuldades para angariar dados e outros materiais de estudo é reclamação conhecida, assim, também outros autores da área, como Marcelo

²⁹ TEIXEIRA, A.; MATSUDA, F. E., 2007, p. 288.

³⁰ MARTINS, apud TEIXEIRA, A.; MATSUDA, idem.

³¹ KARAM, M. L apud TEIXEIRA, A.; MATSUDA, F. E, ibidem, p. 289.

³² TEIXEIRA, A.; MATSUDA, F. E., idem.

³³ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., 2011, p. 95.

Berdet³⁴ e Julita Lemgruber³⁵, registraram a dificuldade e a (des)confiabilidade das estatísticas registradas.

Inclusive a segunda autora, Julita Lemgruber, apontou a importância na obtenção de dados sinceros sobre o sistema prisional brasileiro, pois só por meio de um estudo claro é possível conhecê-lo melhor para depois poder desenvolvê-lo.

Sabe-se muito pouco sobre o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal neste país. As informações são precárias e limitadas. As prisões e os presos são também muito desconhecidos. A limitadíssima bibliografia disponível sobre prisões no Brasil é o maior indicador da falta de interesse de pesquisadores sobre o assunto. Sem informações qualitativas e dados estatísticos confiáveis, o sistema penitenciário brasileiro tem poucas ou nenhuma chance de mudança³⁶.

Os autores, Giamberardino e Pavarini³⁷, insistindo no estudo, constataram um vazio de taxas em determinados períodos, não existem dados do século XIX, o que não permite uma análise das taxas carcerárias na época da abolição do comércio de escravos e da escravatura, respectivamente, em 1850 e 1888.

Dos dados a que os autores tiveram acesso, os estudiosos³⁸ elaboraram uma análise do século XX, na qual foram definidas cinco fases de crescimento distintas, na seguinte ordem: decrescente; de incremento; curva de crescimento; forte redução na década de 60 e, por último, crescimento acentuado na década de 80.

Quanto a este panorama é pertinente registrar considerações³⁹ em relação à última fase, na qual observa-se que, paradoxalmente, o crescimento agudo coincide com o tempo de redemocratização do país e com a adoção de medidas alternativas variadas ao cárcere. Este cenário comprova mais uma vez a ineficácia das medidas alternativas, já discutidas no tópico anterior.

Em relação aos dias atuais, vale registrar que o Brasil detém aproximadamente 550 mil reclusos, sendo assim, pode se falar na existência de

³⁴ “Under-reported data on detainees in the Brazilian prison facilities varies in accuracy in each region of the country. Such lack of reliable figures derives from the poor accuracy of most Brazilian states’ systems on collecting and recording data”. BERDET, M., 2013, p. 395.

³⁵ LEMGRUBER, J. **O sistema penitenciário brasileiro. Cidadania e justiça**. 1º sem 2001, p.01.

³⁶ Idem.

³⁷ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., 2011, p. 96 e 103.

³⁸ Ibidem, p. 104.

³⁹ Ibidem, p. 104.

mais de 250 presos para cada cem mil habitantes⁴⁰. Segue-se o quadro para melhor visualização da chegada ao cenário atual:



41

Segundo os autores⁴², é bastante comum a (falsa) impressão de que no passado a criminalidade era menor. Porém o que se comprova hoje é o aumento na taxa dos crimes patrimoniais e a queda nos crimes contra a vida (crimes de sangue como foram chamados pelo autor).

O que os autores⁴³ constataram é que quando há um chamariz externo como guerras, há certa diminuição nas taxas carcerárias, é como se o inimigo se encontrasse no exterior. Por outro lado, no período pós-guerra, o que se observa é o aumento das taxas, resultando em uma tendência repressiva por parte do Estado, que na busca pelos inimigos elege, em contraponto, dois importantes alvos internos: o aumento da severidade das condenações e o uso exponencial das prisões cautelares.

Analisando o primeiro ponto, que diz respeito à severidade, ou seja, à quantidade de pena aplicada, os autores⁴⁴ observaram que houve redução das condenações com penas menores de quatro anos após 1995. Esta constatação está diretamente ligada à publicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), a

⁴⁰ “De acordo com o levantamento feito pelo Instituto Avante Brasil, com base nos dados do Infopen, mantido pelo Ministério de Justiça, até junho, do presente ano, revelou-se a existência de 549.577 presos, dentre os quais 42% são provisórios”. GOMES, L. F. **Instituto Avante Brasil**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/perfil-dos-presos-no-brasil-em-2012/>. Acesso em: 19/09/2013.

⁴¹ GOMES, L. F. **Instituto Avante Brasil**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2013/08/populacao-carceraria-2012.jpg> Acesso em: 19/09/2013.

⁴² PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., 2011, p. 105.

⁴³ Ibidem, p. 106 e 107.

⁴⁴ Ibidem, p. 109.

partir da qual foi criado o conceito de “crimes de menor potencial ofensivo”, fazendo-se uso do instituto da suspensão condicional do processo.

De outro lado, porém, verificou-se o aumento das penas com mais de 20 anos, o que também seria facilmente justificável com a publicação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que estabeleceu, na época, regime integralmente fechado, contribuindo para a superpopulação carcerária.

Quanto ao segundo ponto, objeto principal da análise desta pesquisa, o uso exponencial da prisão cautelar, os autores⁴⁵ observaram que os dados comprovam o uso abusivo do instituto. Segue-se o quadro para melhor ilustração do que se constatou:



46

Dentre os reclusos, no Brasil, atualmente cerca de 40% são presos provisórios, isto é, quase 233 mil⁴⁷ pessoas estão privadas de sua liberdade sem sentença condenatória transitada em julgado. Sendo que, “a média mundial de presos cautelares gira em torno de 25% nos países democráticos”⁴⁸.

A prisão cautelar tem sido aplicada de maneira abusiva, ademais, como escreve Giamberardino, o instituto ocupa lugar central no processo de reincarceramento. “A aplicação desenfreada de medidas privativas de liberdade de caráter cautelar é certamente uma das principais causas do caos penitenciário”⁴⁹.

⁴⁵ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., 2011, p. 110.

⁴⁶ GOMES, L. F. **Instituto Avante Brasil**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2013/08/presos-provisorios-2012.jpg>. Acesso em: 19/09/2013.

⁴⁷ GOMES, L. F. **Instituto Avante Brasil**. Disponível em: <http://www.ipcluizflaviogomes.com.br/>. Acesso em: 20/09/2013.

⁴⁸ MARCÃO, R. 2012. p. 28.

⁴⁹ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., op. cit., p. 111.

Quanto ao assunto pode-se recorrer à comparação bastante eficaz feita por Carnelutti, que relaciona a delicadeza da prisão cautelar à anestesia:

A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também podem ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia e, sobretudo com a anestesia geral, a qual é meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!⁵⁰

Conforme Renato Marcão, “o Brasil ocupa a 4ª posição dentre os países que mais encarceram, porém, ocupa o 1º lugar, quando se tem em conta o percentual de crescimento da população carcerária, já que o acréscimo nacional foi de 450%”⁵¹.

O uso indiscriminado da prisão provisória causa a antecipação da pena. Como escreveu Mauricio Zanoide de Moraes: “...assim como na fase romana, a prisão provisória não tinha nenhum cunho processual, mas era uma antecipação da pena, acompanhada de expropriação de bens dos presos provisórios”⁵².

Vale lembrar outro apontamento de Renato Marcão: “destes fatores e de outros (referindo-se às prisões cautelares) que decorre o déficit atual de cerca de duzentas mil vagas no sistema penitenciário; não sendo demais lembrar que no País existem mais de quinhentos mil mandados de prisão aguardando cumprimento”⁵³.

As prisões cautelares extrapolaram seu objetivo, desvirtuando-se da finalidade. Já escreveu Rangel sobre o assunto: “Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo.”⁵⁴

Para justificar a explosão de prisões como meio de luta, o discurso liberal passou a insistir na distinção entre prisão processual e penal – que não passam de distinções doutrinárias ou mero sofisma⁵⁵, mas que se tornam noções muito próximas na realidade.

⁵⁰ CARNELUTTI, F. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. v. II. Buenos Aires: Europa-América, 1950. p. 75.

⁵¹ MARCÃO, R., 2012, p. 27.

⁵² MORAES, M. Z. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 61.

⁵³ MARCÃO, R. op. cit., loc. cit.

⁵⁴ RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 16 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 677.

⁵⁵ FERRAJOLI, L., 2006, p. 563.

2.3 ENCARCERAMENTO NO PARANÁ

Quanto ao estado do Paraná, fazendo-se um recorte ainda mais específico neste estudo, a constatação não é diferente. Tem-se que a unidade federativa acompanhou a tendência de crescimento carcerário do país. Em dezembro de 2005, o estado apresentava 182,37 presos por 100 mil habitantes⁵⁶, aumentando, abruptamente, este valor para 323,59 em junho de 2010⁵⁷ e para 335,31 em abril de 2012⁵⁸.

O que se tem feito por enquanto é o oferecimento de mais vagas para presos por meio de novas construções. Porém, o que não se percebeu ainda é que esta não é uma saída, mas tão somente paliativo.

⁵⁶ Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. InfoPen – dados PR, 12/2005. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em: 15/09/2013.

⁵⁷ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R., 2011, p. 134.

⁵⁸ Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. InfoPen – dados PR, 04/2012. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em: 15/09/2013.

3 PRISÃO CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1 NOÇÕES GERAIS

É importante situar o estudo na seguinte classificação, de um lado a prisão como pena e de outro a prisão sem pena, conforme leciona Tourinho Filho.⁵⁹ O objeto de interesse será a prisão sem pena que abrange: a prisão civil; a prisão cautelar pertinente à expulsão e extradição; a prisão cautelar de natureza constitucional permitida durante o estado de sítio e a prisão cautelar de natureza processual, sendo esta última o ponto foco de análise.

As medidas cautelares, encontradas no Processo Penal, recaem sobre coisas, provas e até indivíduos, mesmo sem sentença definitiva. A divisão se dá da seguinte maneira:

- a) Medidas cautelares patrimoniais: arresto, sequestro e especialização e registro de hipoteca legal;
- b) Medidas cautelares pessoais: prisões em flagrante, preventiva e temporária; prisão domiciliar; e medidas diversas da prisão (incluídas nestas a fiança que, entretanto, é medida cautelar real);
- c) Medidas cautelares relacionadas à prova, como por exemplo, a antecipação de prova testemunhal e a interceptação telefônica.⁶⁰

Das medidas que recaem sobre pessoas, interesse do atual trabalho, tem-se a prisão, que é a “pena privativa de liberdade imposta ao delinquente, cumprida, mediante clausura, em estabelecimento penal para esse fim destinado”⁶¹, sendo a prisão do tipo cautelar a principal expoente dentre as restritivas pessoais. E assim o é tanto pela consequência privativa, como pelo uso banalizado.

A prisão cautelar “também denominada preventiva, é a que decorre de flagrante, pronúncia ou sentença condenatória recorrível, qualquer que seja o delito que se acusa o réu e que tem por base o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* sendo decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução

⁵⁹ TOURINHO FILHO, F. C. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012. p. 634.

⁶⁰ JARDIM, A. S. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 245.

⁶¹ MARQUES, J. F. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. IV, p.38.

criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, se houver prova da existência do crime e indícios suficientes de tal autoria (Dirceu A. Dias Cintra Jr.)”⁶².

A prisão preventiva, bem como as demais medidas cautelares, tutela o processo e não propriamente o direito material em discussão. Conforme o conceito apresentado acima, a aplicação das medidas demanda a observância dos requisitos mínimos da urgência e necessidade, que compõe a noção de cautelaridade.

Além do mais, destaque-se que o juízo, no momento da decretação, deve ser de periculosidade⁶³ e não de culpabilidade, vez que possui o caráter provisório, diferentemente do que se passaria no momento da sentença, que busca ser definitiva. Pode se dizer também que a decisão que aplica as medidas cautelares tem caráter de “*clausula rebus sic standibus*”, uma vez que a decisão varia conforme o contexto fático situacional.

3.2 CARACTERÍSTICAS/PRINCIPIOLOGIA

A identificação da prisão cautelar bem como das demais medidas cautelares diversas é importante para o processo penal e para tal é necessário conhecer as características. Para Aury Lopes Junior estudar a principiologia é indispensável, vez que:

A base principiológica é estruturante e fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico. (...) são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência⁶⁴.

Para o estudioso Paulo Rangel⁶⁵, existem ao menos cinco características fundamentais que informam as medidas cautelares, sejam aplicadas na fase de investigação, durante o inquérito policial, ou já na fase processual. São elas:

a) Jurisdicionalidade e Motivação judicial

⁶² DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 469.

⁶³ É assim que se entende, porém a “expressão” periculosidade é bastante criticada no meio acadêmico, pois é de difícil conceituação.

⁶⁴ LOPES JR., A., 2013, p. 31.

⁶⁵ RANGEL, P., 2005, p. 741 e 742.

Esta peculiaridade significa que as tais medidas só podem ser adotadas se submetidas primeiramente à análise judicial, devendo ser decretada por ordem judicial fundamentada, nos termos do art. 93, inciso IX, da CF.

A prisão em flagrante, a busca e apreensão em domicílio do indiciado e a fiança prestada por autoridade policial são “aparentes exceções”, pois só num segundo momento, por razões óbvias (não há como informar o juiz antes de prender em flagrante,⁶⁶ por exemplo), é que se submetem ao crivo do judiciário mas, ainda assim, não fogem à indispensável avaliação que orienta as medidas cautelares.

