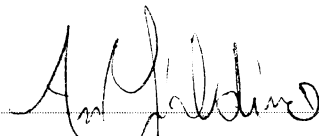


TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO ANDRE MALACHINI JOHNSON

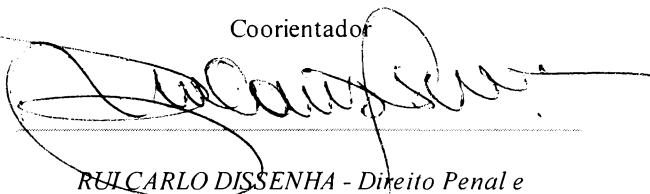
A PRISÃO PREVENTIVA DE ACORDO COM A REFORMA PROCESSUAL PENAL PARCIAL DECORRENTE DA LEI 12.403/2011

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO
Orientador

Coorientador



RUI CARLO DISSENHA - Direito Penal e
Processual Penal
Primeiro Membro



MAURÍCIO STEGEMANN DIETER
Segundo Membro

Prisão UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULO ANDRÉ MALACHINI JOHNSON

**A PRISÃO PREVENTIVA DE ACORDO COM A REFORMA PROCESSUAL PENAL
PARCIAL DECORRENTE DA LEI 12.403/2011**

CURITIBA

2013

PAULO ANDRÉ MALACHINI JOHNSON

**A PRISÃO PREVENTIVA DE ACORDO COM A REFORMA PROCESSUAL PENAL
PARCIAL DECORRENTE DA LEI 12.403/2011**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. André Ribeiro Giamberardino

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO ANDRÉ MALACHINI JOHNSON

A PRISÃO PREVENTIVA DE ACORDO COM A REFORMA PROCESSUAL PENAL
PARCIAL DECORRENTE DA LEI 12.403/2011

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

Orientador

RUI CARLO DISSENHA

Primeiro membro

MAURÍCIO STEGEMANN DIETER

Segundo membro

RESUMO

Com a entrada em vigor da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, os dispositivos do Código de Processo Penal relativos às medidas cautelares pessoais sofreram uma significativa mudança. Além das alterações relacionadas à prisão e liberdade, foram introduzidas no sistema outras tantas medidas alternativas ao cárcere, todas elas previstas no artigo 319 da referida Lei, das quais se citam, como exemplos, a proibição de frequência a determinados lugares, o recolhimento noturno, o monitoramento eletrônico e a fiança, dentre outros. A prisão com fim cautelar passa a ser aplicada, agora, apenas em última análise e desde que suficientemente motivada pelo magistrado com base nas circunstâncias concretas de cabimento da medida preventiva. Torna-se, portanto, excepcional e subsidiária. Além disso, deve ser medida adequada e necessária, obedecendo ao princípio da proporcionalidade, resguardando ao máximo também os interesses do imputado, sobre quem incide, por diretriz constitucional, a presunção de inocência. A prisão preventiva, nesse sentido, não se confunde, em nenhuma hipótese, com forma qualquer de antecipação de pena. Para mais, a medida cautelar restritiva de liberdade por excelência fica limitada às situações previstas no Código de Processo Penal, além de condicionada ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis*, pressupostos probatórios e cautelares sem os quais a prisão não se justifica, devendo ser, conseqüentemente, revogada. Constitui assim, ainda que se reconheça a gravidade da medida, instrumento importante e indispensável ao processo, como meio de garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal, sempre que outra cautelar alternativa não se mostre suficientemente satisfativa. Críticas à parte, a prisão preventiva é usada, também, para garantia da ordem pública e econômica, lembrando sempre a exigência, em todos os casos, de prova do crime e indício suficiente de autoria.

Palavras-Chave: Prisão preventiva. Prisões cautelares. Medidas cautelares pessoais. Lei 12.403/2011.

ABSTRACT

After Law 12.403, of May 4, 2011, the procedures for preventive custody and arrest have suffered profound changes. Besides the alterations regarding imprisonment and freedom, other alterations were introduced as an alternative to incarceration, all of which under article 319 of that Law, such as restraining orders, house arrest, bail, among others. Preventive detention is now applied only as a last resource, and provided that it is fully justified by the magistrate based on the circumstances given. It is, thus, subsidiary and exceptional. Besides, it must be adequate and necessary, observing the principle of proportionality, to respect the interest of the accused, upon which the presumption of innocence is applied. Preventive arrest, in this sense, must not be confused, under no circumstances, with any form of sentence (punishment) anticipation. Moreover, preventive detention is limited to what is stated in the Penal Process Code, besides circumstances conditioned to *fumus commissi delicti* and *periculum libertatis*, without which the detention is not justified, and, in that case, it must be revoked. Thus it is, acknowledged its gravity, an important instrument to due process, every time another preventive measure is not satisfactory. Though criticized, preventive arrest is also used as a means to maintain public and economic order, provided that evidence is always presented.

Keywords: Preventive detention. Precautionary detentions. Personal precautionary measures. Law 12.403/2011.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 MEDIDAS CAUTELARES	09
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES	09
2.2 PRISÃO	11
2.3 PRISÃO CAUTELAR	14
2.3.1 Princípios	17
2.3.1.1 Motivação das decisões judiciais	18
2.3.1.2 Contraditório	20
2.3.1.3 Provisionalidade	21
2.3.1.4 Provisioriedade	22
2.3.1.5 Excepcionalidade	23
2.3.1.6 Proporcionalidade	25
2.3.2 Espécies de prisão cautelar	25
3 PRISÃO PREVENTIVA	27
3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	28
3.2 CONSTITUCIONALIDADE	30
3.3 PRESSUPOSTOS	32
3.3.1 Probatórios	33
3.3.2 Cautelares	35
3.4 HIPÓTESES DE CABIMENTO	42
3.5 DURAÇÃO	45
4 A PRISÃO PREVENTIVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a prisão preventiva no direito processual penal, principalmente em razão da recente reforma sofrida com o advento da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Foram alterados, através do novo texto, os dispositivos relativos às medidas cautelares pessoais e, dentre eles, também os que dispõem sobre a prisão cautelar preventiva.

Antes desta última reforma do Código de Processo Penal, as medidas de cautela pessoais disponíveis na Lei se resumiam à prisão ou à liberdade. Sem nenhuma outra opção, via-se o magistrado obrigado a decretar a custódia preventiva, ainda que desproporcional, sempre que necessário se garantir a produção de provas ou a execução da sentença penal condenatória, além dos casos de prevenção geral ou defesa social.

Recentes pesquisas apontam para um número elevado de presos no Brasil. Número esse que ultrapassa cerca de quinhentas mil pessoas, dentre aquelas cumprindo pena e aquelas mantidas presas cautelarmente, em uma proporção assombrosa de quase cinquenta por cento. Parte desse número, não se nega, deve-se à banalização da prisão para garantia do processo e da ordem pública.

A Lei 12.403, em vigor desde julho de 2011, alterou, entretanto, o regime jurídico das medidas cautelares pessoais, oportunizando a aplicação de outras tantas medidas diversas da prisão, igualmente cautelares e assecuratórias. Mais do que isso, com o novo rol de alternativas, a prisão preventiva passa a ser a última opção entre as medidas de cautela, devendo ser utilizada, pois, apenas em último caso, como expressamente determina, agora, a Lei Processual Penal.

Importante avanço, portanto, ainda que tardio. A excepcionalidade das prisões cautelares aproxima, de certa forma, o direito processual penal do texto constitucional. Sua subsidiariedade, do mesmo modo, parece exaltar os princípios basilares da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Como medida extrema, gravíssima de qualquer ponto de vista e não só sob a ótica dos direitos fundamentais, e representativa da máxima ingerência do poder estatal sobre a liberdade individual do cidadão, a prisão como meio de prevenção deve ser proporcional à situação de fato, necessária e adequada para a proteção do bem jurídico que se visa tutelar. Excessos de qualquer natureza não podem ser

tolerados, ainda mais por se tratar de espécie de prisão sem sentença penal condenatória.

Além disso, não é demais lembrar a precária estrutura característica das prisões espalhadas por todo o Brasil, reflexo da péssima situação do sistema prisional e penitenciário nacional, o que enfatiza, ainda mais, a necessária ruptura com o uso exagerado e desarrazoado das prisões preventivas em nosso país.

Reconhece-se, por outro lado, a importância do instituto, indispensável para o processo penal. Ainda que represente medida gravíssima, é essencial, muitas vezes, para se garantir o regular desenvolvimento da instrução criminal e a futura aplicação da lei penal, resguardando, em última análise, também a sociedade e o Estado.

Para tanto, a estrita observância dos pressupostos da prisão preventiva, sempre orientada pelos seus princípios norteadores, é imprescindível para um desejável equilíbrio entre o interesse público e os direitos individuais.

Não há prisão preventiva sem prova do crime e sem indício suficiente de autoria. Além disso, deve ela ser decretada como meio de proteção da prova e do processo e para se garantir a execução da sentença condenatória e a consequente aplicação da lei penal. Ainda que duramente criticado, o Código de Processo Penal autoriza, também, a custódia cautelar para garantia da ordem pública e da ordem econômica. Para além desses pressupostos, a prisão não se justifica.

Assim, para o desenvolvimento do tema será feita inicialmente uma breve análise sobre as medidas cautelares pessoais no processo penal e sobre a recente Lei 12.403/11.

Ultrapassada a questão, será abordada a prisão, fazendo-se, inclusive, um também brevíssimo apanhado histórico, de modo a proporcionar o entendimento do instituto e da sua relevância para o direito penal e processual penal.

Ainda, será realizada uma abordagem geral sobre as prisões cautelares e sua teoria, tecendo modestas críticas à tentativa de adequação de institutos do direito processual civil ao processo penal. Outrossim, serão tratados os princípios relacionados às prisões cautelares e descritas as espécies legais dessa modalidade prisional.