O princípio da jurisdicionalidade está previsto no art. 5º, inciso LXI, da CF, e, como escreveu Aury Lopes Junior, está relacionado ao “*due process of Law*”. Sendo assim, o magistrado deve explicitar, de forma clara, por qual motivo ou necessidade está a aplicar a medida. Diz o autor:

cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da cruel necessidade (...) seria tolerada em nome da necessidade e da proporcionalidade.⁶⁷

b) Acessoriedade

Esta característica, segundo Rangel⁶⁸, refere-se à vinculação da medida cautelar ao resultado da medida principal, ou seja, deve seguir o rumo do processo, perdendo o objeto quando da prolação da sentença de mérito e o trânsito em julgado. Afinal, a medida cautelar existe como forma de servir ao processo, chegando-se a um resultado definitivo não há mais motivos para a persistência.

c) Instrumentalidade hipotética

De acordo com Rangel,⁶⁹ a medida cautelar é claro instrumento utilizado em prol da medida principal, a finalidade é chegar até o resultado final. Serve tão somente como mecanismo de mediação ao resultado, por isto, teria finalidade de meio, nascendo para ser substituída ao final pelo provimento definitivo.

⁶⁶Aury Lopes Junior escreveu que a prisão em flagrante é uma medida de caráter precautelar, vez que serve para a aplicação de uma verdadeira medida cautelar. “A prisão em flagrante é uma medida precautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não”. LOPES JR., A. 2013, p. 52.

⁶⁷ Ibidem, p. 33.

⁶⁸ RANGEL, P., 2005, p. 742.

⁶⁹ Idem.

d) Provisoriedade

Esta é característica importante e bastante relacionada à instrumentalidade. Significa dizer que a medida cautelar serve e dura apenas enquanto não for proferida a medida definitiva. Nas lições de Frederico Marques: “os efeitos da medida cautelar persistem enquanto não emana do Judiciário a providência jurisdicional que ela procura garantir e tutelar”.⁷⁰ Complementa Lopes Junior, “a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração”.⁷¹

Neste ponto, lamentam-se duas falhas legislativas, mesmo na nova Lei, o problema persiste, escreveu Aury Lopes: “perdeu-se uma grande oportunidade de resolver o problema da falta de definição em lei da duração máxima da prisão cautelar e também da previsão de uma sanção processual em caso de excesso (imediate liberação do detido)⁷²”. A segunda falha apontada pelo autor⁷³ é a não inclusão do parágrafo 7º do art. 282 como constava na redação do Projeto de Lei, o qual garantia a reavaliação da medida imposta a cada sessenta dias.

e) Homogeneidade ou Proporcionalidade.

Este princípio é bastante importante para a interpretação da Lei nº 12.403/11. Resume-se, basicamente, à observância de três pontos: necessidade, adequação e proporcionalidade. É a “tríplice aliança com a qual o juiz brasileiro terá (em verdade sempre teve) que trabalhar para fins de adoção de medida cautelar”⁷⁴. Qualquer outra informação alheia a estes três pontos é irrelevante para a decretação da medida, neste sentido, por exemplo, a gravidade do crime, bastante referenciada de forma isolada, pouco importa para a análise.

A proporcionalidade é outra categoria lembrada de forma autônoma, mas que se encaixa no conceito de homogeneidade transmitido por Rangel. Nas palavras de Aury Lopes, “É definido como o princípio dos princípios, a proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares.”⁷⁵ Ademais, este princípio é o que norteará a atividade do juiz ao se deparar com o direito de liberdade do acusado e a

⁷⁰ MARQUES, J. F. apud RANGEL, P, 2005, p. 741/743.

⁷¹ LOPES JR., A., 2013., p. 37.

⁷² Ibidem, p. 40 e 41.

⁷³ Idem.

⁷⁴ RANGEL, P., op. cit., p.743.

⁷⁵ LOPES JR., A., op. cit., p. 45.

necessidade de repressão dos delitos – é “um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares.”⁷⁶

Há ainda outras características além das cinco mencionadas pelo autor Paulo Rangel. Assim, são elencadas mais três peculiaridades lembradas por Aury Lopes Junior, tais como:

a) Provisionalidade

Por meio desta característica quer se dizer que as medidas cautelares são situacionais, pois se relacionam a determinado caso concreto, daí se falar em decisão do tipo *clausula rebus sic standibus*. Como escreveu Aury Lopes, “o desaparecimento de qualquer uma das fumaças impõe a imediata soltura do imputado, uma vez que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para a manutenção da prisão”.⁷⁷

Esta característica encontra-se prevista no atual art. 282, parágrafos 4º e 5º do CPP, segundo os quais, de acordo com o contexto fático, as medidas poderão ser substituídas, cumuladas ou revogadas.

b) Contraditório

Esta característica se refere à possibilidade de oportunizar ao imputado o direito de se defender antes da aplicação da medida pelo magistrado. É peculiaridade compatível a algumas situações de tutela cautelar e incompatível, por exemplo, com a prisão preventiva por risco de fuga, embora, mesmo neste caso, possibilite-se o contraditório posterior. Está prevista no art. 282, parágrafo 3º do CPP. Como bem lembrou Aury Lopes:

“mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida, em que, ao menos, teria sido ouvido pelo juiz. (...) isso pode não representar muito, mas com certeza, para quem está sofrendo a medida, é um ato da maior relevância”.⁷⁸

c) Excepcionalidade ou Proibição do excesso

Em se tratando de privação da liberdade e tendo em vista o abuso por parte de magistrados, o operador do direito deverá ter em mente o princípio da proibição do excesso, com o qual se pretende o cuidado na aplicação das medidas. A prisão é

⁷⁶ BADARÓ, G. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012. p. 718.

⁷⁷ LOPES JR., A., 2013, p. 36.

⁷⁸ Ibidem, p. 33.

contraproducente, só devendo ser usada como último recurso e somente quando nenhum outro meio for adequado a substituí-la.

Este princípio, previsto no parágrafo 6º, art. 319, também poderia se chamar princípio da intervenção mínima, pois a escolha da medida deve ser por aquela que menos interfira nos direitos do imputado. O problema que se enfrenta hoje é o da banalização das cautelares, situação já apresentada por meio de estatísticas no primeiro capítulo. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, há a “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”⁷⁹.

3.3 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO

De acordo com Aury Lopes Junior, “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir”⁸⁰.

Além das características/princípios acima analisados, as medidas cautelares apresentam dois requisitos/pressupostos genéricos que compõe a cautelaridade: o *fumus comissi delicti* (*fumus boni iuris*) e o *periculum libertatis* (*periculum in mora*).

Antes de estudar estas duas categorias, é bastante válido lembrar da ideia de Antonio Scarance Fernandes, que propõe o estudo a partir do pressuposto tridimensional:

O primeiro pressuposto a autorizar qualquer prisão cautelar é, precipuamente, a sua consonância com os princípios constitucionais e tratados internacionais, os quais consagram o princípio do estado de inocência e encontram guarida na visão garantista do processo penal. Trata-se do pressuposto garantista tridimensional ou, simplesmente, pressuposto principiológico⁸¹.

As categorias cautelares abordadas são o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* e não por outra nomenclatura como quer a doutrina majoritária

⁷⁹ FERRAJOLI, L., 2006, p 776.

⁸⁰ LOPES JR., A., 2013, p. 25.

⁸¹ FERNANDES, A. S. apud LIMA, M. A. F.; NOGUEIRA, R. F. **Prisões e Medidas Liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 74.

calcada na Teoria Geral do Processo. Aury Lopes escreveu acerca da confusão de termos técnicos oriundos da referida “teoria geral do processo”:

De destacar que o trabalho de Calamandrei é de EXCEPCIONAL qualidade e valia, mas não se podem transportar alguns de seus conceitos para o processo penal de forma imediata e impensada, como tem sido feito.⁸²

É necessário abandonar a doutrina civilista de Calamandrei para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal, recordando, sempre, que as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença de parte passiva.⁸³

O primeiro requisito, segundo Aury Lopes Junior⁸⁴, não se trata como quer a Teoria Geral do Processo da fumaça do bom direito, mas sim da fumaça do cometimento do delito (probabilidade da ocorrência de um delito), vez que a primeira expressão é bastante vaga, podendo ser pela condenação, pela absolvição ou até pela extinção da punibilidade.

Além do mais não há que se falar em fumaça de direito, pois se houvesse fumaça de direito não teria o porquê do processo penal. “Como se pode afirmar que o delito é a fumaça de bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!”⁸⁵

Ademais, para Aury Lopes, outro engano cometido é a citação de “requisitos” no plural, segue-se que:

...o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. (...) Em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento⁸⁶.

Sendo assim, o *fumus commissi delicti* é requisito, enquanto o *periculum libertatis* é, antes, o fundamento para a decretação da prisão – conforme a

⁸² LOPES JR., A., 2013, p. 26.

⁸³ Ibidem, p. 27.

⁸⁴ LOPES, JR., A. **Breves considerações sobre o requisito e o fundamento das prisões cautelares.** Disponível em: www.egov.ufsc.BR/portal/sites/default/files/anexos16961-16962-1PB.html. Acesso em: 05/08/2013. p. 3.

⁸⁵ LOPES JR., A., 2013, p. 26.

⁸⁶ Idem.

proposição de Aury Lopes Junior,⁸⁷ que manteve o latim, porém alterando a expressão para forma mais apropriada.

A constatação desta primeira categoria (*fumus commissi delicti*) é de cunho obrigatório para a aplicação de medida cautelar seja ela qual for. Não há cautelaridade sem o preenchimento de prova de existência do crime e indícios da autoria.

Vale dizer, também, que para se proceder a aplicação das diversas medidas cautelares não se fazem necessárias provas incontestas do requisito, mas tão somente indícios de materialidade e autoria do delito. Inclusive sobre a questão da necessidade de indícios e não de provas incontestas brinca Marco Antonio Ferreira de Lima:

Indício de autoria e materialidade possui uma apresentação indiciária, até porque só vou estabelecer isso de forma segura no desenvolvimento do devido processo. A representação aqui é indiciária. Onde tem fumaça tem fogo? Nem sempre: pode ter “gelo seco”. A conclusão, para se saber se é fogo ou gelo seco decorrerá do *due process*⁸⁸.

A segunda categoria, segundo a visão moderna de Lopes Junior, é fundamento, não se referindo ao perigo da demora na prestação jurisdicional, mas como perigo no estado de liberdade do réu. Tradicionalmente, o perigo se perfaz no binômio: urgência e necessidade. Como escreveu Aury Lopes:

“o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou em risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta”⁸⁹.

O fundamento do *periculum libertatis* divide-se em quatro hipóteses, sendo elas alternativas para a aplicação de medidas cautelares. As quatro hipóteses estão previstas no art. 312 do CPP e passam a ser analisadas:

a) Garantia da ordem pública

⁸⁷ Não há uniformidade no tratamento destas categorias. Porém, o que predomina, na literatura, é a expressão “requisitos cautelares”, tanto para a categoria *fumus commissi delicti*, quanto para *periculum libertatis*.

⁸⁸ LIMA, M. A. F.; NOGUEIRA, R. F., 2011, p. 75.

⁸⁹ LOPES JR., A., 2013, p. 27.

Nas palavras de Aury Lopes Junior, esta primeira hipótese legal é “um conceito vago, indeterminado, que se presta a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante.”⁹⁰

Segundo André Giamberardino⁹¹, além da expressão se mostrar desprovida de conteúdo, agredindo diretamente o princípio da taxatividade; manter a segurança pública seria função do Poder Executivo e não do Poder Judiciário.

O autor⁹² destacou que a jurisprudência se utiliza desta hipótese mediante as seguintes justificativas: prevenção de novos crimes; como forma de tranquilizar o meio social; forma de restaurar a credibilidade da justiça; forma de atenção ao clamor público, à gravidade do delito e à “perigosidade” do sujeito.

Muitas vezes, “a presunção de inocência acaba desconsiderada diante da exigência do clamor por respostas imediatas”⁹³. Tendo em vista todas estas considerações e a origem do conceito durante o nazifascismo, há autores que defendem a não aplicação da prisão com base neste fundamento, pois feriria diretamente o princípio da legalidade.

b) Garantia da ordem econômica

Esta hipótese legal foi introduzida pela Lei nº 8.884/1994,⁹⁴ que ficou conhecida como a Lei Antitruste. A expressão, assim como a primeira já apresentada, é de amplo sentido. Às vezes é invocada como forma de evitar o risco de reiteração de práticas que gerem grandes perdas financeiras, colocando em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro.

É hipótese de pouco uso, pois, nas situações em que poderia ser arguida, muitas vezes, o magistrado termina por fundamentar com base na primeira expressão, a “garantia da ordem pública”, que é ainda mais genérica.

Conforme alguns autores, dentre eles Aury Lopes Junior, o fundamento desta prisão não é processual, o que a exclui como possibilidade prática de aplicação, revelando-se contrária ao princípio da presunção de inocência, dogma do atual Estado.

c) Conveniência da Instrução criminal

⁹⁰ LOPES JR., A., 2013, p. 93.

⁹¹ GIAMBERARDINO, A. R. Prisão Cautelar e a manutenção da ordem: por uma interpretação constitucional do processo penal. **Revista Jurídica Themis**. Curitiba, n. 17, 2005/2006, p. 117.

⁹² Ibidem, p. 118.

⁹³ Ibidem, p. 121.

⁹⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 15/09/2013.

O termo utilizado, “conveniência”, é também bastante aberto e relacionado com ampla discricionariedade, como escreveu Aury Lopes Junior⁹⁵. De qualquer forma, esta hipótese é considerada instrumental, pela maior parte da doutrina, uma vez que visa assegurar a produção de provas. Aury Lopes continua:

Aqui, o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos. (...) quando ameaça ou intimida o juiz ou promotor do feito, tumultuando o regular andamento do processo⁹⁶.