O segundo capítulo será destinado à prisão preventiva propriamente dita, abordando-se o conceito e a natureza jurídica, a constitucionalidade da medida, os

pressupostos probatórios e cautelares, as restritas hipóteses de cabimento da prisão, bem como sua razoável duração.

Por fim, no terceiro e último capítulo será concisamente abordada a prisão preventiva no Projeto de Lei do Senado nº. 156/2009, que objetiva reformar integralmente o Código de Processo Penal, ainda em trâmite no Congresso Nacional, fazendo-se uma comparação entre os dispositivos normativos.

Como conclusão desse trabalho, serão tecidas algumas considerações finais a respeito da prisão preventiva no processo penal, bem como sobre a recente Lei 12.403 e o Projeto do Novo Código de Processo Penal.

Saliente-se, todavia, que o presente estudo não pretende o esgotamento do tema, mas apenas trazer à tona os recentes embates travados acerca do assunto.

2 MEDIDAS CAUTELARES

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

As medidas cautelares no direito processual objetivam, de um modo geral, garantir a efetividade do processo, seja resguardando a prova ou garantindo a futura execução penal. Asseguram, desse modo, a regular prestação jurisdicional e a proteção do bem jurídico tutelado.

No processo penal, além dos procedimentos de cautela relativos à coisa, como as medidas assecuratórias e a busca e apreensão, e aqueles relativos à prova, existem também as chamadas medidas cautelares pessoais¹, que se referem à pessoa do acusado, e se resumiam, grosso modo, ao binômio prisão – liberdade.

Com efeito, o Código de Processo Penal previa, até julho de 2011, apenas essas duas situações, adotando, nas palavras de Aury Lopes Junior, um modelo “binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória”².

Em outras palavras, diante do caso concreto, ao juiz cabia escolher, apenas, entre a prisão do acusado ou sua liberdade, não lhe sendo oportunizado optar por outras medidas alternativas, mas igualmente satisfativas.

Solucionando, em parte, esse problema, entrou em vigor a recente Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou, significativamente, os dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, dentre outras providências. De certa forma ainda pouco estudada, essa reforma parcial do Código de 1941 significou, em termos gerais, um grande avanço para o direito penal e processual penal brasileiros, especialmente por aproximar da Constituição da República e de seus princípios norteadores o regime de prisão e liberdade então vigentes, instituindo, ainda, outras nove medidas cautelares diversas da prisão.

¹ CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 26.

² LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual: liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 3.

Buscou-se com a nova lei combater a banalização das prisões processuais como única medida cautelar efetiva. Logo, o cárcere passa a ser, em teoria, medida excepcional, aplicável somente quando não cabível a sua substituição por outra medida cautelar qualquer. O rol de medidas cautelares diversas da prisão deve ser, agora, analisado como alternativo à prisão cautelar, observando-se sempre os princípios da necessidade e da adequabilidade, com o objetivo de atenuar os rigores da prisão³.

Institui, portanto, o novo artigo 319 do Código de Processo Penal, como medidas cautelares diversas da prisão, o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; a proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; a suspensão do 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; a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; a 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; e, por fim, a monitoração eletrônica.

O instituto das prisões processuais sofreu, como consequência, também uma enorme mudança. Passa a ser, como visto, a última opção dentre as medidas de cautela disponíveis, devendo-se adequar, primordialmente, aos diversos pressupostos e requisitos elencados pela lei processual.

Se por um lado a recente Lei trouxe inúmeros benefícios para o réu, trazendo, também, um significativo avanço para o direito processual penal, por outro

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 9.

lado ela se manteve silente a respeito de questões importantíssimas e há muito discutidas pela doutrina, como a previsão de um prazo máximo de duração para as medidas cautelares e a manutenção do tão criticado fundamento da garantia da ordem pública, previsto no artigo 312, do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva, por exemplo.

Apesar dessas falhas consideráveis, nas palavras de Aury Lopes Junior, “no conjunto, o novo regime jurídico das medidas cautelares é melhor do que aquilo que se tinha no CPP de 1941”⁴.

Assim, diante dessas breves considerações, pode-se concluir que a nova legislação trouxe, em necessária hora, relevantes alterações no trato das prisões, da liberdade provisória e das medidas cautelares, inserindo, oportunamente, inúmeras alternativas à prisão⁵.

Possibilitando o melhor entendimento do tema abordado, passa-se à análise de um, também breve, histórico a respeito do instituto da prisão e do isolamento carcerário.

2.2 PRISÃO

A aplicação de penas e a existência da prisão datam, ambas, de muito tempo. Como afirma Cezar Roberto Bitencourt:

A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por tudo isso, não é uma tarefa fácil.⁶

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 3.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16 ed. atual. de acordo com as Leis nºs 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 487.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1**: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 439.

Como bem alertou o autor, situar a origem da pena na história é tarefa das mais arriscadas, podendo-se afirmar, entretanto, com certo grau de certeza, que nem sempre prisão e sanção tiveram a função que desempenham hoje. Em tempos remotos, em razão da ausência do Estado como regulador das relações sociais, o conceito de sanção estava intimamente ligado ao sentimento de vingança, bastante presente nas sociedades de estrutura familiar. A pena, portanto, era executada pelo próprio ofendido, em defesa dos seus interesses, contra qualquer ato considerado injusto.

Por vezes, essa retribuição era exagerada e, assim, inconveniente, na medida em que ensejava novos e desnecessários desentendimentos. Em outros momentos, essa sanção não se mostrava efetiva, já que prevalecia, à época, não necessariamente a vontade do prejudicado, mas sim a do mais forte, o que ensejou a inevitável limitação, de algum modo, do pleno exercício da vingança privada⁷.

Nesse cenário, assume o Estado o controle do poder punitivo, tirando dos particulares o direito de punir e tomando para si o dever de solução de conflitos. Assim afirma Aury Lopes Junior:

À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra atividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a necessária utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – o processo penal – em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor.⁸

A prática de excessos na aplicação das penas e o abuso do poder de punir também por parte do Estado, contudo, fizeram surgir, principalmente com a Revolução Francesa e os ideais iluministas, a necessidade de racionalização do exercício do poder punitivo, institucionalizando a aplicação das penas,

⁷ ALMEIDA, Francis Moraes de. **Observações sobre o poder de punir**. Disponível em www.ibccrim.org.br. Acesso em 19/11/2012.

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1 v. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 23.

criminalizando condutas e excluindo as vítimas do papel de fazer justiça com as próprias mãos⁹.

A sanção, então, assume outro caráter que não o cruel e o vingativo: as penas, com o objetivo de punição, deveriam, agora, ser moderadas e proporcionais aos delitos praticados, aplicadas a crimes previstos expressamente na legislação e que atingissem a um bem social relevante¹⁰.

Verificou-se, a partir daí, uma deturpação e uma supervalorização do instituto prisional como forma de punição, assumindo, por conseguinte, os contornos e características que possui até os dias de hoje.

Cumprido esclarecer, portanto, que a origem da prisão relação nenhuma tinha com a aplicação da lei, como hoje se concebe. Conforme Michel Foucault, a origem da prisão cautelar é anterior à existência da prisão como pena, a qual só veio configurar na história muito depois que a humanidade já conhecia a privação da liberdade¹¹. Assim, antes da prisão passar a ser estritamente cumprimento de pena, ela se destinava a reter o condenado até a efetiva execução de sua punição. A prisão marca, antes de tudo, a introdução de um novo poder dotado de justiça igualitária, surgindo como uma espécie de pena mais humanitária.

Hoje, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça¹², estima-se que, apenas no Brasil, a população carcerária tenha superado 550 mil pessoas presas, pouco mais da metade delas cumprindo pena pelos crimes que supostamente cometeram. Ou seja, o restante, cerca de 45%, está sendo mantido preso cautelarmente, a espera de uma decisão judicial¹³.

⁹ MIRANDA, Roberta Espíndola. **Dos excluídos aos excluídos**: construção histórica do poder de punir. Disponível em www.ibccrim.org.br. Acesso em 19/11/2012.

¹⁰ SILVA, João Carlos Carvalho da. **A prisão e a sociedade foucaultiana**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 19.11.2012.

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramallete. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 58.

¹² CNJ. **População carcerária do Brasil atingiu 550 mil presos em junho**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22552-populacao-carceraria-do-brasil-atingiu-550-mil-presos-em-junho>. Acesso em 18.12.2012.

¹³ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.

Isso evidencia, claramente, o sucesso do instituto da prisão, que apesar das inúmeras críticas e dos males sociais e individuais que sabidamente provoca, permanece, há muito tempo, insubstituível como (quase único) meio de punição.

2.3 PRISÃO CAUTELAR

O estudo das medidas cautelares no processo penal, e, dentre elas, em especial as prisões, por serem de extrema gravidade e representativas da máxima ingerência do Estado na liberdade individual do cidadão, importam a análise dos seus requisitos e pressupostos elementares. Muito se discute, na doutrina, a aplicação de uma teoria geral do processo, emprestando ao processo penal aqueles conceitos tradicionais do processo civil, como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e que tem, em Calamandrei¹⁴, um de seus principais expoentes.

Necessário, entretanto, distingui-los, ainda que parte da doutrina assim não o entenda. Como afirma Luiz Antonio Câmara,

é robusta a discussão existente sobre uma tendência que implicaria a aceitação do estudo unitário do direito processual: os diversos ramos destes estariam de tal maneira informados por idênticos institutos, sedimentar-se-iam tão solidamente sobre as mesmas bases que um estudo articulado dos ramos somente poderia ser feito com sucesso e cientificidade se calcado sobre uma teoria geral, de todos abrangente e, também, a todos aplicável.¹⁵

O equívoco parece consistir na busca pela aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, desconsiderando, pois, as categorias jurídicas próprias do processo penal¹⁶.

Nesse sentido, a corrente unitária do direito processual transporta de maneira inadequada institutos do processo civil ao processo penal e tal impropriedade não só se faz presente em relação às condições da ação, como também à teoria das prisões cautelares.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2 v. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 58.

¹⁵ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 84

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. Cit. p. 58.

Parte da doutrina do processo penal, por outro lado, não aceita a referida “adaptação” das condições da ação civil (interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido) ao processo penal e, a partir do revogado artigo 43 do Código de Processo Penal¹⁷, o qual dispunha sobre as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, apresenta as condições da ação no processo penal.

De acordo com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, essas condições da ação, no processo penal, podem ser elencadas em tipicidade aparente, legitimidade de parte, punibilidade concreta e justa causa¹⁸.

A fim de não ampliar de forma demasiada o tema e nos atermos ao objeto do estudo proposto, será abordada, de forma mais detida, somente a tipicidade aparente, eis que intrinsecamente relacionada ao *fumus commissi delicti*, pressuposto de máxima importância da prisão preventiva.

Para que possa ser exercida a ação penal ou decretada uma medida cautelar, é necessário que o fato seja aparentemente típico.

Nessa esteira, o primeiro dos pressupostos diz respeito à materialidade do crime, ou seja, à prova de existência do delito, somente se autorizando a custódia cautelar, frise-se, em caso de prova robusta acerca da existência do ilícito. Não há espaço para dúvidas: “verificando-se mera suspeita de existência de infração penal, a ser apurada na instrução preliminar, não há como se autorizar a custódia cautelar do investigado ou indiciado”¹⁹.

O segundo pressuposto está relacionado à existência de indício suficiente de autoria. Ressalte-se que, também neste aspecto, uma vez provada a materialidade, “não satisfazem à lei meras suspeitas de que este ou aquele indivíduo tenha sido o autor da infração”²⁰. Não se exige prova cabal de que o crime tenha sido praticado por aquele cuja prisão se pretende decretar, no entanto, “devem todos os elementos

¹⁷ A Lei n.º 11.719/08 revogou o artigo 43 e modificou a redação do artigo 395, estabelecendo as seguintes causas de rejeição: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal”. (Artigo 395 do Código de Processo Penal)

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**: Pensamento Jurídico. 2. série. Curitiba: Juruá, 1989. p. 145.

¹⁹ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 127.

²⁰ Idem. Ibidem. p. 128.

colhidos no procedimento investigatório ou instrutório convergir para a demonstração de que a *provável* autoria do ilícito pode ser atribuída ao acusado²¹.

Fica claro, dessa forma, que não é apropriado afirmar juridicamente, e, tampouco, semanticamente, que para a decretação de uma prisão cautelar, é necessária a existência de *fumus boni iuris*²².

No processo penal, “o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível”²³. Logo, o correto é afirmar que o requisito essencial para a decretação de qualquer medida cautelar é o “*fumus commissi delicti*, ou seja, fumaça do cometimento de um fato punível, que se exterioriza na prova da existência do crime (do fato punível) e indícios suficientes de autoria”²⁴.

Afirmam, ainda, os autores Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques:

Não é necessário que essa prova seja indubitável, exaustiva. Para a condenação final faz-se necessário um elevado grau de credibilidade em relação às provas colhidas. Elas devem atingir o nível que se denomina além da dúvida razoável (Beyond a reasonable doubt). Para a decretação das medidas cautelares, no entanto, não se requer tudo isso, mas não se pode cair no outro extremo, ou seja, o juiz tem que ter a cautela de se cientificar (com um certo grau de convicção) de que houve um crime (um fato punível) e de que existem indícios suficientes de autoria.²⁵

Seguindo a mesma linha de raciocínio de Calamandrei, a clássica doutrina processual penal considera, equivocadamente, o *periculum in mora* como outro requisito das cautelares. No entanto, não se afigura correto falar em *periculum in mora* no âmbito das medidas cautelares pessoais. Tal conceito “se ajusta perfeitamente às medidas cautelares reais, em que a demora na prestação jurisdicional possibilita a dilapidação do patrimônio do acusado”²⁶. Nas medidas coercitivas pessoais, no entanto, o risco assume outro caráter.

Sobre o assunto, leciona Aury Lopes Junior:

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 57.

²² Idem. Ibidem. p. 58.

²³ Idem. Ibidem. p. 58.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 34.

²⁵ Idem. Ibidem. p. 34.

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 59.

Aqui 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 no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta de prova).

O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto.²⁷ (grifo original)

Dessa forma se percebe claramente que, diferentemente da conceituação puramente civilista, no processo penal o risco decorre diretamente da situação de liberdade do sujeito passivo (perigo de fuga, destruição de prova) e não do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até que recaia uma sentença definitiva no processo²⁸. Assim, mais uma vez, fica evidente a inadequação da expansão das categorias do processo civil para atender às especificidades do processo penal.

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 da parte passiva”²⁹.

Feita essa relevante distinção, passa-se à análise dos princípios basilares da matéria das prisões cautelares, assegurando-se, desde já, uma melhor análise dos pressupostos probatórios (*fumus commissi delicti*) e cautelares (*periculum libertatis*) das medidas cautelares³⁰ no decorrer do presente trabalho.

2.3.1 Princípios

O estudo dos princípios relativos às prisões cautelares assume especial importância na medida em que são eles que “permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual**: liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011. Op. cit. p. 14.

²⁸ Idem. Ibidem. p. 15.

²⁹ Idem. Ibidem. p. 15.

³⁰ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 126.

presunção de inocência”³¹. De acordo com Aury Lopes Junior, compõem o rol de princípios cautelares a motivação das decisões judiciais, o contraditório, a provisionalidade, a provisionariedade, a excepcionalidade e a proporcionalidade, que se verão, pormenorizadamente, a seguir.

2.3.1.1 Motivação das decisões judiciais

No ordenamento jurídico pátrio, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais decorre da literalidade do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, e possui vinculação com o Estado Democrático de Direito. Mesmo diante da clareza da regra constitucional, especificamente em relação à decretação da prisão cautelar, o Código de Processo Penal, em seu artigo 315³², enfatiza a imprescindibilidade daquilo que já se encontra expresso no texto constitucional³³.

Logo, não há dúvidas de que toda e qualquer medida cautelar só pode ser decretada por ordem judicial e desde que fundamentada, eis que é por meio da fundamentação que se faz o controle da legalidade, razoabilidade, evitando-se, dessa forma, a aplicação arbitrária do direito³⁴. Ressalte-se que a decisão deve ser

convincentemente fundamentada. Para tal não basta que o juiz, simplesmente, se refira aos termos da lei. Deve, com circunspeção, demonstrar as razões do seu entendimento, fazendo-o de forma clara e objetiva, obrigando-se a, com logicidade, estabelecer os caminhos que o levaram a entender necessária a medida excepcional, devendo o decreto conter as etapas seguidas pelo magistrado em sua linha de raciocínio visando estabelecer a premência da coação legal à liberdade. O texto legal impõe a motivação, devendo a autoridade judicial demonstrar a existência dos pressupostos de natureza probatória (índícios suficientes de autoria e materialidade da infração) e, em decretando a custódia excepcional, deve demonstrar a existência de pressupostos cautelares a serem buscados na tipificação legal. Estabelecidos tais pressupostos, deve esclarecer por que a

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 19.

³² “Art. 315 – A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” (Código de Processo Penal)

³³ MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas:** de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 159.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 49.

prisão é necessária à conveniência da instrução criminal ou ao asseguramento da aplicação da lei penal.³⁵ (grifo original)

Ou seja, mera remissão ao artigo 312 do Código de Processo Penal ou aos pressupostos ali elencados não constitui fundamentação idônea para o decreto prisional, como se observa da decisão proferida pelo Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, datada de agosto de 2011:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CP, ART. 121. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (CRFB, ART. 93, INCISO IX). PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUMUS COMISSI DELICTI. APARÊNCIA DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU APRESENTA-SE PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. PERMANECE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO DURANTE 2 (DOIS) ANOS, SABENDO-SE SUJEITO PASSIVO DE AÇÃO PENAL. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUGA. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, ARGUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO. ELEMENTOS CONCRETOS PARA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR CONFIGURADOS. 1. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, consagrado pelo inciso IX do art. 93 da Constituição da República, quando manifestado no decorrer da persecução penal, transmuda-se em garantia do Estado democrático de direito. 2. A prisão preventiva deve ter amparo nos requisitos legais e nos elementos concretos e fáticos dos autos, restando insuficiente a mera remissão ao art. 312 do Código de Processo Penal. 3. A natureza jurídica de medida cautelar da prisão preventiva exige o fumus comissi delicti, consubstanciado na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. 4. In casu, (...). (STF, HC 103460, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-166 divulg 29-08-2011 public 30-08-2011 ement vol-02576-02 pp-00182)

Dessa forma, tem-se que o juiz deve fundamentar suas decisões analisando e valorando o caso concreto, de modo que, se a prisão cautelar é medida excepcional, “isso significa que o ‘*ius libertatis*’ somente pode ser afetado (no curso do processo) quando presentes motivos sérios justificadores da medida excepcionalíssima e desde que observados os parâmetros norteadores do devido processo criminal”³⁶.

³⁵ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 78.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 49.

2.3.1.2 Contraditório

Conforme disposição do parágrafo 3º, do artigo 282, do Código de Processo Penal, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”.

Estabeleceu esse parágrafo a necessidade do contraditório, salvo em caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Por exemplo, nos pedidos de interceptação telefônica não pode o juiz intimar a “parte contrária”, sob pena de a medida restar totalmente ineficaz ou, ainda, em caso de fundado risco de fuga, situação em que tampouco o juiz vai ouvir a “parte contrária” para decretar a prisão preventiva³⁷.