Por fim, deve ser registrado que esta hipótese não serve como forma de prisão para interrogar ou forçar o acusado a participar de qualquer ato processual. Hoje o imputado não é mais objeto de prova e a confissão é meio de defesa, não se podendo violar o direito ao silêncio, pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, conforme o art. 5º, inciso LXIII, da CF.

d) Aplicação da lei penal

Aury Lopes Junior escreveu o seguinte a respeito da prisão cautelar:

Diziam Beccaria e Bentham que não era a crueldade das penas um dos maiores freios dos delitos, senão sua infalibilidade e prontitude. Atualmente, isso foi substituído pela infalibilidade e imediatez da prisão cautelar, que por sua vez provocou a dilatação dos processos na mesma medida que se prolongou o período máximo de duração das medidas cautelares⁹⁷.

No mesmo sentido do que escreveu Aury, outros autores afirmam que, muitas vezes, o acusado foge com medo da prisão cautelar e não propriamente pelo desfecho de uma sentença, o que deve ser levado em conta como questionamento da atual atuação jurisdicional.

Ademais, há que se falar que se há a presunção de fuga, inevitavelmente o juízo que se faz é de culpabilidade e não de presunção de inocência, contaminando qualquer decisão judicial posterior. Mesmo nos casos em que haja indícios e não meras projeções de fuga, a monitoração eletrônica, por exemplo, seria mais adequada e eficaz em detrimento da prisão cautelar.

⁹⁵ LOPES JR., A., 2013, p. 94.

⁹⁶ Ibidem, p. 94 e 95.

⁹⁷ LOPES JR., A.. **Breves considerações sobre o requisito e o fundamento das prisões cautelares**. Disponível em: buscalegis.cccj.ufsc.br. Acesso em: 05/08/2013.p.7.

Em resumo, a prisão cautelar é entendida como cabível apenas nas duas últimas hipóteses (para conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal) e quando for imprescindível, isto é, não houver outro meio mais adequado que a substitua, daí a expressão *ultima ratio*.

Uma vez aplicada a medida cautelar, seja ela prisão ou as demais diversas, deverá ser aplicada pelo tempo necessário, vez que não há a estipulação de prazo certo (característica de influência do Código Rocco de inspiração fascista) – o que só exige mais atenção do juiz, devendo ser cauteloso de modo a evitar abusos.

Existindo diversas medidas cabe ao magistrado operar a “individualização da medida cautelar”, deverá escolher a que melhor se amolde ao caso concreto. Ainda as variadas medidas poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente. Havendo o descumprimento da primeira medida aplicada poderá se optar pela substituição, cumulação ou, por último, decretação de prisão preventiva, conforme a previsão do artigo 312, parágrafo único do CPP.

Gustavo Badaró⁹⁸ elenca, a partir da Lei nº 12.403/2012, uma quinta forma de *periculum libertatis* – em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão, conforme a previsão no art. 312, parágrafo único. Segundo o autor, esta hipótese se difere das quatro outras previstas no *caput* por não se tratar de forma de prisão originária, isto é, “permite uma prisão preventiva em substituição à medida alternativa descumprida. Ou seja, não se trata de situação em que, desde o início, permitiria decretar a prisão preventiva”⁹⁹.

Adiciona ainda que a aplicação da prisão com base nesta hipótese deve ser bastante cautelosa. “Não é possível aceitar que o simples descumprimento baste para o que juiz possa – ou o que seria pior, deva – decretar a prisão preventiva. Se assim se interpretar o dispositivo, estar-se-à diante de uma hipótese de *periculum libertatis* abstrato¹⁰⁰”.

Aliada a esta preocupação há outra polêmica na doutrina. Badaró defende que “assim como a prisão preventiva originariamente decretada somente será cabível nas hipóteses do art. 313 do CPP, (...), também a prisão preventiva decretada em substituição à medida alternativa à prisão somente será cabível nas

⁹⁸ BADARÓ, G., 2012, p. 739.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

hipóteses do art. 313 do CPP”¹⁰¹. Isto, pois, observa-se o princípio da proporcionalidade.

Porém, como já dito, o assunto não é pacífico na doutrina, sendo a corrente majoritária defensora do cabimento automático da prisão cautelar em mero descumprimento de medida diversa, não importando a satisfação do inciso I do art. 313 do CPP. Como exemplo da corrente majoritária está Eugênio Pacelli de Oliveira: “Bastará o descumprimento da medida cautelar imposta e a reafirmação da necessidade da prisão, segundo os requisitos do art. 312, CPP, independentemente das circunstâncias e das hipóteses arroladas no art. 313, CPP”¹⁰².

3.4 DA DISFUNÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR

Segundo a doutrina, a finalidade da prisão cautelar é processual, isto é, deve ser decretada com o intuito de normal desenvolvimento do processo para que haja a efetivação de eventual futura sentença penal condenatória.

Tendo em vista a banalização da prisão cautelar, apresentada no primeiro capítulo, faz-se importante não só marcar a finalidade e o cabimento do instituto, mas também reforçar as hipóteses de não cabimento, já que na prática, muitas vezes, é o “não-cabimento” a regra, desfazendo a teoria, bastante relegada ao plano do “dever ser” na expressão de Luigi Ferrajoli.

Segundo Marco Antonio Ferreira Lima¹⁰³, os aspectos que não ensejam a prisão cautelar são vários, podendo ser catalogadas ao menos quinze (15) hipóteses de uso inadequado/impróprio do instituto na prática, sendo que os “não-supostos” mais recorrentes passam a ser explicados:

a) Comoção ou repercussão social

A prisão não poderá ser aplicada pela aclamação popular, mas pela observância dos aspectos inseridos na Lei. O autor afirma que qualquer distúrbio social deverá ser administrado pelo poder executivo, não sendo de competência do poder judiciário apaziguar revoltas com decisões repressivas.

¹⁰¹ BADARÓ, G., 2012, p. 739.

¹⁰² OLIVEIRA, E. P. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19.

¹⁰³ LIMA, M.A.F.; NOGUEIRA, R. F., 2011, p. 81.

Para bem ilustrar este tópico vale a pena relembrar o caso Matsunaga,¹⁰⁴ que se refere ao homicídio do empresário paulista Marcos Matsunaga, um dos ex-sócios da marca Yoki. O crime passional foi confessado pela esposa Elize e é lembrado como referência do poder midiático na aplicação abusiva da prisão cautelar. Elize, mesmo tendo se mostrado disponível à Justiça, obteve denegação da ordem do habeas corpus¹⁰⁵.

A decisão que negou o pedido foi fundamentada de forma insuficiente e trouxe como argumento a garantia da ordem pública, justamente uma das hipóteses legais mais polêmicas. Ademais, decidiu-se pela denegação da ordem pela “gravidade do delito”, bem como pelo *modus operandi* - a maneira pela qual se procedeu para o cometimento do delito.

Percebe-se que a repercussão midiática não serviu como meio de acompanhamento do poder judiciário com vistas a uma *performance* mais reta, pelo contrário, a participação da imprensa pesou contra alguns dos mais importantes princípios do Estado Democrático, a presunção de inocência e o devido processo legal.

b) “Trial by mídia”

O sentimento de impunidade é propagado pela mídia, que é capaz de rotular o acusado como culpado ou inocente antes do julgamento em definitivo, realizando uma espécie de pré-julgamento. O Supremo Tribunal Federal já teve julgados que permitiram a prisão cautelar como forma de apaziguar o meio social, o que só destaca o quanto estes “não-pressupostos” influenciam a decisão.

O famoso caso da “Escola Base” é um exemplo de julgamento pela mídia. Neste episódio, quatro responsáveis por uma escola em SP foram acusados de estupro e bastante criticados nos meios de comunicação. Posteriormente, solucionando-se o ocorrido, a Rede Globo foi condenada a pagar indenização aos “condenados” pelos jornalistas, que, no entanto, foram julgados inocentes pelo judiciário.

c) Credibilidade das instituições de administração da justiça penal

Neste aspecto são notados julgamentos distintos no Supremo Tribunal Federal, alguns no sentido de que deve haver a prisão para a credibilidade das

¹⁰⁴ A respeito ver o artigo: SOUZA, L. A. A prisão preventiva pela gravidade do delito: o caso Matsunaga. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 529- 537.

¹⁰⁵ HC 013222397.2012.8.26.0000 (TJ/SP). SOUZA, Luciano Anderson de. A prisão preventiva pela gravidade do delito: o caso Matsunaga. **Revista dos Tribunais**, v. 925, p. 529- 537.

instituições, pois seria forma de garantia da ordem pública e, de outro, julgamentos que não a admitem neste aspecto, pois “piores” para a credibilidade é prender e em seguida ter que soltar no caso de uma decisão injusta.

Maurício Zanoide de Moraes¹⁰⁶ também demonstrou preocupação em relação ao tema:

Percebe-se que, ainda em nossos dias, mantemos o hábito romano de se proceder à prisão cautelar como forma de garantir a credibilidade de uma instituição pública. Na Roma Imperial, a instituição era o próprio modelo político que se apresentava, em nossos dias, há julgados que pretendem resgatar com a prisão provisória a credibilidade da Justiça.

d) Fuga do réu e presunção de comportamento intimidador

Em alguns momentos o fundamento de fuga do réu não basta para a aplicação da prisão cautelar sob o motivo de não se saber a localização do acusado. Já em outros momentos a prisão cautelar é aceita de forma legal com base neste mesmo fundamento, pois a fuga seria entendida como ameaça à aplicação da pena e não pela falta de localização do réu. Sendo assim, este argumento deve ser utilizado em cotejo com o caso em concreto.

Não podem ser feitas especulações com base em “achismos”. Para esta hipótese se tornar legal devem existir indícios, apontamentos de ameaças ou comportamento intimidador verificados concretamente e não imaginados pelo órgão julgador.

e) Mera gravidade abstrata do delito e alusão genérica às hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal sem a concreta exposição fática.

Está pacificado no âmbito dos tribunais superiores que a mera gravidade abstrata do delito não autoriza a custódia cautelar. Ainda assim, há casos em que se apela para este fundamento, que verdadeiramente existiu na época da prisão cautelar obrigatória.

Ademais, indubitavelmente, a decisão deve apresentar respaldo legal, porém, sem perder de vista os reflexos dos aspectos fáticos, daí a imprescindibilidade da fundamentação.

¹⁰⁶MORAES, M. Z., 2010, p. 24.

3.5 OS EFEITOS DA PRISÃO CAUTELAR EM VÁRIAS DIMENSÕES

Ainda que a discussão seja vivaz no meio jurídico, os tribunais superiores já pacificaram que a prisão cautelar, como tutela conservativa¹⁰⁷, não ofende o princípio da presunção de inocência, parâmetro constitucional de interpretação e aplicação da lei penal.

Ocorre que na prática a prisão cautelar acaba por ferir o referido princípio, sim, vez que, na maioria das vezes, não é legalmente cautelar, mas se parece, travestindo-se de cautelar na figura dos “não-supostos” já tratados¹⁰⁸.

A demora do desenrolar do processo; a falta de defesa técnica, de infraestrutura nas penitenciárias e delegacias, aliados ao convívio¹⁰⁹ dos acusados com pessoas já condenadas contribuem para a degradação dos acautelados, que podem contrair doenças típicas destes aglomerados, além de estigmas pessoais, processuais e de caráter psicológico. Todas estas decorrências apresentadas podem ser entendidas como funções latentes negativas da prisão cautelar¹¹⁰.

Em essência, constituem efeito da larga permanência no cárcere, segundo o autor Odone Sanguiné: “a) erosão da individualidade; b) dissolução dos costumes; c) isolamento; d) dano físico- psicológico; e) a perda dos estímulos e f) patologias contagiosas (hepatite, AIDS) ou mentais, a dependência às drogas”¹¹¹. Acrescenta ainda a autora Karina Vasconcelos:

Vale a pena ainda destacar que entre as consequências do cárcere estão os ‘efeitos pauperizantes do penitenciário’ que não se restringem apenas aos presos, estendendo-se a suas famílias e bairros, pois quanto mais se prendem os pobres, mais se garante a perpetuação da pobreza, porque dificilmente eles conseguirão sair desse ciclo, constituindo sempre um alvo constante às políticas de criminalização da miséria¹¹².

¹⁰⁷ BADARÓ, G., 2012, p. 711.

¹⁰⁸ “O erro, o inconveniente, está no ser humano, nas atitudes deste, e não no instituto da prisão preventiva”. CABRAL, K. M. Prisão preventiva: um mal necessário. **Revista dos Tribunais**. V. 844. 2006. p. 190. Mesmo assim, há que se colocar que, para alguns autores, a prisão cautelar que observe os pressupostos, ainda assim, ofenderia o princípio da presunção de inocência. Alguns autores neste sentido: GIAMBERARDINO, ZANOIDE, CARRARA, dentre outros.

¹⁰⁹ Hoje há a separação do preso cautelar do preso condenado por conta do regramento do artigo 300 do CPP, que resgata artigo já disposto na Lei de Execuções Penais (art. 84 da Lei 7210/1984).

¹¹⁰ SANGUINÉ, O. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo. v. 86.p. 289-335. 2010. p. 291.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 293.

¹¹² VASCONCELOS, K.N, 2009, p. 385.