Assim, é possível e perfeitamente compatível a implantação do contraditório com algumas situações de tutela cautelar a fim de que haja um alinhamento do Código de Processo Penal com a Convenção Americana dos Direitos Humanos³⁸. Sublinhe-se que,

não sendo razoável em determinadas situações a adoção do contraditório pleno (por exemplo, em razão de probabilidade de fuga do acusado), este deverá ser ouvido imediatamente após a imposição de medida cautelar (ou, mesmo, subcautelar), oferecendo-se a ele assistência por advogado e oportunidade para que produza argumentos em favor da manutenção ou devolução de sua liberdade. Haverá, conforme a sugestão, uma postergação da instalação do contraditório: realizada a detenção, entregue-se ao investigado ou acusado não somente cópia do requerimento como, também, cópia da decisão determinativa da cautela. Cumprir-se-á, assim, mandamentos impositivos da Convenção Americana dos Direitos Humanos.³⁹

³⁷ Idem. Ibidem. p. 72.

³⁸ Em seu art. 5º, a CADH, prevê: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” e no art. 8º, I, há a seguinte disposição: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela.”

³⁹ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 75.

Dessa forma, tudo o que favoreça o acusado pode ser invocado em sua defesa. Nas lições de Aury Lopes Júnior:

(...) o ideal seria o juiz, à luz do pedido de adoção de alguma medida cautelar, intimar o imputado para uma audiência, onde sob a égide da oralidade se efetivaria o contraditório e o direito de defesa, na medida em que o acusador sustentaria os motivos de seu pedido e o réu, de outro lado, argumentaria sobre a falta de necessidade da medida (seja por fragilidade do *fumus commissi delicti* ou do *periculum libertatis*). Tal medida é muito importante e contribui para a melhor decisão do juiz.⁴⁰

O contraditório aqui assume especial importância a fim de que a obrigatoriedade prevista no artigo 310, incisos II e III, do Código de Processo Penal, não leve os magistrados a optarem sempre pela conversão do flagrante em cautela máxima quando não adequadas ou insuficientes as outras medidas cautelares. Assim, o único modo de superar o problema é a “instauração de um debate contraditório entre o Ministério Público e a defesa do acusado relativamente à conversão de subcautela em cautela ou imposição de qualquer espécie cautelar”⁴¹.

E prossegue Aury Lopes Junior: “Ou se instala esse espírito de controle da necessidade das cautelas pessoais ou a reforma será absolutamente inócua”⁴².

2.3.1.3 Provisionalidade

Pela regra da provisionalidade, ou faticidade, temos a vinculação entre uma determinada situação fática e a decisão que enseja a decretação da medida cautelar⁴³, de modo que uma vez “desaparecido o suporte fático legitimador da medida, corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou *periculum libertatis*, deve cessar a prisão”⁴⁴.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Op. cit. p. 65.

⁴¹ Idem. Ibidem. p. 77.

⁴² Idem. Ibidem. p. 77.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 73.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 66.

Desaparecida a situação fática que deu ensejo à medida cautelar, cabe ao magistrado revogá-la ou substituí-la. Caso essa retorne, o juiz pode decretar nova medida. O princípio da provisionalidade está consagrado no artigo 282, parágrafos 4º e 5º, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 282. (...)

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Desse modo, tem-se que a prisão preventiva, ou qualquer outra medida cautelar alternativa, poderá ser revogada ou substituída, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, “desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja a necessidade (*periculum libertatis*)”⁴⁵.

2.3.1.4 Provisoriedade

Em distinção ao princípio anterior, a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, na medida em que toda prisão cautelar deveria ser de breve duração. Manifesta-se, assim, “na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada”⁴⁶.

Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo está previsto em lei⁴⁷, reina a absoluta indeterminação acerca do prazo de duração das prisões

⁴⁵ Idem. Ibidem. p. 67.

⁴⁶ Idem. Ibidem. p. 67.

⁴⁷ A prisão temporária está prevista na Lei n. 7.960/89 e determina que a segregação durará até 5 dias, prorrogáveis por igual período. Em se tratando de crime hediondo ou equiparado, a prisão temporária poderá durar até 30 dias, prorrogáveis por igual período, nos termos da Lei n. 8.072.

cautelares, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Lamenta-se, nesse sentido, que a Lei nº 12.403/2011, ao contrário do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, tenha perdido a oportunidade de resolver esse problema da ausência de definição legal da duração máxima da custódia cautelar e também da previsão de uma sanção processual em caso de excesso injustificado, como a imediata liberação do acautelado.

Sobre o assunto, explica Aury Lopes Junior:

Ao longo da tramitação do PL 4208/2001, tentou-se fixar um prazo máximo de duração da prisão cautelar, inclusive sendo redigido o art. 315-A, que determinava que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou o acusado tiver dado causa à demora.” Infelizmente, o dispositivo que pretendia fixar o prazo máximo de duração da prisão preventiva acabou vetado na Lei 12.403/2011, e um problema histórico não foi resolvido.⁴⁸

Atualmente, “é o princípio da razoabilidade que define se há ou não motivo justo na demora da prestação jurisdicional e o tempo razoável do excesso. Assim, o exame de eventual excesso de prazo deve ser analisado em cada caso concreto”⁴⁹. Em torno desse parâmetro, na jurisprudência existem marcos que podem ser utilizados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva. Contudo, concretamente, nada existe em termos de limite temporal nessas situações.

Diante do que foi exposto e ante a ausência de definição de um prazo legal para a duração da prisão cautelar, parece não restar dúvida que, ao juiz criminal, incumbe o dever de ser zeloso com o tempo máximo de duração de qualquer medida cautelar, especialmente com a prisão. Destaque-se que não se pode olvidar que quem está preso cautelarmente ou submetido a qualquer outra medida cautelar continua presumidamente inocente.

2.3.1.5 Excepcionalidade

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 68.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 59.

A liberdade individual é a regra em nosso ordenamento jurídico e sua inviolabilidade é garantida pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição da República⁵⁰. Assim, temos que a liberdade de locomoção é a regra e a prisão, a exceção.

O natural, ora, é que o ser humano esteja em liberdade. Sua prisão “constitui, portanto, medida excepcional, que só pode ser adotada (pelo juiz) quando razões muito sérias a justifiquem, cabendo-lhe explicitá-las, com base no direito, nos fatos, assim como na sua absoluta necessidade”⁵¹.

Nesse sentido, a prisão preventiva somente deve ser decretada quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Segundo a nova orientação da legislação processual penal brasileira, “a regra *deverá ser a imposição preferencial* das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa”⁵².

Ademais, a excepcionalidade, como entende Aury Lopes Junior,

deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso.”⁵³

Desse modo, o que foi concebido para ser “excepcional” não deve se tornar instrumento de uso comum e ordinário, não podendo se conceber que a prisão preventiva cumpra papel distinto do cautelar, ou seja, não é justo que primeiro se castigue, para que depois se condene (Ferrajoli)⁵⁴.

⁵⁰ “Art. 5 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 59.

⁵² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 503.

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 71-72.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 39.

2.3.1.6 Proporcionalidade

“Definido como o princípio dos princípios, a proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares”⁵⁵. A ideia basilar que dele decorre é a de que deve existir certa correlação entre a medida de cautela decretada em desfavor do acusado e a custódia projetada para o término do processo cognitivo⁵⁶. Nas palavras de Aury Lopes Junior:

As medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. O Princípio da Proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção da inocência.⁵⁷

Necessidade e adequação, portanto, “são os referenciais fundamentais na aplicação das novas medidas cautelares pessoais no processo penal. E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso postulado, ou princípio (como prefere a doutrina), da proporcionalidade”⁵⁸.

2.3.2 Espécies de prisão cautelar

As espécies de prisões cautelares previstas atualmente são: prisão temporária (Lei nº 7.960/89), prisão preventiva *stricto sensu*, prisão preventiva na sentença penal condenatória recorrível (Lei nº 11.719/2008), prisão preventiva na

⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 73.

⁵⁶ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 108.

⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 73.

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. cit. p. 503.

decisão interlocutória mista não terminativa de pronúncia (Lei nº 11.719/2008) e prisão domiciliar (espécie de medida cautelar introduzida pela Lei nº 12.403/2011).

Ressalte-se que em relação a todas as espécies de prisões cautelares, reafirma-se o entendimento de que podem e devem ser decretadas sempre que necessárias e sem violar o princípio da presunção de inocência, obedecendo, da mesma forma, a todos os outros princípios norteadores acima analisados.

Desse modo, feita uma análise geral a respeito das prisões cautelares, passa-se, agora, a tratar da prisão preventiva e suas especificidades.

3 PRISÃO PREVENTIVA

As disposições relativas à prisão preventiva encontram-se nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Os referidos dispositivos estão agrupados no capítulo III (Da prisão preventiva), do título IX (Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória), do livro I (Do processo em geral), da Lei Processual Penal.

Conforme dispõe o artigo 311 da referida Lei, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase, seja no curso da investigação preliminar ou durante o processo penal, tendo lugar, inclusive, após a sentença condenatória recorrível.

Além disso, pode ser requerida pelo representante do Ministério Público, pelo querelante, pelo assistente do órgão ministerial e pela autoridade policial, podendo ser decretada, ainda, de ofício pelo juiz.

Com relação a essa última possibilidade, cumpre esclarecer que muito se discute a respeito de eventual violação ao sistema acusatório, adotado, em tese, pela Constituição da República. De acordo com Luiz Antonio Câmara, essa possibilidade é “desconforme à imparcialidade judicial”⁵⁹, que sofre, ainda, de Aury Lopes Junior, as mesmas críticas. Para esse autor,

a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atenuante do inquisitor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador.⁶⁰

Seja como for, a decisão que impõe ao acusado a restrição máxima de sua liberdade individual deve ser sempre motivada (artigo 315, do Código de Processo Penal⁶¹), obedecendo, também, à disposição constitucional através da qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada

⁵⁹ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 125.

⁶⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual: liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Op. cit. p. 70.