O preso provisório mantém alguns direitos, tais como: direito de defesa, disposição dos direitos civis e políticos, direito à saúde e o respeito a convicções religiosas, não obstante, os efeitos do “mal” são maiores. Veja-se:

O descumprimento institucionalizado do prazo razoável da duração dos processos e a falta dos meios materiais e humanos na infra-estrutura penitenciária provocam a degradação das condições de vida dos internos, expostos a sofrer constantes agressões e humilhações, a permanecer em ambientes inadequados para sua reabilitação e a contrair enfermidades contagiosas de difícil ou, inclusive, impossível cura, entre as quais a Aids não é mais do que a ponta do iceberg¹¹³.

Justamente a inadequada aplicação do instituto, que em processo de desvirtuamento deixa de ser de caráter excepcional para se transformar em medida corriqueira, amplia as consequências, chamando a atenção aos efeitos provocados. O “ser” está bastante distante do “dever ser” na questão de cautelares no processo penal. Assim questiona Sanguiné:

Como pode afirmar-se a excepcionalidade da prisão provisória se, em muitos países, a autoridade judicial a decreta com caráter geral, implicando, segundo os dados estatísticos, uma elevada cifra de presos provisórios, indicativa de uma elevada percentagem de medidas “abusivas”?¹¹⁴

O excesso da prisão cautelar, segundo Sanguiné¹¹⁵, é proveniente de vários fatores conjugados: “a) culto do judiciário da prisão preventiva; b) dificuldades na investigação e instrução; c) compensação das debilidades do judiciário principalmente da morosidade e d) reação imediata de aparente eficiência do sistema penal”.

Esclareça-se que para o indivíduo, seja a prisão do tipo pena ou do tipo processual, o efeito é o mesmo para a estima e perante a sociedade, não importando a nomenclatura que se dê a ela no meio jurídico. “A prisão provisória representa a ingerência mais grave que pode exercer o poder estatal na liberdade individual”¹¹⁶. Em alguns casos, mostra-se como indispensável à administração da justiça, sendo, por isso, bastante caracterizada pela expressão, “mal necessário”¹¹⁷.

Segundo Odone Sanguiné, a complexidade do instituto demanda um estudo interdisciplinar, enfocando a dimensão ética (estudo dos direitos fundamentais);

¹¹³ GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, N. apud SANGUINÉ, O., 2010, p. 290.

¹¹⁴ SANGUINÉ, O., 2010, p.290.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Ibidem, p. 289.

¹¹⁷ A respeito deste tipo de fundamentação ver o artigo: CABRAL, K. M, 2006.

sociológica (a ordem jurídica é sempre dependente de uma determinada sociedade); econômica (o preso preventivo é privado da remuneração); psicológica (a estadia no novo ambiente causa estigmas) e processual (impossibilidade de corrigir adequadamente a duração da prisão provisória)¹¹⁸.

O instituto da prisão provisória encontra críticas há bastante tempo, as principais ideias levantadas por Odone Sanguiné são as seguintes:

a) não permite levar a cabo um trabalho de ressocialização, já que do ponto de vista jurídico está vedada qualquer intervenção sobre o preso preventivo (...); b) cria um grave risco de contágio criminal (...); c) incrementa desnecessariamente a população reclusa, com as negativas consequências de aglomeração, aumento do custo das instalações ou necessidade de um maior número de funcionários; d) dificulta a absolvição do sujeito que permanece, às vezes, muito tempo em situação de preso preventivo; e) é tão estigmatizante – para o sujeito e para a sociedade em seu conjunto – como a própria pena privativa de liberdade¹¹⁹.

Desenvolvendo os riscos acima mencionados, percebe-se que a ressocialização não é benefício previsto aos integrantes do cárcere provisório, que terminam por conviver se não na companhia de condenados, ao menos no mesmo ambiente, sujeitando-se às mesmas regras.

Quanto ao risco de contágio criminal e desenvolvimento de doenças psicossociais, tem-se a má influência das subculturas carcerárias sobre um sujeito presumidamente inocente, que é o acusado preso cautelarmente. Sanguiné¹²⁰ citou que reformadores como John Howard já propunham a separação de diferentes espécies de detidos. Hoje, ao menos legalmente, há o dever de separação entre presos condenados e cautelares, regra do artigo 300 do CPP.

Uma vez preso provisoriamente o processo ou procedimento investigatório fica marcado, havendo mais chance de ocorrer sentença penal condenatória, conforme já constatado em estudos empíricos. As pesquisas apresentaram a seguinte informação que é no mínimo intrigante: 86,9% dos presos definitivos tinham sido presos provisoriamente antes da prolação da sentença.¹²¹

¹¹⁸ SANGUINÉ, O., 2010, p.290 e 291.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ HOWARD, J. apud SANGUINÉ, O., Ibidem, p. 293.

¹²¹ “Uma investigação sobre a prisão preventiva desenvolvida em Genebra, no ano de 1972, demonstrou os efeitos prejudiciais da prisão provisória sobre a condenação; assim a pena não está apoiada na gravidade do delito, mas pelo contrário, na duração da prisão provisória; em outras palavras, a prisão preventiva constitui uma espécie de prejulgamento, cujas consequências são refletidas simultaneamente no âmbito da culpabilidade e da pena”. SANGUINÉ, O., ibidem, p. 298.

Vale lembrar outra experiência revolucionária coordenada pelo psicólogo americano Philip Zimbardo, na Universidade de Stanford, no verão de 1971¹²². A experiência objetivava reproduzir o sistema penitenciário, no campus da Universidade, com a ajuda dos estudantes na representação dos papéis. Após entrevista, somente pessoas saudáveis foram selecionadas para participarem, seja representando os guardas ou os presos.

O experimento que deveria durar duas semanas teve que ser interrompido já no sexto dia por conta dos diversos sintomas apresentados nos integrantes do ensaio. Dentre os que representavam guardas, verificou-se o comportamento cruel e desumano e dentre os que representavam os presos, verificou-se o comportamento submisso e de medo.

Mesmo sendo fictício, o experimento resultou em transformações psíquicas reais nos estudantes, o que comprovou o malefício causado ao homem por este tipo de ambiente. O estudo se tornou um clássico e trouxe a ideia de que pode haver uma “patologia do aprisionamento”. Como escreveu Julita Lemgruber:

“em determinadas instituições – aquelas que o sociólogo americano Erving Goffman chamou de ‘instituições totais’, onde pessoas trabalham, se divertem, comem e dormem juntas -, o constrangimento do convívio forçado ao longo das 24 horas do dia acaba por gerar uma patologia singular, provocando comportamentos também patológicos”.¹²³

3.6 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR

A prisão cautelar é classificada em ao menos seis espécies, de acordo com o momento da decretação, subdividindo-se, nas palavras de Nucci¹²⁴, em: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e f)

¹²² Sobre o assunto visitar o Portal: **A experiência da prisão de Stanford**. Disponível em: <http://www.prisonexp.org/portugues/>. Acesso em: 19/09/2013.

¹²³ LEMGRUBER, J. **A dona das chaves**. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 161.

¹²⁴ NUCCI, G. S. **Prisão e liberdade de acordo com a Lei 12.403/2011**. São Paulo: RT, 2012, p. 29.

condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa a que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia¹²⁵.

a) Prisão temporária

Esta modalidade de prisão cautelar se destina à fase de investigação criminal, buscando a eficiência e produtividade deste momento. É prevista em Lei Própria, Lei nº. 7960/1989¹²⁶. Findo o reduto prazo da prisão temporária, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade e quando da sua privação deve estar separado dos demais.

b) Prisão em flagrante¹²⁷

A prisão em flagrante, segundo Plácido e Silva, é:

a efetuada pela autoridade policial, ou por qualquer pessoa do povo, contra aquele que está cometendo o delito, ou quando, após sua prática, pelos claros vestígios de o ter perpetrado, é surpreendido no mesmo local, ou é perseguido, quando foge, pelo clamor público.¹²⁸

No mesmo sentido está a lição de Franco Cordero: “o flagrante traz à mente a ideia de coisas percebidas enquanto ocorrem”¹²⁹. Como explana Aury Lopes, “essa certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor”¹³⁰.

Como a finalidade é imediata, destina-se a colocar o autor à disposição da justiça, é caracterizada não mais como cautelar, mas como medida precauteladora, não tendo em vista a garantia do processo, mas a mera detenção do acusado. Justifica-se pela “necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida precauteladora pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade”¹³¹.

Há quatro modalidades diversas de flagrante, veja-se:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

¹²⁵ Destaca-se, desde já, que, apesar da classificação enunciada por Nucci, sabe-se, como explicado ao final do tópico, que as prisões consequenciais, automáticas, não mais existem, sendo assim, há que se fazer ressalva quanto às letras “d” e “e” como possíveis hipóteses na classificação.

¹²⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 20/09/2013.

¹²⁷ Hoje, como se mostra mais adiante, a prisão em flagrante não é medida cautelar, mas tão somente precauteladora.

¹²⁸ PLÁCIDO E SILVA, O. J. apud DINIZ, M. H., 2010, p. 469.

¹²⁹ CORDERO, F. **Procedimiento penal**. Tradução de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. 1, p. 410.

¹³⁰ LOPES JR., A., 2013, p.49.

¹³¹ Ibidem, p. 51.

I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O flagrante percebido no inciso I é o de maior credibilidade, “ocorre quando o agente é surpreendido durante o *iter criminis*, praticando a conduta descrita no tipo penal sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente”¹³².

Já o flagrante previsto no inciso II é aquele caracterizado quando o agente acabou de cometer o crime. Diferencia-se da situação anterior, pois neste segundo tipo o agente já realizou a figura típica do tipo penal, podendo ter inclusive ocorrido a consumação do delito.

Os flagrantes previstos nos dois últimos incisos, incisos III e IV, são reconhecidos pela doutrina como impróprios ou quase-flagrantes¹³³, em detrimento dos incisos I e II, que são flagrantes próprios. Esta classificação decorre da existência de um tempo maior entre a prática do crime e a prisão. No inciso III, a partir da expressão “logo após”, entende-se que há certo lapso temporal, que é ainda maior no inciso IV, a partir da expressão “logo depois”.

De acordo com o art. 304 do CPP, uma vez apresentado o detido à autoridade policial, esta deverá, na ordem, ouvir o condutor, as testemunhas, e por último, proceder ao interrogatório, ato hoje de defesa do acusado.

As garantias constitucionais previstas nos incisos LXI a LXVI do art. 5º da CF deverão ser asseguradas. Assim, deverá ocorrer a dupla comunicação sobre a prisão, ao juiz competente e à família do preso, além do Ministério Público – terceiro a ser comunicado sob o manto da nova Lei.

Além da imediata comunicação, outra importante formalidade a ser observada é a conclusão do auto de prisão em flagrante, que deverá ser enviado ao juiz em até no máximo 24 horas após a prisão.

Recebido o auto de prisão em flagrante, o magistrado se depara com dois diferentes momentos. Primeiramente, deverá analisar o aspecto formal da prisão em flagrante, se está em ordem com as previsões legais. No segundo momento, ao juiz

¹³² LOPES JR., A., 2013, p. 55.

¹³³ Ainda que a classificação apresentada seja criticada por alguns autores, como Aury Lopes Junior, preferiu-se citá-la, uma vez que a doutrina majoritária faz uso destas expressões.

restam três possibilidades, conforme a previsão do art. 310 do CPP¹³⁴, o cabimento de prisão preventiva; liberdade provisória com ou sem fiança e/ou medida cautelar alternativa. O que não é possível é a continuação do flagrante. “Ninguém pode permanecer preso sob o fundamento prisão em flagrante, pois esse não é um título judicial suficiente¹³⁵”.

Para chegar a uma destas três possibilidades, o juiz analisará as duas categorias já tratadas, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro é de fácil constatação vez que o flagrante é a própria materialização do delito. “O ponto nevrálgico é a avaliação da existência de *periculum libertatis*, ou seja, a demonstração da existência de um perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo.¹³⁶”

Segundo Aury Lopes Junior¹³⁷, se houver necessidade de conversão para prisão preventiva, esta operação só se dará caso tenha ocorrido prévio pedido por parte do Ministério Público, autoridade policial ou pelo assistente de acusação, não podendo o juiz fazê-la de ofício.

O juiz dispõe de um leque de opções, afinal, como já foi examinado no tópico principiologia, a prisão preventiva deve ser reservada para situações últimas. Se ainda o magistrado suspeitar da existência de causas de exclusão da ilicitude – previstas no art. 23 do CP, a simples suspeita afastará a aplicação de qualquer medida. Badaró se refere a esta situação como “pressuposto negativo” das cautelares¹³⁸. “Basta que exista a fumaça da excludente para enfraquecer a própria probabilidade da ocorrência de crime, sendo incompatível com a prisão cautelar”.¹³⁹

¹³⁴ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). **BRASIL, Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 15/08/2013

¹³⁵ LOPES JR., A., 2013, p. 53.

¹³⁶ Ibidem, p. 74.

¹³⁷ “Contudo, se não houver pedido prévio, não poderá o juiz converter o flagrante em preventiva”. Ibidem, p. 75.

¹³⁸ BADARÓ, G, 2012, p. 730.

¹³⁹ LOPES JR., A., op. cit., p.77.

c) Prisão preventiva

Esta modalidade poderá ser aplicada em qualquer fase da investigação ou processo. A aplicação se dá quando houver obrigatoriamente os indícios de materialidade e autoria, representados pelos *fumus commissi delicti*, junto de ao menos mais um dos elementos alternativos, quais sejam, garantia da ordem pública (um dos mais genéricos), da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, representados pelo *periculum libertatis*.

Conforme bem colocou Aury Lopes: “a prisão preventiva somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, a partir de prévio pedido expresso (requerimento) do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial¹⁴⁰”. A partir da reforma processual pontual, também se inclui o pedido do querelante como possibilidade para a decretação da prisão preventiva.

Porém, a leitura desatenta e isolada do art. 311 do CPP dispensa o pedido prévio e permite que o juiz decrete a prisão preventiva de ofício. Porém, como já colocado, Aury Lopes defende a não atuação de ofício pelo magistrado, pois, do contrário, a imparcialidade restaria prejudicada. Registrou Lopes Junior: “assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade¹⁴¹”.

Porém, historicamente, a jurisprudência comprova a tendência, por parte dos operadores, de aplicação de ofício da medida. Assim, também se constatou na pesquisa de campo empreendida e que será apresentada no último capítulo.

Por último, vale lembrar que outrora tanto a prisão após a pronúncia, quanto a prisão após a sentença condenatória recorrível eram classificações a parte. Porém, hoje, após a reforma de 2008 (Leis nº 11.690 e 11.719)¹⁴², as duas modalidades são formas de prisão preventiva e que só serão aplicadas, não de forma automática, mas se observados os aspectos da cautelaridade, já abordados.

¹⁴⁰ LOPES JR., A., 2013, p. 85.

¹⁴¹ Ibidem, p.86.

¹⁴² BADARÓ, G, 2012, p. 714.

3.7 AS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – ALTERNATIVAS *VERSUS* SUBSTITUTIVAS

A Lei nº 12.403/2012 é conhecida como a “lei das outras medidas cautelares”, pois a partir dela o direito brasileiro adotou o direito multicautelares, deixando de lado o antigo paradigma da bipolaridade, no qual o juiz optava tão somente pela prisão ou soltura do indivíduo, não havendo um caminho intermediário entre as duas opções.

A nova Lei introduziu medidas diferentes da prisão, art. 319 e 320 do CPP, mas que não são inéditas, já eram conhecidas como condição para o gozo de *sursis*,¹⁴³ livramento condicional¹⁴⁴ ou regime aberto. Estas dez medidas devem ser aplicadas em preferência à prisão, assim escreveu Aury Lopes Junior:

...o ideal era enfatizar o caráter substitutivo, ou seja, somente nos casos em que coubesse a prisão preventiva e para substituí-la. Contudo, tenho de admitir que a posição majoritária desde agora é no sentido de uma aplicação muito mais ampla, com cabimento também nos casos em que não pode ser decretada a prisão preventiva (fora, portanto dos limites do art. 313)¹⁴⁵.

Por outro lado, Gustavo Badaró afirma que as medidas diversas são, na verdade, alternativas à prisão e não substitutivas. “Não haverá situação em que ambas as modalidades de medidas cautelares – prisão preventiva, de um lado, e medidas alternativas dos arts. 319 e 320, de outro – sejam, em concreto, igualmente possíveis¹⁴⁶”.

Outra importante diferença que o autor Gustavo Badaró cita é a distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. “Ambas, pois, são filhas da demora processual¹⁴⁷, porém a tutela cautelar é do tipo assecuratória ou conservativa, já a tutela antecipada é do tipo satisfativa. Para Badaró, é importante que as cautelares cumpram o papel de conservar o processo, “somente serão compatíveis com o

¹⁴³ A suspensão condicional da pena, também chamada de *sursis*, está prevista no art. 77 a 82 do CP. “Constitui valiosa alternativa ao cumprimento de pena privativa de liberdade, na medida em que, estando presentes seus requisitos, ao proferir sentença condenatória o juiz deverá suspender a execução mais drástica, mediante a imposição de certas condições e por prazo certo”. MARCÃO, R., 2012, p. 121.

¹⁴⁴ “Após cumprir certo tempo de pena, o executado é colocado em liberdade mediante condições que deverá cumprir até que a pena seja finalmente julgada extinta, sob pena de revogação e retorno ao cárcere”. Idem.

¹⁴⁵ LOPES JR., A., 2013, p. 11.

¹⁴⁶ BADARÓ, G., 2012, p. 753.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 711.

estado de inocência medidas cautelares propriamente ditas, isto é, prisões processuais ou medidas cautelares alternativas à prisão que tenham natureza conservativa”¹⁴⁸.

Vale lembrar também que antes do atual regramento, as medidas, segundo escreveu Aury Lopes, “vinham decretadas a título de poder geral de cautela, invocando o art. 798 do CPC¹⁴⁹”, vez que não tinham previsão legal. Porém, “no processo penal não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia.”¹⁵⁰ Assim, neste campo, o princípio da legalidade deve ser rigorosamente seguido, principalmente no tocante à sanção ou no caso a algum tipo de restrição ao indivíduo, “qualquer restrição da esfera de liberdades individuais deve estar expressamente prevista em lei”¹⁵¹.

Hoje, conforme alguns autores, a discussão não tem muito sentido, pois além de a Lei apresentar um rol de medidas diferentes da prisão cautelar bastante extenso, percebe-se também que o rol disposto no art. 319 e 320 do CPP é taxativo, não ampliativo e bastante suficiente. De acordo com os artigos, as dez medidas cautelares passam a ser analisadas uma a uma:

I – Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

Tal medida já era prevista no momento de concessão da fiança que, a partir de agora, torna-se instituto autônomo e também já era prevista como condição da suspensão condicional do processo, nos moldes da Lei nº 9099/1995. Deixa-se claro que o acusado deve comparecer em juízo e justificar a atividade de forma fundamentada, pois, caso não seja explicado, a medida será revogada e, sendo necessário, poderá ser decretada a prisão.

II – Proibição de acesso ou frequência em determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

¹⁴⁸ Ibidem, p. 712.

¹⁴⁹ LOPES JR., A., op. cit., p. 28.

¹⁵⁰ LOPES JR., A., 2013, p. 29.

¹⁵¹ Ibidem, p. 31.

Esta segunda medida é de importante papel, mas se torna ineficaz caso o magistrado não tenha detalhado acompanhamento sobre a conduta do acusado. Deixa-se registrado que a medida está intimamente ligada às circunstâncias concretas dos fatos ocorridos.

Como explica Rangel¹⁵², caso o crime de lesão corporal grave tenha sido praticado no Estádio Engenhão, a proibição de acesso ou frequência também deve abarcar o Estádio do Maracanã, ou seja, o juiz deverá se atentar ao caso concreto para tornar a medida mais apropriada e efetiva.

O interessante para que a medida ganhe vida para além do papel é que possa ser realizado um banco de dados de medidas cautelares diversas da prisão junto às unidades policiais. Outra saída para a efetivação da medida é a cumulação com monitoramento eletrônico.

III – Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

Ao magistrado é dada a abertura da determinação da distância. O que se busca é impedir que o acusado procure a vítima ou até mesmo a testemunha criando algum tipo de situação indesejável. O tempo de duração desta medida é o tempo de duração do processo. A fiscalização do cumprimento é feita pela própria vítima ou a pessoa em geral que seja alvo do acusado. Também não é medida inédita, vez que já era contemplada pela Lei Maria da Penha, artigo 22, inciso III (Lei nº 11340/2006).

IV – Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para investigação ou instrução;

A manutenção desta medida cautelar só é coerente se a investigação ou instrução ainda não se concretizou. O controle da medida é feito pela própria intimação, pois se o acusado não comparecer em juízo de forma injustificada, a medida será imediatamente revogada, decretando-se a prisão preventiva se assim for necessário.

V – Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado e acusado tenha residência e trabalho fixos;

¹⁵² RANGEL, P., 2005, p. 884.

Deve ser utilizada para garantir o curso da instrução criminal e deve ser religiosamente cumprida no domicílio do acusado. Rangel¹⁵³ entende possível a detração, isto é, o desconto do tempo em cumprimento desta medida no tempo de futura pena aplicada, conforme o artigo 42 do Código Penal.

VI – Suspensão de exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

O que se pretende é a interrupção temporária da atividade do servidor para que se evite a utilização da função para o cometimento de novos crimes. Para ocorrer a suspensão, deve haver conexão entre a função exercida e a suposta infração cometida. Esta medida de afastamento já era prevista na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), no artigo 56, parágrafo 1º. Em atenção ao princípio da não culpabilidade, o servidor permanecerá recebendo seus proventos, mesmo afastado, até o término do processo criminal. Não há prazo determinado, cabendo ao juiz estipulá-lo de acordo com a necessidade, sendo razoável e prudente.

VII – Internação provisória do acusado na hipótese de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

Não há muitas vezes estabelecimentos adequados para o cumprimento de tal medida e além do mais os magistrados contam com a precariedade nas perícias que indiquem o grau de culpabilidade do acusado.

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

É uma das medidas mais utilizadas e que sofreu intensa alteração a partir da Lei nº 12.403/2011. A referida medida, conforme explica Aury Lopes¹⁵⁴, passa a ter duas dimensões de atuação: como condição imposta à liberdade provisória e também como medida cautelar diversa.

¹⁵³ RANGEL, P., 2005, p. 886.

¹⁵⁴ LOPES JR., A., 2013, p. 183.

IX - monitoração eletrônica.

O Magistrado Alexandre Morais Da Rosa¹⁵⁵ vê com certa reserva o uso desta medida cautelar, para o estudioso, é uma forma de aumento do controle social a custo econômico bastante baixo. Há inúmeras discussões sobre a monitoração eletrônica, se seria medida benéfica ou ainda mais estigmatizante.

“Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.” (NR)

Neste ponto, pode-se exemplificar com caso concreto. Lembra-se do acidente aéreo que envolveu pilotos norte-americanos, quando um jato se chocou com avião de grande porte de companhia brasileira. O juiz decidiu pela medida de retenção de passaportes dos pilotos estrangeiros que, sem domicílio ou trabalho no País, teriam, supostamente, cometido crime (CC 72.283-MT do STJ)¹⁵⁶.

Assim, a entrega do passaporte pode ser medida, num primeiro momento, bastante interessante nos casos em que o acusado demonstre anseio de fuga. Porém, é ineficaz, dentre os apontamentos de falha está que se pode viajar pela América Latina, por exemplo, sem passaporte, frustrando a função.

3.8 REGRAMENTO, RUMO AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A atual Constituição Federal baseia-se no princípio acusatório, enquanto o Código de Processo Penal baseia-se no princípio inquisitivo, pois foi bastante inspirado no Código Rocco, o “código de mármore” de inspiração fascista.

Sendo assim, é preciso em diversos momentos estar atento à interpretação, que deve ser feita à luz dos princípios constitucionais conquistados. Diante desse panorama, evidentemente incoerente, os operadores do Direito perceberam a

¹⁵⁵ ROSA, A. M. **Monitorar para além da prisão: não sabemos nada e temos medo de tudo!** Disponível em: atualidadesdodireito.com.br/alexandredarosa/2012/08/09/monitorar-para-alem-da-prisao-nao-sabemos-nada-e-temos-medo-de-tudo-por-alexandre-morais-...Acesso: 17/09/2013.

¹⁵⁶ VIEGAS, C. M. A. R. Considerações acerca da alteração do mecanismo da prisão preventiva no Brasil a partir da Lei nº 12.403, de 2011. **Revista Jurídica**. n. 416. 2012. p.87 e 88.

necessidade de mudança, ocorrendo diversas reformas processuais penais pontuais a fim de consertarem o *codex*.

Porém, as mudanças pontuais não resolveram. Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “as reformas parciais não têm sentido quando em jogo está uma alteração que diga respeito à estrutura como um todo.”¹⁵⁷ O código tornou-se a famosa “colcha de retalhos” com diversos remendos.

Diante do insucesso das pequenas reformas ocorridas em 2008, os estudiosos se reuniram e desenvolveram o Projeto de Lei nº 156/09 (projeto do novo Código de Processo Penal), que já foi aprovado no Senado e que pretende melhorar a parte cautelar do processo, adequando-se, finalmente, às diretrizes constitucionais.

Interessante anotar que, após ter sido composta a comissão de juristas para a elaboração de um novo código de processo penal, já no início do ano de 2011, de forma inesperada, ressurgiu o antigo PL nº 4.208/2001, comprovando a dificuldade de “discutir todo o processo penal e aprovar um código novo, frustrando, exatamente, o anseio de todos”¹⁵⁸. A tarefa de sistematização de um novo código não é fácil. Anota-se que:

A busca por um novo diploma processual penal é uma louvável tentativa de se resgatar a sistematização perdida nos últimos anos. (...) No entanto, sabemos que o trabalho não será completo sem uma efetiva incorporação dos valores ligados à liberdade e à presunção de inocência por parte do legislador e dos operadores do direito¹⁵⁹.

De qualquer forma, a versão final do anteprojeto do novo CPP conta com alguns méritos no que diz respeito à matéria de medidas cautelares pessoais, tais como: “a) superação da dicotomia prisão/liberdade; b) destaque ao princípio da proporcionalidade; c) destaque à prisão como excepcionalidade e d) legalidade das medidas cautelares”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ COUTINHO, J. N. M. **Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais**. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 140.

¹⁵⁸ LOPES JR., A., 2013, p. 14.

¹⁵⁹ ZILLI, M. A. C. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 85. 2010. p. 122.

¹⁶⁰ ZILLI, M. A. C., 2010, p. 118.

De outro lado, há também ferrenhas críticas a este mesmo Projeto, que ficou conhecido como “Substitutivo Casagrande”¹⁶¹. Para Roberto Delmanto Junior, o Projeto é “mais rigoroso do que o vigente Código de Processo Penal, nascido em meio à Ditadura Vargas, há 70 anos”¹⁶². Seguem os motivos do autor:

A fiança, como medida cautelar autônoma, tornou-se desproporcional. “Não há o menor cabimento de se admitir uma fiança de até 20.000 salários mínimos ao passo que a própria pena de multa não pode exceder de 1800!”¹⁶³

Outro aspecto negativo, para o autor, é a manutenção de expressões como “garantia da ordem pública” e da “ordem econômica”. Além disso, o projeto inovou (negativamente) ao prever prisão preventiva em face da gravidade do delito e diante da prática reiterada de crimes.