⁶¹ Art. 315, CPP. “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”⁶².

Por fim, e como se verá de forma detalhada a seguir, as prisões decretadas com o objetivo de prevenção, tema desse estudo, diferem substancialmente das prisões decorrentes de pena. São prisões cautelares, instrumentais ao processo, e, portanto, sua duração está intimamente “condicionada à existência temporal de sua fundamentação”⁶³, obedecido o princípio da provisionalidade.

Nesse sentido, estabelece o artigo 316 do Código de Processo Penal que a prisão preventiva poderá, (e aqui se entenda deverá), ser revogada, quando verificado não mais subsistirem os motivos que legitimaram o decreto restritivo de liberdade.

3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O melhor entendimento do instituto da prisão preventiva passa, primeiro, pelo estudo do seu conceito e da sua natureza jurídica.

A prisão preventiva, de acordo com muitos, é a prisão cautelar por excelência⁶⁴. Além da sua considerável abrangência, se comparada com as demais medidas cautelares restritivas de liberdade, a prisão preventiva já era prevista no Código de Processo Penal antes da reforma parcial decorrente da Lei 12.403/2011. Aliás, pode-se afirmar que era a única medida cautelar pessoal assecuratória disposta até meados de 2011, compondo, ao lado da liberdade provisória, o modelo binário reducionista que menciona Aury Lopes Junior⁶⁵.

Se, entretanto, ela é considerada a mais genuína das formas de prisão cautelar⁶⁶, não se pode, em hipótese alguma, concebê-la afastada do seu caráter

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Art. 5º, inciso LXI.

⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 545.

⁶⁴ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 122.

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 3.

⁶⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV. p. 57 apud MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 120.

instrumental, preventivo, cautelar. Em outras palavras, a prisão preventiva não se confunde com cumprimento de pena. Sua aplicação se justifica “enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade”⁶⁷.

Claus Roxin, citado por Luiz Antonio Câmara, entende que “a prisão preventiva no processo penal é a privação da liberdade do imputado para o fim de assegurar o processo de conhecimento ou a execução da pena”⁶⁸.

Luiz Antonio Câmara, por sua vez, lembra que a custódia “pode (...) ter duração equivalente à do próprio processo, sendo possível afirmar que ela somente cessa, estando o encarcerado preso, com o início da execução propriamente dita”⁶⁹.

A prisão preventiva, ainda que duramente criticada em alguns de seus aspectos por parte considerável da doutrina, constitui um instrumento importante e necessário para o processo penal, desde que bem observados os seus fundamentos legais e obedecidos os seus princípios diretores.

Como afirma Luiz Antonio Câmara:

É certo que os males decorrentes da prisão antecipada são inumeráveis. Reconhece-se, todavia, que é impossível prescindir dela para que, em determinadas situações, se atinjam os fins do processo. Assim os ordenamentos processuais penais modernos a adoram. Saliente-se, contudo, a solidez da ideia de que o procedimento excepcional da prisão cautelar somente tem lugar nos casos e na forma prescritos em lei.⁷⁰

Além disso, os efeitos da medida não devem ultrapassar o estritamente necessário. Isso porque a prisão, frise-se novamente, possui natureza cautelar e “visa (apenas) assegurar a harmonia da ordem social ou da ordem econômica, o êxito da produção de provas, bem como a efetiva aplicação da lei penal”⁷¹, não servindo para outros fins.

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 542.

⁶⁸ ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. Barcelona; Labor, 1952. v. 2, p. 129 apud CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 122.

⁶⁹ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 122.

⁷⁰ Idem. Ibidem. p. 125.

⁷¹ MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 121.

Além disso, para Renato Marcão,

a prisão preventiva é modalidade de prisão cautelar de natureza processual que decorre de decisão judicial, podendo ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, e mesmo no momento da decisão de pronúncia ou da sentença penal condenatória, desde que presentes os requisitos legais.⁷²

Os demais conceitos relativos à prisão preventiva, sua constitucionalidade, seus requisitos ou fundamentos, bem como as hipóteses de cabimento e duração da medida, serão vistos na sequência.

3.2 CONSTITUCIONALIDADE

Aparente contradição existe entre o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, pelo qual ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e o Código de Processo Penal, que, por sua vez, autoriza a prisão cautelar sem que se tenha uma decisão judicial definitiva.

Aury Lopes Junior afirma que, por estar prevista na Constituição, a presunção de inocência é princípio reitor do direito processual penal. Afirma ainda que, “em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”⁷³.

Contudo, o próprio texto constitucional prevê, para além da presunção de inocência, hipóteses de cabimento da prisão como medida de cautela, como a prisão em flagrante, através do mesmo artigo 5º, inciso LXI, e da inafiançabilidade de certos delitos, conforme inciso LXIII do referido artigo normativo⁷⁴.

Se há uma difícil coexistência entre a presunção de inocência e as prisões cautelares⁷⁵, como afirma Aury Lopes Junior, é certo que não se pode abrir mão de nem uma coisa, nem outra.

⁷² Idem. Ibidem. p. 121.

⁷³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 11.

⁷⁴ MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 121.

⁷⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 11.

A existência de prisões processuais é necessária como instrumento garantidor para o processo penal, assim como todo princípio constitucional deve ser sempre respeitado.

Nas palavras de Claus Roxin, citado por Renato Marcão:

Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; [...] Num Estado de Direito, [...] o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário.⁷⁶

Nesse sentido, com o objetivo de impedir a inútil privação do indivíduo e, acreditando que qualquer restrição não só deva ser suportável, mas necessária, doutrina e jurisprudência, como ensina Luiz Antonio Câmara, desenvolveram parâmetros para a decretação da medida restritiva de liberdade à luz do princípio maior da não culpabilidade. São eles os princípios da necessidade e da adequação, inseridos, como visto, no princípio da proporcionalidade.

Prossegue o autor ao afirmar que

tais referenciais [princípios da necessidade, adequação e, em última análise, da proporcionalidade] são emanação do princípio constitucional da presunção de inocência e, em decorrência deles, impõe-se a previsão de figuras cautelares menos lesivas dos direitos fundamentais, mas que se manifestem igualmente como persecutórias da intencionalidade do processo.⁷⁷

Por constituírem medidas gravíssimas contra a liberdade do indivíduo, as custódias cautelares, e em especial a prisão preventiva, só podem ser decretadas quando estritamente necessárias, demonstrando-se, efetivamente, que a liberdade do acusado é extremamente nociva ao desenvolvimento do processo e à eventual execução do provimento condenatório⁷⁸.

⁷⁶ ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. Barcelona; Labor, 1952. v. 2, p. 129 apud MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 122.

⁷⁷ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 101.

⁷⁸ Id. Ibidem. p. 105.

Por adequação se entende a busca, no rol de medidas cautelares, por aquela que se mostra mais apta a fazer frente às finalidades cautelares para o caso concreto⁷⁹.

As prisões cautelares, portanto, não afrontam o princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República e sua necessária existência é importante e se justifica nas finalidades processuais de se impedir o desaparecimento ou comprometimento da prova ou garantir a execução da pena, de acordo com Luiz Antonio Câmara⁸⁰.

Em quaisquer outras circunstâncias, principalmente naquelas em que o acusado é antecipadamente tratado como condenado (geralmente nas prisões preventivas decretadas para garantia da ordem pública, como se demonstrará adiante), a prisão pode ser considerada inconstitucional.

Para Luiz Antonio Câmara, ainda, os fins constitucionais da prisão preventiva são apenas aqueles que “não pressuponham uma assimilação da prisão cautelar à execução da pena”⁸¹. Ou seja, os fins realmente cautelares não ferem o princípio constitucional da presunção de inocência, na medida em que não consideram culpado o acusado antes de sentença penal condenatória, reconhecendo, entretanto, como necessária a custódia para se garantir a prova ou a eventual execução da pena.

3.3 PRESSUPOSTOS

As prisões preventivas são medidas de caráter extremo e excepcional e, portanto, sua aplicação deve ser ao máximo restrita, usadas apenas em último caso e se observando, sempre, os seus pressupostos. Por pressupostos, devem ser entendidos, aqui, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, como já anotado anteriormente.

⁷⁹ Id. Ibdem. p. 107.

⁸⁰ Id. Ibdem. p. 57

⁸¹ Id. Ibdem. p. 57.

Ambos os pressupostos vêm expressos no Código de Processo Penal, na primeira e na segunda parte do *caput* do artigo 312, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Sua classificação não é unitária na doutrina, ainda que se reconheça, independente disso, que a inexistência dos dois pressupostos acima citados impede a aplicação, pelas mais diversas razões, de qualquer medida cautelar restritiva de liberdade.

Para Aury Lopes Junior, por exemplo, o *fumus commissi delicti* é tratado como requisito da prisão preventiva, enquanto o *periculum libertatis* diz respeito ao pressuposto da medida cautelar.

Adota-se, entretanto, nesse ponto, o entendimento conceitual de Luiz Antonio Câmara, para quem tanto a “fumaça da existência de um crime” quanto o “perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito” representam pressupostos da prisão preventiva, divididos em probatórios, relativos ao primeiro, e cautelares, em referência ao segundo, como se passa a analisar.

3.3.1 Probatórios

Os pressupostos probatórios da prisão preventiva dizem respeito à segunda parte do *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal, que autoriza o decreto da prisão preventiva apenas quando presentes prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Trata-se, pois, do *fumus commissi delicti*, ou da “fumaça da existência de um crime”, em uma interpretação livre.

Reitera-se, aqui, a impropriedade da correspondência entre os termos e conceitos usados no processo civil e a total inadequabilidade da expressão *fumus boni iures* como requisito para a prisão preventiva, considerando que, como já brevemente exposto, as medidas cautelares no processo penal, e em particular

aquelas restritivas de liberdade, são totalmente diversas das medidas cautelares do direito processual civil.