O substitutivo trouxe prazo para a prisão cautelar, porém alargou por demais, sendo a limitação máxima de quatro anos – conforme art. 557, parágrafo 2º. “E 4 anos é tempo demais para uma pessoa aguardar, presa, o transcorrer do processo, restando sempre a indagação que não quer calar desde Carnelutti: e se for ele absolvido?”¹⁶⁴

Pode o juiz ainda decretar nova prisão por mais um ano além deste prazo nos casos em que tiver ocorrido fuga e reiterado descumprimento de intimações judiciais. “Essa possibilidade é draconiana (...). Isso porque o acusado tem o direito ao silêncio, que inclui o direito de não colaborar com o processo contra ele movido...”¹⁶⁵.

Outro comentário crítico¹⁶⁶ em relação às medidas alternativas à prisão é quanto à ausência de previsão legal de detração, perdeu-se a oportunidade de regular o assunto. “A inexistência de detração para essas hipóteses é um *non sense*, mesmo porque, como bem lembrou Gustavo Ivahy Badaró (...), muitas dessas medidas são idênticas às penas alternativas previstas nos art. 44 e SS. do CP.”¹⁶⁷

O projeto atualmente está estacionado e para alguns não vingará, a nova Lei - fruto do resgatado PL nº 4.208/2001 - teria apaziguado algumas situações, dispensando a criação de um novo codex. De qualquer maneira, valem os registros,

¹⁶¹ DELMANTO JR., R. Recrudescimento a caminho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 84. p. 2. 2010. p. 135.

¹⁶² Ibidem, p. 136.

¹⁶³ Ibidem, p. 137.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 138.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 139.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ BADARÓ, G. apud DELMANTO JR., ibidem, p. 140.

como escreveu Eugênio Pacelli de Oliveira: “não há como fazer qualquer prognóstico quanto à aprovação, e muito menos, quanto ao prazo de apreciação... No Brasil, tudo é possível, ou, impossível, dependendo da direção em que olha!”¹⁶⁸

3.9 LEI Nº 12.403/2011 E DESDOBRAMENTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Lei nº 12.403/2011, inserta nas reformas processuais pontuais desde 2008 e publicada em 05 de maio de 2011, alterou o Código de Processo Penal no tocante às prisões processuais e demais medidas cautelares (Título IX) e entrou em vigor apenas 60 (sessenta) dias mais tarde, no dia 05 de julho de 2011, conforme a previsão do art. 3º do mesmo ordenamento. Diversas críticas foram tecidas em relação à mencionada *vacatio legis*.

Embora na presente Lei nº 12.403/11, mais precisamente no art.3º, seja prevista a vacância legislativa de sessenta dias, há bastante discussão em torno do dispositivo. Conforme os ensinamentos doutrinários, as regras de processo penal sejam boas ou sejam más possuem aplicação imediata, o que reflete o princípio previsto no artigo 2º do CPP. Porém, Aury Lopes Junior, numa interpretação garantista, entende de forma diferente do pensamento majoritário, defendendo a retroatividade da Lei:

“a lei processual penal mais gravosa não incide naquele processo, mas somente naqueles cujos crimes tenham sido praticados após a vigência da lei. Por outro lado, a lei processual penal mais benéfica poderá perfeitamente retroagir para beneficiar o réu, ao contrário do senso comum teórico”¹⁶⁹.

A Lei é “resultado de anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, que foi nomeada pelo Ministério da Justiça no final de 1999 e composta por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, sob a presidência da Professora Ada Pellegrini Grinover”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Disponível em: http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf. Acesso em: 13/10/2013.

¹⁶⁹ LOPES JR., A. 2013, p. 20.

¹⁷⁰ RABELO, G. A Lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante. **Boletim IBCRIM**. Ano 19. n. 225. 2011.p. 10.

Segundo Galvão Rabelo, ainda que o ideal seja a aprovação do Projeto de novo Código de Processo Penal, em tramitação, não se deixa de reconhecer que, “diante da profunda disparidade do atual diploma processual penal com os ideais democráticos e constitucionais, mesmo as alterações pontuais são bem-vindas.”¹⁷¹

Em que pese todo o esforço da Comissão, Aury Lopes teceu o seguinte comentário:

o problema das reformas pontuais, sem desmerecer a imensa qualidade do trabalho realizado pela Comissão de Juristas, é que elas geram inconsistência e incoerência sistêmica, transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos. Basta ver que modificaram todos os procedimentos em 2008 e não tocaram no capítulo das nulidades... gerando graves paradoxos¹⁷².

No mesmo sentido está o comentário de Renato Marcão:

“olhando ‘por cima’, é até possível falar que as alterações introduzidas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, são virtuosas. Essa afirmação, contudo, só poderá ser feita enquanto referência isolada aos novos institutos criados e algumas alterações aos antigos, pois, nas entranhas, o que se constata é mais um diploma legal de péssima qualidade técnica.”¹⁷³

Houve a equivocada manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica, que não constava na redação original do PL 4.208/2001. Outro grave erro, na visão de Aury Lopes, foi a não estipulação de um prazo máximo para a prisão cautelar.

Deixe-se registrado também que o projeto original da Lei previa um reexame necessário de toda a medida aplicada a cada sessenta dias, o que procurava evitar o esquecimento do acusado nas pilhas de processos, porém este trecho (antes como parágrafo 7º do art. 282 CPP) foi recusado pela Câmara dos Deputados.

O objetivo da nova Lei, dita por alguns como um “divisor de águas” entre um anacrônico processo penal punitivista e um renovado processo penal, é superar a dicotomia prisão/liberdade, possibilitando ao juízo criminal a utilização de várias outras medidas cautelares. Isto é, hoje o magistrado tem ao seu dispor um caminho intermediário, sendo o acusado submetido a outras medidas até o julgamento.

Relega-se a prisão mais uma vez para o lugar que sempre deveria ter

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² LOPES JR., A., 2013, p. 13.

¹⁷³ MARCÃO, R. Lei nº 12.403/2011: o artigo 310 do CPP e a inafiançabilidade na visão do STF. *Revista Jurídica*. n. 406, 2011, p. 69.

ocupado: como *ultima ratio* do sistema penal, devendo se apresentar antes como subsidiária nos moldes dos parágrafos 4º e 6º do art. 282 do CPP¹⁷⁴.

Afirma Aury Lopes Junior que “de nada servirá uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver o principal: o rompimento da cultura inquisitorial-encarcerizadora dominante”¹⁷⁵.

Todo este processo de mudança é resultado do cotejamento da prisão cautelar em face ao princípio da presunção de inocência. A presunção de inocência deve ser lida de forma harmônica, mas tomada a devida atenção para não relativizá-la, afinal escreveram Jacinto Miranda Coutinho e André Giamberardino:

Há uma hegemonia constitucional que deve ser corretamente tratada. A relativização sem parâmetros das regras e princípios constitucionais é grave equívoco que em regra atua contra direitos e garantias do cidadão¹⁷⁶.

pode-se, concluir, sem medo de erro, o quanto é equivocada, perigosa e ideológica a forçada relativização das regras e princípios, de todo inadmissível se se quiser ter um mínimo de respeito (e por que não vergonha) com e em relação à Constituição.¹⁷⁷

3.10 MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011

Dentre as mudanças já apresentadas no decorrer deste capítulo podem ser elencadas, de forma sintética, as seguintes:

a) Determinou-se a criação de um banco de dados nacional que deve ser administrado pelo Conselho Nacional de Justiça, facilitando o cumprimento dos mandados de prisão, (conforme a estipulação do novo art. 289-A do CPP).

b) Determina-se expressamente que os presos cautelares devem ficar em celas separadas dos demais (art. 300 do CPP), que cumprem pena proveniente de sentença condenatória transitada em julgado e que não gozam mais do *status* de inocentes. É grande avanço para evitar ou ao menos reduzir um dos efeitos

¹⁷⁴ Já existem decisões conscientes do conteúdo da Lei, confira-se: HC201192383885-GO, 1ª Câmara Crim., v.u., rel. Itaney Francisco Campos, 12.07.2011.

¹⁷⁵ LOPES JR., A., 2013, p. 16.

¹⁷⁶ COUTINHO, J. N. M.; GIAMBERARDINO, A. R. **Legalidade e reformas parciais do CPP: a excrescência da relativização das regras e princípios constitucionais**. In: BRANDÃO, C; CAVALCANTI, F.; ADEODATO, J. M. (Coord.). *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, p. 509.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 511.

negativos da prisão cautelar: o contágio criminal. Porém deve ser registrado que tal regra já existia no ordenamento jurídico brasileiro na forma do art. 84 da Lei de Execução Penal (Lei 7210/1984)¹⁷⁸.

c) Criam-se várias medidas cautelares diversas da prisão, já analisadas, as quais estão previstas nos incisos do art. 319 e também no art. 320 do CPP. Hoje se discute o benefício trazido por tal mudança, se seria realmente favorável ao acusado ou se representaria maior controle estatal. Assim está:

“Segundo Carranza, as pesquisas criminológicas apontam um resultado paradoxal: ao invés de as penas não privativas de liberdade reduzirem o uso da prisão, elas geram a ampliação da rede de controle penal. As pessoas que já estão presas permanecem; e as que não recebiam prisão ou qualquer outra sanção penal, passam a receber esse novo tipo de sanção”¹⁷⁹.

Para outra autora, “a incorporação das medidas cautelares pessoais ao direito brasileiro veio como resposta, ou melhor, como falta de respostas reais ao problema social da expansão dos processos de criminalização”¹⁸⁰.

d) A prisão deve ser deixada como última “carta”, conforme a previsão do art. 282 do CPP, parágrafo 4º. Mesmo antes da Lei, em análise, a interpretação já deveria ser assim feita, mas com o advento da reforma pontual, houve, finalmente, o reforço com um enunciado escrito regrando o pensamento. Nas palavras de Rodolfo Almeida Valente: “o Judiciário poderá impedir que pessoas sejam presas desnecessariamente, o que reduzirá,..., a estigmatização e a destruição de relações familiares e profissionais”¹⁸¹.

e) Não se aplica a prisão cautelar para os casos de crimes dolosos com penas menores a quatro anos, mas tão somente para os que possuem pena máxima além deste limite (conforme o art. 313, inciso I do CPP). No anteprojeto se fixou que “o remédio não poderia ser mais agressivo que a enfermidade”¹⁸², destacando-se a importância do princípio da homogeneidade. Ocorre que nos casos de

¹⁷⁸ Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17/09/2013.

¹⁷⁹ CARRANZA apud DORNELLES, R. P. “**O círculo do alienista**”: reflexões sobre o controle penal da loucura. 2012. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. p. 163.

¹⁸⁰ CARRANZA apud DORNELLES, R. P., *ibidem*, p. 166.

¹⁸¹ VALENTE, R. A. As boas novidades da Lei 12.403 de 2011. **Boletim IBCCRIM**. ano 19. n. 225. 2011, p. 9

¹⁸² LIMA, M. A. F.; NOGUEIRA, R. F., 2011, p. 185.

descumprimento de outras medidas esta regra se torna polêmica e, muitas vezes, é descumprida, seguindo-se o entendimento majoritário.

f) Estabeleceu-se a necessidade de haver previsão de pena privativa de liberdade para que se possa aplicar qualquer outra medida cautelar intermediária.

Na visão de Marco Antonio Ferreira Lima¹⁸³, é requisito incoerente, pois não precisaria haver a possibilidade de prisão para a aplicação das demais medidas, sendo estas aplicadas autonomamente. Por outro lado, a visão do autor que parece interessante, demonstra, na verdade, a expansão do controle estatal sobre as pessoas, a melhor interpretação em favor do acusado é a que veda a aplicação caso não haja previsão de pena restritiva de liberdade.

g) Impossibilitou-se a decretação de prisão cautelar de ofício pelo juiz durante a investigação (conforme o art. 282, parágrafo 2º c/c art. 311 do CPP). Esta mudança é bastante elogiada, quanto menos o juiz se envolver no decorrer da investigação melhor será para a separação de papéis e para o afastamento do “quadro mental paranoico”¹⁸⁴. A mudança está em consonância com os ditames constitucionais, principalmente em relação ao princípio acusatório. Tem-se que:

É absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, ex officio, ainda que em Juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade, etc.), pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo.¹⁸⁵

h) Possibilidade de prisão quando houver dúvida quanto à identidade civil como outro fundamento da prisão preventiva, conforme o art. 313, parágrafo único do CPP. A leitura literal do enunciado o torna duvidoso eis que para a decretação de prisão cautelar é necessário o preenchimento dos requisitos da cautelaridade, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* e não tão somente a ausência de identidade civil. Assim, permanece esta possibilidade no atual ordenamento se houver também o preenchimento das duas categorias componentes da cautelaridade.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Expressão encontrada na obra: CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 51.