Considerações à parte, não há (ou não deveria haver) prisão preventiva sem prova da existência do crime e sem indício suficiente de autoria, como preconiza a própria legislação processual penal, ainda que o *fumus commissi delicti* não expresse um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável, de acordo com Aury Lopes Junior⁸².

O primeiro dos pressupostos probatórios diz respeito à prova da existência de um crime. Prova essa que exige uma certeza e, logo, não se confunde com suspeita ou indício, não havendo aqui, em tese, espaço para qualquer tipo de discricionariedade.

Saliente-se que a prova, nessas circunstâncias, deve ser “forte, robusta”⁸³, ao contrário do segundo pressuposto probatório, que exige apenas a existência de um suficiente indício de autoria para o decreto prisional.

Ainda que nesse segundo caso não seja necessária prova contundente de autoria do delito, o que certamente não faria sentido tratando-se de medida de cautela, sem, portanto, uma decisão condenatória, o dispositivo não autoriza, em nenhuma hipótese, prisões arbitrárias, principalmente pela carga de violência estatal implícita na medida cautelar.

Com relação a esse pressuposto, ensina Luiz Antonio Câmara que “devem todos os elementos colhidos no procedimento investigatório ou instrutório convergir para a demonstração de que a *provável* autoria do ilícito pode ser atribuída ao investigado, indiciado ou acusado”⁸⁴.

Ao fazer menção a “provável autoria do ilícito”, o autor, assim como Aury Lopes Junior, explicita a necessidade de um juízo de probabilidade da conduta do autor, e não mera possibilidade, esta suficiente, por exemplo, para o indiciamento do acusado. Conforme Aury Lopes Junior,

a probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro) de todos os requisitos

⁸² LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 72.

⁸³ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 127.

⁸⁴ Id. Ibidem. p. 128.

positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito.⁸⁵ (grifo original)

E prossegue o autor, afirmando que

para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade [...]. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.⁸⁶

Assim, autoriza a prisão preventiva, de início, a presença do *fumus commissi delicti*, traduzido em provas robustas de existência do delito e indício suficiente de autoria (provável autoria). A simples existência, ressalte-se, dos pressupostos probatórios não justifica, por si só, a prisão cautelar do indivíduo. Além disso, a probabilidade de ocorrência de um delito, como pressuposto, deve ser amplamente demonstrada pelo juiz, respeitando, inclusive, o princípio da motivação das decisões judiciais, máxime se considerada a gravidade da medida cautelar pessoal.

3.2.2 Cautelares

Se os pressupostos probatórios dizem respeito à existência de um delito, os pressupostos cautelares se referem ao *periculum libertatis* e correspondem àquelas situações concretas que representam o perigo real decorrente da liberdade do indivíduo. Essas situações estão expressas no artigo 312 do Código de Processo Penal, primeira parte, como se denota da sua leitura:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Da análise do dispositivo normativo, a prisão preventiva pode, portanto, ser decretada, desde que observadas todas as suas formalidades, para garantia da

⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 73.

⁸⁶ Id. Ibidem. p. 73.

ordem pública, para garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Insta mencionar que tais situações, como aponta Aury Lopes Junior, são alternativas, e não cumulativas. Em outras palavras, qualquer uma delas, isoladamente, basta para justificar a prisão preventiva, como pressuposto cautelar⁸⁷.

Como salientado no item anterior, aqui, da mesma forma, é inadequada a aplicação dos conceitos próprios do processo civil, como o *periculum in mora*. Não há perigo na demora da prestação jurisdicional, de forma que a interpretação da expressão sequer faz sentido. De outra parte, compreensível, para a disciplina processual penal, que se justifique uma medida cautelar no perigo que representa, para o processo, o estado de liberdade do acusado. Assim, nada mais incorreto do que aplicar aos pressupostos cautelares o conceito civil do *periculum in mora*.

Convém ressaltar, também, que, não obstante as alterações trazidas pela Lei 12.403/2011 no tocante às medidas cautelares, prisão e liberdade, o mencionado artigo 312 permaneceu praticamente inalterado. Foi acrescentado ao texto da norma, apenas, o parágrafo único, que estabelece a possibilidade de prisão preventiva nos casos de descumprimento de obrigação relativa a qualquer outra medida cautelar imposta.

Isto posto, passa-se a análise de cada uma das quatro situações que integram o *periculum libertatis*:

a) garantia da ordem pública

Bastante criticada pela doutrina e considerada, por muitos, previsão inconstitucional no ordenamento processual penal, a garantia da ordem pública possui um conceito aberto, “vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico”⁸⁸ que “presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”⁸⁹, de significado, ainda, “ambíguo e

⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 76.

⁸⁸ Id. Ibidem.p. 91

⁸⁹ Id. Ibidem. p. 76.

exageradamente dúctil”⁹⁰. De acordo com Luiz Antonio Câmara, o conceito é tão amplo que chega a abarcar os outros três pressupostos, pois, possível argumentar que a conveniência da instrução criminal, o asseguramento da aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica objetivam, em última análise, garantir, também, a ordem pública⁹¹.

Por ter uma definição bastante genérica, e, como consequência, também perigosa em se tratando de prisão preventiva, tanto doutrina quanto jurisprudência estabeleceram alguns parâmetros interpretativos. Assim, pode-se afirmar que a garantia da ordem pública é pautada, dentre outros, pelo clamor público, pela gravidade da infração, pela probabilidade de reiteração criminosa ou pela periculosidade do acusado, justificando-se, também, no argumento da credibilidade das instituições repressivas estatais.

Os Tribunais Superiores vem rejeitando, gradualmente, as prisões preventivas fundadas exclusivamente no clamor público, na gravidade abstrata do crime ou na credibilidade da justiça, em consonância com a vedação expressa no Projeto de Lei que objetiva a reforma do Código de Processo Penal, ainda em trâmite no Congresso Nacional, e que não admite o clamor público como um dos fundamento da ordem pública.

Sobre o assunto e tendo em vista a forma como foi tratado, transcreve-se a ementa que segue, de autoria do Ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial “clamor público”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito. 2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal e Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça

⁹⁰ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 130.

⁹¹ Id. Ibidem. p. 130.

ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. 3. Em matéria de prisão cautelar, a expressão “ordem pública”, justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um tertium genus. Um conceito negativo mesmo: ordem pública é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio vai servir como a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública é algo também socialmente valioso e por isso juridicamente protegido, mas que não se confunde mesmo com tal incolumidade. Mais que isso: cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em função das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídico-positiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na peculiar execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele delito, entenda-se. Mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias. 4. Não há como desenlaçar a necessidade de preservação da ordem pública e o acautelamento do meio social. No mesmo passo em que o conceito de ordem pública se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, ele se liga umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social. Acautelamento que não se confunde com a mera satisfação de um sentimento generalizado de insegurança, senão com medidas de efetiva proteção de uma certa comunidade; ou seja, se a ambiência fática permite ao magistrado aferir que a liberdade de determinado indivíduo implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade, abre-se espaço para o manejo da prisão em prol da ordem pública. Insegurança objetiva, portanto, que direciona o juízo do magistrado para a concretude da realidade que o cerca. Não para um retórico ou especulativo apelo à indeterminação semântica daquilo que tradicionalmente se entende por “paz pública”. 5. No caso, a custódia preventiva do paciente não foi decretada tão-somente em meras suposições de risco à garantia da ordem pública, ou na gravidade em abstrato do crime debitado ao paciente. Trata-se de decisão que indicou objetivamente dados concretos quanto à premente necessidade de acautelamento do meio social, notadamente quanto ao modus operandi brutalmente incomum. Deveras, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, o decreto de prisão ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. Isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade. 6. Ordem denegada. (STF, HC 111244, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, Processo eletrônico DJe-124 divulg 25-06-2012 public 26-06-2012).

Aury Lopes Junior, ainda, afirma que “a prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos”⁹², em concordância com Luiz Antonio Câmara, para quem não há qualquer finalidade cautelar nesse pressuposto. Em razão disso, para ambos, a prisão fundada nesse pressuposto cautelar é inconstitucional, pois viola o princípio magno da presunção de inocência.

b) garantia da ordem econômica

A garantia da ordem econômica nada mais é do que uma “subespécie” da ordem pública. Assemelham-se tanto no conceito quanto nas críticas. Também de definição imprecisa, aplicam-se aqui as mesmas disposições relativas à garantia da ordem pública, especialmente para tutela dos crimes de ordem econômica, tais como crimes contra o sistema financeiro nacional, lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem tributária.

Nas palavras de Aury Lopes Junior, a garantia da ordem econômica tem como escopo

tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras voluptuosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores.⁹³

Inserida já no texto do antigo artigo 312, pela Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste), esse pressuposto tem uma importância reduzida no ordenamento jurídico processual penal, em razão de sua muito pouca utilização. Além de se restringir aos crimes de ordem econômica, esse conceito está abarcado também, em última análise, pelo da garantia da ordem pública.

⁹² LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 91.

⁹³ Id. Ibidem. p. 77.

c) conveniência da instrução criminal

Ao contrário da garantia da ordem pública e da ordem econômica, a prisão fundada na conveniência da instrução criminal pode ser considerada uma medida tipicamente cautelar, instrumental em relação ao processo.

“Conveniência”, neste caso, deve ser entendida como necessidade, ou seja, a mera conveniência da instrução não justifica a prisão cautelar. Mais do que isso, é imperiosa a comprovação do risco efetivo para a instrução, sempre em razão da excepcionalidade da medida restritiva de liberdade, de caráter gravíssimo do ponto de vista das garantias individuais.

Tem sua aplicação sempre que o indivíduo colocar 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 e peritos”⁹⁴.

Ainda segundo Aury Lopes Junior, é cabível também nos casos de ameaça ou intimidação do juiz ou promotor do processo, tumultuando o seu regular desenvolvimento.

De outra parte, a prisão preventiva não pode ser decretada com a justificativa de se garantir a instrução criminal quando o réu se nega a colaborar na investigação ou na própria instrução, em respeito ao direito constitucionalmente garantido que todo cidadão possui de não produzir provas contra si mesmo e de se manter em silêncio⁹⁵.

Por estar intimamente ligada à prova, sendo, como dito, uma medida tipicamente cautelar, a prisão deve ser revogada tão logo assegurada a regular instrução do processo.

d) assecuração da lei penal

⁹⁴ Id. *Ibidem*. p. 78

⁹⁵ CÂMARA, Luiz Antonio. *Op. cit.* p. 136.

Esse pressuposto cautelar, a exemplo do anterior, constitui uma medida cautelar típica, porque visa “assegurar o cumprimento da lei penal quando busca a justiça deixar à sua disposição, acessível, no distrito de culpa, o indiciado ou acusado responsável pela prática de uma infração penal”⁹⁶. Conforme Luiz Antonio Câmara, esse pressuposto autoriza a prisão como cautela final.

Aury Lopes Junior, ao tratar sobre o tema, explica que

em última análise, é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada. O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo). O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas.⁹⁷ (grifo original)

Assim como nos demais pressupostos, a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios que norteiam a matéria de cautelares no direito processual penal, principalmente em relação às prisões, das quais se destaca, pois tema deste trabalho, a prisão preventiva. Assim, como afirmou Aury Lopes Junior, o risco não pode ser presumido, devendo haver evidências nos autos de que o acusado pretende se furtar à aplicação da lei penal, ou seja, nas palavras de Luiz Antonio Câmara, “a probabilidade de fuga deve estar bem demonstrada”⁹⁸.

Por fim, além dos pressupostos previstos no *caput* do artigo 312, do Código de Processo Penal, o seu parágrafo único também merece atenção, à medida que autoriza a prisão preventiva quando descumprida qualquer obrigação imposta por outra medida cautelar, como se pode observar:

Art. 312. [...]

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Ainda que exista essa previsão, cumpre lembrar que o uso de qualquer medida restritiva de liberdade deve ser ponderado, considerando a gravidade da cautela e a real necessidade e adequação da medida. Deve-se, portanto, antes da decretação da prisão, em sendo o caso, ser verificada a possibilidade de aplicação

⁹⁶ Id. *Ibidem*. p. 137.

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. cit.* p. 78.

⁹⁸ CÂMARA, Luiz Antonio. *Op. cit.* p. 137.

de medidas cautelares diversas, “reservando a prisão preventiva como *ultima ratio* do sistema”⁹⁹.

Analisados os principais pontos relativos aos pressupostos da prisão preventiva e demonstrada a necessidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para o decreto da medida cautelar máxima, bem como as suas peculiaridades, passa-se, agora, ao exame das situações em que a prisão preventiva pode ou não ser decretada ou, da forma como se adotou na presente pesquisa, das hipóteses de cabimento da prisão preventiva.

3.4 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Os limites de incidência da prisão preventiva ou, como preferem os autores Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques¹⁰⁰, as condições de admissibilidade da custódia cautelar, estão previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Conclui-se, primeiramente, ao analisar o dispositivo supramencionado, que ao limitar as hipóteses de incidência da prisão preventiva às condições previstas nos incisos I, II e III, o legislador limitou, também, o cabimento da custódia cautelar aos

⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 80.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 150.

pressupostos (probatórios e cautelares) do artigo 312 do Código de Processo Penal. Em outras palavras, a medida preventiva máxima será autorizada nos casos expressos pelo artigo 313, sempre que verificada a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Passado esse primeiro, mas fundamental, ponto, prossegue-se à análise das condições que admitem a decretação da prisão preventiva:

a) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

Como o próprio dispositivo deixa claro, a prisão preventiva não pode ser decretada em casos de crime culposos, em hipótese alguma. Além disso, não cabe a medida nos crimes em que a pena cominada seja inferior ou, ressalte-se, igual a quatro anos.

A Lei 12.403/2011 ao limitar a incidência da prisão preventiva aos crimes com pena superior a quatro anos, como o fez, inseriu, ainda que timidamente, como afirma Luiz Antonio Câmara, o princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro, ao estabelecer que “a prisão preventiva não será decretada no caso de infrações não graves”¹⁰¹.

b) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

Esse dispositivo trata, em última análise, da reincidência, punida novamente no sistema jurídico penal com a possibilidade de decretação da prisão preventiva, desde que presentes, reafirma-se, os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

¹⁰¹ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 147.

Cabe mencionar que, para efeitos da reincidência, o período compreendido entre a data do cumprimento da pena ou de sua extinção e o novo crime não deve ultrapassar cinco anos.

c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

A inclusão do inciso III, do artigo 313, do Código Processual Penal decorre da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), prevendo a custódia cautelar nos casos de violência não só contra a mulher, mas também contra criança, adolescente, idoso, enfermo e pessoa com deficiência, sempre, entretanto, no contexto de coabitação da violência doméstica, como lembra Aury Lopes Junior¹⁰².

Cumpra esclarecer que essa condição, como todas as outras, não implica na obrigatoriedade da prisão preventiva sempre que envolver os casos referidos no inciso. A custódia pode ser decretada se realmente “necessária para garantir a execução de medidas protetivas de urgência aplicadas por força de lei”¹⁰³, jamais para a satisfação de outro requisito, observando-se, ainda, a eficácia das demais medidas alternativas à prisão, cuja utilização é sempre prioritária.

d) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

A redação da norma é bastante objetiva ao possibilitar a prisão preventiva nos casos de dúvida sobre a identidade civil do indivíduo, determinando, também, que tão logo identificado o preso, seja ele posto em liberdade.

¹⁰² LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 84.

¹⁰³ MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 136-137.

Aury Lopes Junior defende que, também nesse caso, devem incidir, além da situação autorizadora do inciso III, a prova de existência do crime e suficientes indícios de autoria.

Luiz Antonio Câmara, por sua vez, considera despropositual a redação do dispositivo. Para o autor,

num momento histórico em que se mostram bastante aperfeiçoados os meios tecnológicos para que se reconheçam os indivíduos é descabido que alguém seja preso preventivamente somente em razão de que não pode ser identificado. Só terá lugar a prisão preventiva se, presentes os pressupostos probatórios, houver indicação robusta de que o suspeito atentará contra a prova ou que fugirá. Atente-se para o fato de que o princípio da não auto-incriminação garante ao investigado ou ao acusado que ele não tem obrigação de se identificar, não podendo a negativa ser utilizada como supedâneo para imposição da cautela pessoal sob o argumento de que estará ele atuando contra a instrução criminal ou contra a investigação policial.¹⁰⁴

O Código de Processo Penal estabelece, além das hipóteses de cabimento, as hipóteses em que a prisão preventiva não poderá ser decretada, conforme o artigo 314, cujo teor segue:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Assim, de forma bastante pura, pode-se dizer que, presentes quaisquer das causas excludentes de ilicitude, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, a prisão preventiva não poderá, em nenhum dos casos, ser decretada.

3.5 DURAÇÃO

As prisões cautelares, fundadas na necessidade de preservar a prova processual, assegurar a execução penal e evitar a reiteração criminosa, devem ficar condicionadas a um prazo razoável de tramitação do processo.

¹⁰⁴ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. cit. p. 150.

Na falta de uma estipulação normativa, como ocorre, a doutrina, de acordo com Luiz Antonio Câmara¹⁰⁵, criou para as prisões preventivas o fictício lapso de oitenta e um dias, relativo à regular conclusão de todos os atos processuais, compreendidos entre a prisão do acusado e o proferimento da sentença.

Com as recentes mudanças no Código de Processo Penal, muitas alterações ocorreram no campo das prisões cautelares, porém nenhuma delas tratou de fixar um prazo legal como sendo aquele razoável para a duração desse tipo de medida.

Eugênio Pacelli de Oliveira, por exemplo, chegou à conclusão, após as reformas processuais de 2008 e 2011, de que o prazo máximo de duração das prisões preventivas (em consequência da duração da instrução processual), seria de oitenta e seis dias para a Justiça Estadual e de cento e sete na Justiça Federal¹⁰⁶.

De qualquer modo, o prazo computado pela doutrina e pela jurisprudência como tempo máximo da prisão cautelar durante a instrução criminal não é, em boa parte das vezes, limitador da medida restritiva e não implica, obrigatoriamente, em constrangimento ilegal por excesso de prazo, não havendo nenhuma sanção, para o Estado, em caso de descumprimento.

Além das modificações decorrentes das várias reformas parciais, que alteraram os ritos e prazos existentes no Código de Processo Penal, a jurisprudência utiliza, como fonte legítima à apreciação do tempo da prisão preventiva, o princípio da razoabilidade¹⁰⁷.

Assim, o tempo de duração das prisões cautelares não é peremptório, podendo ser flexibilizado diante das peculiaridades de cada caso concreto, mas sem se distanciar dos limites impostos pelo princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República¹⁰⁸.

Se a doutrina, portanto, considera, de um lado, um prazo razoável para a duração da medida cautelar algo em torno de cem dias¹⁰⁹, a jurisprudência, por outro

¹⁰⁵ Id. *Ibidem*. p. 151.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.* p. 558.

¹⁰⁷ CÂMARA, Luiz Antonio. *Op. cit.* p. 153.

¹⁰⁸ Art. 5º., LXXVIII, CRFB/88 – “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁰⁹ CÂMARA, Luiz Antonio. *Op. cit.* p. 154.

lado, tende a flexibilizar essa construção doutrinária sob o pretexto da razoabilidade, principalmente nos casos que envolvem complexidade ou grande número de réus.