¹⁸⁵ MOREIRA, R. A. A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares – comentários à Lei nº 12.403/2011. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. n. 41, p. 65.

i) Revogação de algumas “prisões consequenciais”. Houve a revogação da prisão por quebra de fiança e da prisão de sentença penal condenatória recorrível enquanto não se prestasse fiança.

j) Houve revogação do art. 595 do CPP após a Lei nº 12.403/2011. Não há que se falar em prisão para preparo de recurso. Apesar da não revogação do art. 585 do CPP que, por provável esquecimento do legislador, continua “morto-vivo” no ordenamento jurídico.

k) Possibilidade do assistente de acusação pleitear a prisão preventiva, conforme o art. 282, parágrafo 4º do CPP. Esta inovação é bastante criticada, pois “possibilitar o requerimento de prisão cautelar implicaria permitir vingança privada, já que o assistente não ocupa posição de *dominus litis*¹⁸⁶”.

l) O Ministério Público passa a fazer parte do rol dos que devem ser avisados sobre qualquer prisão que venha a ser cumprida.

m) Extinção da prisão especial do jurado. Neste ponto, também se está diante de outra falha da legislação, pois houve a revogação do art. 439 do CPP, porém olvidou-se do art. 295, X do CPP.

n) Fiança extorsiva. Há uma renovação do instituto que, porém se mostra bastante abusivo.

o) Contraditório na aplicação da medida. Apresenta-se como uma das características, qual seja a jurisdicionalidade, que prevê para toda a medida aplicada a necessidade de contraponto do acusado.

3.11 BREVE CRÍTICA AO DISCURSO DA CAUTELARIDADE

Tendo em vista a finalidade do instituto em comento e os fundamentos para a sua aplicação *versus* os desvirtuamentos, há autores que se posicionam radicalmente pela abolição da prisão cautelar. Antes de se chegar a característico posicionamento, vale destacar duas linhas de pensamento, conforme elencou André R. Giamberardino¹⁸⁷.

¹⁸⁶ LIMA, M. A. F.; NOGUEIRA, R. F., 2011, p. 188.

¹⁸⁷ GIAMBERARDINO, A. R., 2005/2006, p. 122.

A primeira linha, segundo o autor¹⁸⁸, está relacionada à doutrina majoritária, que descumpra a Constituição e confere o papel de executor de políticas públicas ao Direito. Neste raciocínio, as medidas cautelares podem e devem ser aplicadas para a manutenção da ordem nas diversas acepções decorrentes deste conceito amplo.

A segunda posição é mais atenta para uma interpretação sistemática e, por isso, restringe a aplicação da prisão cautelar para quando houver necessidade e finalidade de tutelar o processo tão somente. Para o autor André R. Giamberardino, esta segunda posição também não é a mais apropriada: “É necessário sublinhar que político é este debate, visto que mesmo com fundamentação teórica e técnica mais consistente, prevalece a postura primeira e o ideal autoritário de manutenção da ordem”¹⁸⁹.

Para Giamberardino, “a prisão exerce papel assaz central que não se coloca passível de limitação pelas garantias formais”¹⁹⁰. “Em outras palavras, significa dizer que a prisão cautelar existe para ser abusiva; e negá-lo sob as teses processualistas, mesmo que com a boa intenção de limitá-la e reduzir sua aplicação implica risco de ocultar o desempenho de sua real função”¹⁹¹. Fala-se em funções latentes negativas da prisão cautelar – já apresentadas no tópico dos “efeitos”, no ponto 3.5.

A terceira posição, então, advém de uma negação das duas primeiras. Manifesta-se pela extinção da prisão cautelar em qualquer hipótese. Luigi Ferrajoli e Giulio Illuminati ilustram esta opinião. O primeiro autor, Luigi Ferrajoli¹⁹², entende que a prisão cautelar poderia ser substituída pela mera detenção do acusado para os fins necessários, pois a única hipótese eminentemente processual seria para a instrução penal.

Nesta toada, não são poucos os posicionamentos que vão de encontro à prisão, seja ela com finalidade de cautela ou de pena. Sobre a atual política criminal adotada conclui Debora Regina Pastana:

Nesse enredo socioeconômico, cada vez mais evidente no Brasil, vem a constatação de que o aprisionamento é útil apenas, para retirar da

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ GIAMBERARDINO, A. R., 2005/2006, p. 122.

¹⁹⁰ GIAMBERARDINO, A. R. Prisão cautelar e Prisão como Pena: a identidade na história. **EOS - Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**. v. I. n.4. ano III. p. 3.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² GIAMBERARDINO, A. R., 2005/2006, p. 122.

sociedade os indesejados, para gerar empregos e para estimular uma recente e perversa política econômica¹⁹³.

Além das críticas existentes por conta do desvirtuamento observado na prática, há ainda questionamentos sobre a similitude entre prisão cautelar e prisão pena. Explica-se: havendo sentença penal condenatória transitada em julgado deve ser operado o desconto na pena do tempo cumprido como prisão cautelar, o que é inegável contrassenso se são institutos diversos – como tanto defende a doutrina majoritária.

Não que a ideia de desconto seja ruim, pelo contrário, o contrassenso gira em torno da possibilidade de se descontar o tempo de uma medida cautelar de uma pena definitiva, sugerindo uma similaridade em institutos que são, ferrenhamente, pregados como diversos no campo da doutrina.

As contradições são várias. No final, o que se percebe é que o discurso de que a prisão cautelar não seria pena antecipada não se sustenta. Como bem sugere André R. Giamberardino, o discurso que procura fundamentar a aplicação da prisão cautelar termina geralmente como o “mal necessário”, isto é, sem muita fundamentação¹⁹⁴.

No mesmo sentido, de que há ausência de fundamentação teórica ao cárcere, está a opinião de Karina Vasconcelos: “as teorias que outrora o fundamentaram, hoje não o apoiam mais, visto tal ambiente não mais atender aos ideais de pena justa ou mesmo de pena útil, o sistema prisional continua a expandir-se”¹⁹⁵. Por fim, finalizando este pequeno debate, vale reproduzir a ideia de enfrentamento sugerido pelo autor Aury Lopes Junior:

“chegou o momento de analisar a prisão cautelar como verdadeira *pena antecipada* ou *pena processual* e como tal, reservada para situações realmente excepcionais, ou mesmo excluída do ordenamento, como defende Ferrajoli. Como pena antecipada, prisão cautelar não tem função ressocializadora, mas de prevenção geral e especial, e principalmente, de retribuição imediata”¹⁹⁶.

¹⁹³ PASTANA, D. R., 2009, p. 328.

¹⁹⁴ GIAMBERARDINO, A. R. A. R., ano III, p. 1

¹⁹⁵ VASCONCELOS, K. N., 2009, p. 349.

¹⁹⁶ LOPES JR., A. **Breves considerações sobre o requisito e o fundamento das prisões cautelares**. Disponível em: buscalegis.cccj.ufsc.br

4 PESQUISA DE CAMPO

4.1 A PESQUISA DE CAMPO E O MÉTODO

Neste último capítulo é apresentada a pesquisa de campo, feita de forma aleatória e voluntária, com treze (13) diferentes operadores de direito, seis (06) membros do Ministério Público, dois (02) membros da Magistratura, quatro (04) membros da Advocacia e um (01) Delegado (todos atuantes no Paraná), durante o final do mês de setembro e a primeira metade do mês de outubro de 2013.

A metodologia empregada consistiu na aplicação de cerca de dez perguntas de respostas abertas, que objetivavam a opinião e a experiência dos entrevistados. De forma amostral foi possível traçar as tendências correntes sobre o tema em questão, qual seja, a Lei nº 12.403/11.

O modelo de questionário aplicado nos entrevistados segue abaixo:

ENTREVISTA COM OPERADORES DE DIREITO

1. De acordo com o seu conhecimento, a população carcerária no mundo e no Brasil tem aumentado? Se a resposta for positiva, quais seriam os motivos deste aumento?
2. O que torna uma determinada Lei efetiva? A Lei nº 12.403/11, em específico, que fez reformas pontuais no capítulo das medidas cautelares no CPP, é efetivada?
3. As dez medidas elencadas como diversas da prisão cautelar nos artigos 319 e 320 do CPP são aplicadas? Em que medida elas são benéficas ao acusado ou malélicas, representando maior controle do estado sobre o indivíduo?
4. Em sua opinião, há casos em que as medidas diversas da prisão não poderiam ser aplicadas? O caso de roubo, por exemplo, seria uma destas hipóteses de não aplicação?
5. No seu entendimento, quais são as críticas ou elogios à Lei?
6. O autor Aury Lopes Junior defende a existência de uma cultura da banalização da prisão cautelar no Brasil. Em sua opinião, há realmente esta cultura? E por qual motivo?
7. O fundamento da ordem pública para a decretação da prisão cautelar é constitucional?
8. A prisão cautelar, como é aplicada hoje, difere da prisão pena? E perante a sociedade e o acusado, em sua opinião, há alguma distinção?
9. O Juiz poderia decretar de ofício a prisão preventiva?
10. O Juiz poderia converter o flagrante em prisão preventiva independentemente da manifestação do Ministério Público?
11. Seria cabível a imediata prisão preventiva por descumprimento de outra medida diversa imposta, quando o crime em análise é punido com pena igual ou inferior a 4 anos (o que não satisfaz o inciso I do art. 313 do CPP)?

Em resposta à primeira pergunta, todos os treze (13) entrevistados concordam que a população carcerária brasileira tem aumentado. Inclusive, houve a lembrança, por parte de um promotor, de que, no globo, há partes que apresentam decaimento, fugindo à tendência mundial, é o caso da Holanda, dentre outros.

Entre os motivos elencados como fatores de tal aumento, as principais lembranças foram o aumento criminal (07 citações); má atuação do Governo por falta de investimento em educação e cultura (04 citações); ausência de aplicação de medidas substitutivas (02 citações); inversão de valores e desconhecimento da Lei (02 citações) e, depois (com 01 única citação cada, respectivamente) cultura do aprisionamento; apologia ao crime; influência da mídia; aumento de presídios; mudanças legislativas e aumento populacional. Neste item, observa-se que os candidatos, na maioria, apontaram mais de um motivo.

Curiosamente, o motivo mais lembrado, aumento criminal, repete-se como nas demais pesquisas, inclusive em antigas e naquela apontada no livro de André Giamberardino e Massimo Pavarini. Outro ponto interessante a se destacar é que o motivo “aumento populacional” é facilmente refutado, basta que se analisem os seguintes dados extraídos do site IBGE e Ministério da Justiça¹⁹⁷:

Ano:	2000	2012	Diferença	Crescimento em %
População carcerária	232.755	548.003	315.248	135,44
População brasileira	169.799.170	190.755.799	20.956.629	12,34

Sobre a segunda pergunta, sete (07) entrevistados afirmaram que a lei não vem sendo aplicada, enquanto outros quatro (04) falaram que é aplicada. Dois (02) entrevistados não tiveram a resposta computada, pois não se posicionaram de forma clara.

Em relação à terceira questão, os candidatos são praticamente unânimes em afirmar a importância das medidas diversas, mas alguns deles acreditam que estas saídas não têm sido aplicadas como poderiam, cerca de três (03) dos entrevistados assim se posicionaram. A maioria, quase 100%, não acredita que as medidas

¹⁹⁷ Dados extraídos do IBGE e Portal do Ministério da Justiça. Disponíveis em: <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/popul/default.asp?t=3&z=t&o=25&u1=1&u2=1&u3=1&u4=1&u5=1&u6=1> e <http://portal.mj.gov.br>. Acessados em: 10/10/2013.

representem maior controle do Estado sobre a sociedade e, inclusive, faziam questão de reforçar o caráter menos severo das medidas em relação à prisão.

Seguindo o roteiro, na quarta pergunta, cinco (05) candidatos se mostraram claramente contrários à aplicação de medidas diversas aos crimes com violência, como é o caso do roubo, sendo este número representação da maioria, pois alguns dos entrevistados não deixaram evidente o posicionamento e outros teceram a ressalva que só o caso concreto poderia indicar de forma precisa o cabimento da melhor medida a ser tomada.

A pergunta número cinco, bastante abrangente, deixava os candidatos à vontade para expressarem suas opiniões. Alguns deles não emitiram posicionamento, outros fizeram os seguintes apontamentos: elogiaram a escolha pela preservação da liberdade por meio das medidas diversas; criticaram a não aplicação por parte do judiciário das mesmas medidas; um (01) candidato disse que a “lei choveu no molhado”, outros teceram críticas à não fiscalização (“vira lei de faz de contas”, disse um dos entrevistados) e houve ainda um (01) candidato que lembrou de forma positiva a regulação da prisão domiciliar.

Quanto à sexta pergunta, houve polêmica. Alguns dos candidatos (ao menos três - 03 - deles) estranhavam o questionamento e se mostravam radicalmente contrários à ideia de Aury Lopes Junior e, outros, sete (07) concordavam que há um uso exagerado da prisão cautelar, mas que isto não se dava pela conduta dos entrevistados, que eram bastante criteriosos no dia-a-dia. Vale registrar que três (03) candidatos não foram considerados, pois não se posicionaram de forma clara em relação ao ponto.

Quando indagados sobre a constitucionalidade da ordem pública, oito (08) dos entrevistados responderam que é fundamento constitucional para o decreto de prisão cautelar, enquanto três (03) responderam que não. Quanto a esta questão vale reproduzir algumas das frases ouvidas. Um dos entrevistados alertou que a “ordem pública” já fundamentou inúmeras situações, inclusive a ditadura, mas que a jurisprudência vem dando conta de dar significado a esta expressão. Outro candidato, por sua vez, lembrou que a ordem faz parte do Estado há muito tempo, é inclusive elemento da bandeira do país e que assim não poderia ser simplesmente desconsiderada.

Em relação à oitava pergunta, houve diversas respostas, principalmente porque no próprio questionamento havia mais de uma indagação. Poucos deles,

apenas dois (02), responderam que não há diferenciação entre a prisão cautelar e a prisão pena. Alguns foram veementes em dizer que são institutos totalmente distintos e que não se cumpre pena na prisão cautelar.

Outros ainda lembravam que a prisão cautelar é uma forma de satisfação pública. Ao menos dois (02) candidatos disseram que a sociedade não sabe diferenciar uma prisão da outra e que já condenam o acusado mesmo na prisão cautelar. Dois (2) entrevistados alertaram ainda que os dois institutos se diferem sim, de forma negativa, vez que o preso cautelar, que ainda é presumido inocente, encontra-se em condições às vezes até piores que os condenados. “Em termos de aflição, prisão cautelar e prisão pena são a mesma coisa”, disse um deles.

Ainda sobre o assunto prisão cautelar *versus* prisão pena, vale registrar o ocorrido. Houve um promotor que, quando indagado se a prisão cautelar não seria, no final das contas, o mesmo que a prisão pena, em função da atual demora processual, respondeu serem institutos bastante distintos. Continuando a resposta, começou a comentar sobre a demora desnecessária da prisão cautelar e do prejuízo. No meio do discurso chegou a afirmar que às vezes há sim uma antecipação da pena, lembrando até da figura da detração. Em seguida, depois de ficar confuso quanto à identidade dos institutos, retomou a ideia principal e concluiu dizendo que a fundamentação para um instituto é distinta do outro e que assim não há que se falar em semelhança.

A importância desta pergunta reside no fato de que: “o recolhimento cautelar do suspeito a uma cela de delegacia ou de um presídio significa, para a grande massa da população, que 1º) o suspeito é o responsável pelo crime; 2º) ele está sendo punido; 3º) a comunidade está mais segura”¹⁹⁸.

Em relação às três últimas questões segue que: quatro (04) disseram que o juiz pode prender cautelarmente de ofício e cinco (05) disseram que o juiz não pode prender de ofício. Quando a pergunta se tornava mais específica, se o magistrado poderia converter o flagrante em prisão preventiva independente da manifestação do Ministério Público, a maioria respondeu que sim, pois a decisão do juiz não se vincula ao posicionamento do Promotor.

Quanto ao último questionamento, bastante polêmico inclusive na doutrina, da possibilidade da decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de

¹⁹⁸ CRUZ, R. S. M. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3

medida diversa, quando o crime em questão é punido com pena igual ou inferior a 4 anos (não satisfazendo o inciso I do art. 313, do CPP), oito (08) responderam que cabe a prisão, enquanto apenas dois (02) responderam que não. A constatação reflete o posicionamento majoritário da doutrina, segundo o qual, a prisão preventiva é possível e comum em descumprimento de medida, não importando o princípio da homogeneidade, isto é, a satisfação do art. 313 do CPP.

Um (01) dos favoráveis à decretação da prisão lembrou até mesmo que a prisão preventiva poderia ser decretada na Lei de Armas, no caso de crime de detenção. Outro candidato também favorável à decretação da prisão cautelar comparou o juiz ao médico, a prisão cautelar deve ser decretada, mas assim como não se abandona o paciente internado no hospital, não se deve abandonar o acusado na prisão. Outros dois (02) candidatos lembraram que o juiz pode prender no caso de descumprimento, mas que seria bastante interessante antes realizar uma audiência para verificar a causa do descumprimento por parte do acusado, em analogia ao que ocorre na Lei de Execução Penal.

Ainda sobre a polêmica, vale lembrar que a doutrina se divide em dizer que os incisos do art. 313 do CPP deveriam ser satisfeitos conjuntamente ou alternadamente. Há que se ter em vista também o princípio da homogeneidade, vez que o art. 33, parágrafo 2º, letra “c” do CP prevê regime aberto para penas iguais ou inferiores a quatro anos. Como defendeu um (01) dos entrevistados, “neste caso, a prisão preventiva não é cabível, mostrar-se-ia como um excesso desnecessário”. Ainda assim, veja-se que a maioria dos entrevistados não pensa assim, pelo contrário, entenderam cabível a prisão, mesmo em prejuízo do princípio da proporcionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi realizar um estudo sobre o inchaço do sistema carcerário. Assim, no primeiro capítulo procedeu-se à pesquisa de abordagens sociológicas do encarceramento no mundo e no país. Chegou-se à conclusão, por meio de estatísticas, de que a população de presos tem aumentado consideravelmente e que se mostra como uma tendência.

No segundo capítulo, analisou-se propriamente a Lei nº 12.403/2012 e seus desdobramentos, principalmente as alterações feita por esta reforma no CPP. Questões polêmicas também foram lembradas, como a *vacatio legis*, a detração e outros.

No terceiro capítulo, foi apresentada a pesquisa de campo realizada por meio de entrevistas com variados operadores do Direito, representantes da Magistratura, Ministério Público, Advocacia e Delegado. A partir desta pesquisa se obteve traços do perfil judiciário quanto ao tema cautelar.

De todo este empreendimento chega-se à ideia de que o processo de aumento existe e as medidas intentadas até o presente momento não surtiram efeito, inclusive a presente Lei em comento. Para a autora Renata Dornelles:

Pensamos que o sentido geral da inovação não se restringiu aos objetivos de descarcerização. Veio também para abrandar clamores sociais que apontam um aumento da criminalidade e da violência. ... Não há sentidos ocultos; o que se quis verdadeiramente foi aumentar a rede de controle penal.¹⁹⁹

Tem-se também que:

Essa “penalização” de um instituto eminentemente processual, que desborda funcionalmente de seus fins e limites, nada mais é do que um dos reflexos do que CARRARA denominava “nomorréia penal” e que encontra similar significado na moderna metáfora de FERRAJOLI (“metástase legislativa”), em decorrência da qual se corre o risco de que, com mais tipos e punições mais graves (*more of the same*), se produza, ao invés de redução dos crimes, maior violência social.²⁰⁰

¹⁹⁹ DORNELLES, R. P., 2012, p. 171.

²⁰⁰ CRUZ, R. S. M., 2006, p.3.

Conclui-se, assim, que a solução não vem com a Lei. No mesmo sentido, está a opinião da socióloga Julita Lemgruber: “Se legislação rigorosa resolvesse o problema da criminalidade, os países que aplicam a pena de morte deveriam estar vivendo no melhor dos mundos em termos de segurança pública. E não vivem”.²⁰¹

Percebe-se que a solução depende de uma mudança mais intensa. Renato Marcão escreveu: “sem uma mudança profunda de cultura e adoção de práticas verdadeiramente democráticas não há política criminal que possa ser exitosa.”²⁰² Outro autor, Nils Christie²⁰³, também registrou que: “são as decisões político-culturais que determinam a estatística carcerária e não o nível ou a evolução da criminalidade”.

Assim, o caminho talvez esteja numa mudança de cultura, que esteja disposta a abandonar velhos preconceitos, como o juízo de periculosidade, assumindo verdadeiramente novas posições.

²⁰¹ LEMGRUBER, J. Os riscos do uso indiscriminado da pena privativa de liberdade. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1996, p. 23.

²⁰² MARCÃO, R. L., 2012, p. 29.

²⁰³ CHRISTIE, N. apud. PASTANA, D. R., 2009, p. 317.

REFERÊNCIAS

BACILA, C. R. **Estigmas: um estudo sobre preconceitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BADARÓ, G. H. R. I. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: impossibilidade de decretação de medidas atípicas**. Disponível em: www.badaroadvogados.com.br/?p=329. Acesso em 10/09/2013.

_____. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BERDET, M. Are alternative sanctions an effective civil remedie to overcrowding prison population in Brazil? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 103. p. 383-407, 2013.

BIANCHINI, A.; MARQUES, I. L.; GOMES, L. F.; CUNHA, R. S.; MACIEL, S. **Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL, Lei 7.210/1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17/09/2013.

BRASIL, Lei 7.960/1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 20/09/2013.

BRASIL, Lei 12.403/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 10/06/2013.

CABRAL, K. M. Prisão preventiva: um mal necessário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. v. 844. p. 180-194, 2006.

CARNELUTTI, F. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. v. I e II. Buenos Aires: Europa-América, 1950.

CHRISTIE, N. **A indústria do controle do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORDERO, F. **Procedimiento penal**. Tradução de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. 2v.

_____. **Guida alla Procedura Penale**. Roma: UTET, 1986.

COUTINHO, J. N. M. **Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais**. In: WUNDERLICH, A. (Org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140.

COUTINHO, J. N. M.; GIAMBERARDINO, A. R. **Legalidade e reformas parciais do CPP: a exorcência da relativização das regras e princípios constitucionais**. In: BRANDÃO, C; CAVALCANTI, F.; ADEODATO, J. M. (Coord.). *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, p. 497-512.

CRUZ, D. T. Aspectos controvertidos sobre o instituto da prisão preventiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 68, p. 214-262, 2007.

CRUZ, R. S. M. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, L. M. A. Mídia e processo penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 94. p. 199- 237, 2012.

DELMANTO JR., R. Recrudescimento a caminho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 84, p. 209-227, 2010.

DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DORNELLES, R. P. **“O círculo do alienista”**: reflexões sobre o controle penal da loucura. 2012. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Departamento de Direito Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

FERNANDES, N. **Falência do Sistema Prisional Brasileiro**. São Paulo: RG Editores Ltda, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. ampl., com introdução e índices onomástico e analítico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, E. R. Primeiras Reflexões à Lei 12.403/2011: medidas substitutivas à prisão cautelar. **Revista dos Tribunais Online**. v. 14. p. 427, 2011.

GIAMBERARDINO, A. R. Prisão Cautelar e a manutenção da ordem: por uma interpretação constitucional do processo penal. **Revista Jurídica Themis**. Curitiba, nº 17, 2005/2006.

_____. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 198 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

_____. Prisão cautelar e Prisão como Pena: a Identidade na História. **EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**. Curitiba, v. 1. n.4. Ano III.

_____. **Fundamentos Teóricos das Novas Hipóteses de Prisão Preventiva: Análise da Emenda nº 9 ao Substitutivo do PLS nº 156**. In: COUTINHO, J. N. M.; CARVALHO, L. G. G. (Org). O novo processo penal à luz da Constituição. V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, L. F. **Instituto Avante Brasil**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/perfil-dos-presos-no-brasil-em-2012/>. Acesso em: 19/09/2013.

JARDIM, A. S. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LEITE, E. O. **Monografia Jurídica**. 8. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LEMGRUBER, J. O sistema penitenciário brasileiro. **Cidadania e justiça**. 1º sem 2001, p.170-179.

_____. Os riscos do uso indiscriminado da pena privativa de liberdade. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.19-27.

LEMGRUBER, J.; PAIVA, A. **A dona das chaves**. Rio de Janeiro: Record, 2010.

LIMA, M. A. F.; NOGUEIRA, R. F. **Prisões e Medidas Liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES JR., A. C. L. **Prisões cautelares**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Breves considerações sobre o requisito e o fundamento das prisões cautelares**. Disponível em: buscalegis.cccj.ufsc.br. Acesso em: 10/08/2013.

_____. **O novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas – Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARCÃO, R. Lei nº 12.403/2011: o artigo 310 do CPP e a inafiançabilidade na visão do STF. **Revista Jurídica**. n. 406, p. 69-75, 2011.

_____. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, J. F. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, M. Z. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, R. A. A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº 12.403/2011. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. n. 41, p. 61- 99, 2011.

NETTO, J. L. S. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. **Revista dos Tribunais**. v. 801. p. 422, 2002.

NUCCI, G. S. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Prisão e liberdade de acordo com a Lei 12.403/11**. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
PASTANA, D. R. Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 77. p. 328, 2009.

PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R. **Teoria da Pena e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RABELO, G. A Lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante. **Boletim IBCRIM**. n. 225, 2011.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Processual Penal**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSA, A. M. **Monitorar para além da prisão: não sabemos nada e temos medo de tudo!** Disponível em: atualidadesdodireito.com.br/alexandredarosa/2012/08/09/monitorar-para-alem-da-prisao-nao-sabemos-nada-e-temos-medo-de-tudo-por-alexandre-morais-... Acesso: 17/09/2013.

SANGUINÉ, O. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 86. p. 289-335, 2010.

SANTOS, J. C. S. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Conceito, 2011.

SCARANCA, F. Medidas Cautelares. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim IBCCRIM.** n. 224, 2011.

SILVA, J. V. **Comentários à Lei 12.403/11: Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória.** Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, L. A. A prisão preventiva pela gravidade do delito: o caso Matsunaga. **Revista dos Tribunais.** v. 925, p. 529- 537, 2012.

TAVARES, L. R. **Prisão Preventiva Ontem e hoje: paradigma e diretrizes pela Lei nº 12.403/11.** 121 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

TEIXEIRA, A.; MATSUDA, F. E. Penas alternativas x prisão: a construção de um outro paradigma? **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 69, p. 279-328, 2007.

TEIXEIRA, A.; MATSUDA, F. E; SALLA, F.; ALVAREZ, M. C. O sistema prisional: um debate necessário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 67, p. 233-252, 2007.

THOMPSON, A. **A questão Penitenciária.** São Paulo: Forense Jurídica, 2012.

TOURINHO FILHO, F. C. **Manual de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. **Citações e notas de rodapés.** Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

VALENTE, R. A. As boas novidades da Lei 12.403 de 2011. **IBCCRIM.** n. 225, p.9, 2011.

VASCONCELOS, K. N. O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo. n.78, p. 349-387, 2009.

VIEGAS, C. M. A. R. Considerações acerca da alteração do mecanismo da prisão preventiva no Brasil a partir da Lei nº 12.403, de 2011. **Revista Jurídica**. n. 416, p. 85-114, 2012.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
ZILLI, M. A. C. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 85. 2010.