Sobre o assunto, colaciona-se o entendimento predominante nos Tribunais Superiores, retratado na decisão de Sua Excelência, o Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Habeas Corpus. Prisão preventiva. Pressupostos e condições. Periculosidade real e gravidade em concreto. Decisão fundamentada. Excesso de prazo. Pluralidade de réus e complexidade do caso. Homicídio duplamente qualificado, tortura e formação de quadrilha. Multiplicidade de recursos interpostos pela defesa. Demora não atribuída à organização judiciária. Ordem denegada. A prisão preventiva dos pacientes, conforme se infere do decreto prisional e da sentença de pronúncia, foi decretada principalmente para a garantia da ordem pública e foi baseada na gravidade concreta dos delitos praticados e na periculosidade real dos agentes. Desse modo, presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, legal é a manutenção da prisão preventiva dos pacientes. A duração do processo se submete ao princípio da razoabilidade, havendo inúmeros critérios que auxiliam na determinação do excesso de prazo. A complexidade da ação penal e a pluralidade de réus podem ser motivos bastantes a uma tramitação processual menos célere que a habitual. Há, nos autos, elementos indicativos de que a instrução criminal já foi concluída, foi prolatada sentença de pronúncia e a sessão de julgamento não foi realizada pelo Tribunal do Júri exclusivamente em decorrência da interposição de diversos recursos defensivos. Assim, a suposta demora decorre de fato imputável à própria defesa. A despeito da peculiaridade do caso, é recomendável que o magistrado de origem envide esforços para a realização da sessão do Tribunal do Júri na maior brevidade possível. Habeas corpus denegado, com recomendação ao juízo de origem. (STF, HC 101443, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 08/11/2011, Acórdão eletrônico DJe-022 divulg 31-01-2012 public 01-02-2012).

Certo é que, não havendo estipulação legal do “prazo razoável” protegido pela Constituição e diante da restrição de direitos pessoais e à liberdade de locomoção impostos pelas prisões cautelares, a todo momento a manutenção da medida prisional deve ser revista, não podendo, jamais, implicar em antecipação de pena.

4 A PRISÃO PREVENTIVA NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Com a entrada em vigor, em julho de 2011, da Lei 12.403/11, de 4 de maio daquele ano, alteraram-se os dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. O projeto que deu origem à nova Lei processual data de 2001 e tramitou, assim, até sua aprovação, por cerca de uma década no Congresso Nacional.

Em que pese a recente alteração legislativa, o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, ou Projeto de Lei nº 8.045/2011, na Câmara dos Deputados, prevê um novo Código de Processo Penal, que, como se verá, também tratou de incluir, através da Comissão de Juristas nomeada, diversas medidas cautelares alternativas à prisão, além de alterar tantos outros dispositivos relativos à prisão e liberdade, a exemplo da reforma parcial decorrente da Lei 12.403/11.

Como afirmou Eugênio Pacelli de Oliveira, relator geral do processo, não há, entretanto, “como fazer qualquer prognóstico quanto à aprovação, e muito menos, quanto ao prazo de apreciação do Projeto (PLS 156/2009)”¹¹⁰.

Aury Lopes Junior, por sua vez, prevê uma tramitação lenta, tendo em vista que, para ele, “muitos são os pontos de tensionamento e, principalmente, vasto é o campo para as disputas institucionais e os espaços de poder a serem ocupados”¹¹¹.

Ainda que não se vislumbre data para a sua aprovação, como afirmado pelo próprio relator do Projeto, interessante análise pode ser feita, desde já, ao se comparar as disposições relativas às medidas cautelares pessoais e, em especial, à prisão preventiva, constantes no atual Código de Processo Penal, (incluídas as modificações resultantes da Lei 12.403), e aquelas apresentadas no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal.

Se por um lado as reformas parciais em 2008 e 2011 modernizaram e atualizaram alguns institutos do processo penal, por outro, essas mudanças foram

¹¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 488.

¹¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 2.

duramente criticadas por gerarem “inconsistência e incoerência sistêmica, transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos”¹¹².

O que se mostrava necessário era, em verdade, a reforma total da lei processual penal, objetivo esse que se pretende alcançar com o Projeto de Lei que atualmente tramita no Congresso Nacional.

Logo, sua primeira grande vantagem é se tratar de um Código inteiramente novo, teoricamente livre de grandes “inconsistências” e “incoerências”, parafraseando Aury Lopes Junior.

Possui, além disso, uma matriz acusatória claramente definida, estabelecida no seu artigo 4º, que dispõe expressamente que o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos na nova lei, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Como alerta Aury Lopes Junior, entretanto, não basta a simples disposição na letra da Lei. De acordo com ele, “uma reforma de verdade exige, principalmente, mudança de cultura e de estruturas”.¹¹³

Em relação à essa explícita adoção do sistema acusatório, aliás, Maria Thereza Rocha de Assis Moura assim entende:

O princípio acusatório é adotado de forma expressa. A proposta levada ao Congresso Nacional veda, de forma explícita, a atividade instrutória do juiz na fase de investigação e institui a figura do “juiz das garantias”, responsável “*pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais*”, com duplo intuito, de acordo com a Comissão: otimizar a atuação jurisdicional e manter o distanciamento do juiz do processo em relação aos elementos de convicção produzidos na investigação e dirigidos ao Ministério Público.¹¹⁴

Ainda em termos gerais, também compete ressaltar que, conforme a autora, “o Projeto de Código inicia com a enumeração dos princípios fundamentais que o

¹¹² Id. *Ibidem*. p. 1.

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações....)**. Disponível em www.ibccrim.org.br. Acesso em 24/11/2012.

¹¹⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Breve notícia sobre o Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em www.ibccrim.org.br. Acesso em 24/11/2012.

regem e invoca a estrita obediência ao devido processo legal constitucional, assumindo o compromisso com as garantias individuais”¹¹⁵.

Isso posto, observa-se que a prisão preventiva e demais medidas cautelares, no Projeto do Novo Código, estão dispostas no Livro III – “Das Medidas Cautelares”.

Objetivando exemplificar da forma mais simples possível a nova sistemática adotada na proposta do Código de Processo Penal ainda em tramite no Congresso, transcreve-se, abaixo, o índice do referido projeto, mais especificadamente a parte relativa ao livro correspondente às medidas cautelares:

Livro III – Das medidas cautelares

<u>Título I</u> – Disposições gerais	(art. 525 a art. 532)
<u>Título II</u> – Das medidas cautelares pessoais	(art. 533 a art. 534)
Capítulo I – Da prisão provisória	(art. 535 a art. 566)
Seção I – Disposições preliminares	(art. 535 a art. 548)
Seção II – Da prisão em flagrante	(art. 549 a art. 555)
Seção III – Da prisão preventiva	(art. 556 a art. 562)
Subseção I – Hipóteses de cabimento	(art. 556 a art. 557)
Subseção II – Prazos máximos de duração	(art. 558 a art. 561)
Subseção III – Reexame obrigatório	(art. 562)
Seção IV – Prisão temporária	(art. 563 a art. 566)
Capítulo II – Da fiança	(art. 567 a art. 586)
[...]	
Capítulo III – Outras medidas cautelares pessoais	(art. 587 a art. 609)
[...]	
Capítulo IV – Da liberdade provisória	(art. 610 a art. 611)
<u>Título III</u> – Das medidas cautelares reais	(art. 612 a art. 654)
Capítulo I – Disposições preliminares	(art. 612 a art. 614)
Capítulo II – Da indisponibilidade dos bens	(art. 615 a art. 623)
Capítulo III – Do seqüestro de bens	(art. 624 a art. 643)
Capítulo IV – Das garantias à reparação civil	(art. 644 a art. 654)
[...]	

O artigo 525, das disposições gerais, estabelece a legitimidade para requerer e decretar a medida, bem como o momento da decretação. *In verbis*:

Art. 525. No curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro.

Parágrafo único. Durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de

¹¹⁵ Id. Ibidem.

polícia, salvo se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz.

Assim, como se observa, o juiz estaria autorizado, de acordo com a nova regra, a decretar de ofício, ou a pedido das partes, a medida cautelar no curso do processo, sendo exclusividade do Ministério Público requerê-la e do delegado de polícia representá-la, na fase de investigação.

Critica Aury Lopes Junior a manutenção da possibilidade de decretação da medida cautelar de ofício pelo juiz, ainda que restrita ao curso do processo. Para ele

há uma separação incompreensível - se considerarmos a complexidade do prejuízo decorrente dos “pré-juízos”, na dimensão psíquica, e não apenas jurídica da questão - entre o ativismo judicial da fase pré-processual e o da fase processual. O projeto, desde o art. 4º, veda a iniciativa de ofício do juiz durante a investigação preliminar, mas, incompreensivelmente, autoriza esse mesmo ativismo na fase processual, desconsiderando que, desde uma perspectiva de pré-juízo ou mesmo da imparcialidade objetiva (estética de imparcialidade), a iniciativa de ofício deve ser vedada sempre! É o alheamento (terzietà) que cria condições de possibilidade da imparcialidade e da própria estrutura acusatória. Tudo isso cai por terra - pois se trata de uma complexa engrenagem - quando o juiz pode prender ou ir atrás da prova, de ofício, qualquer que seja a fase! Em suma, a atuação de ofício do juiz durante o processo é tão ou mais danosa para a estrutura acusatória, a imparcialidade e o próprio contraditório, do que aquela desempenhada na investigação preliminar (a qual também deve ser vedada, por elementar).¹¹⁶

Além das demais disposições gerais que dizem respeito às medidas cautelares, destaca-se, do índice acima transcrito, a Seção III (Da prisão preventiva), do Capítulo I (Da prisão provisória), do Título II (Das medidas cautelares pessoais), que trata especificamente da prisão preventiva.

Referida seção se divide, ainda, em três subseções, que tratam das “hipóteses de cabimento”, “prazos máximos de duração” e do “reexame obrigatório”.

Iniciando pelas hipóteses de cabimento, tratadas pelos artigos 556 (pressupostos probatórios e cautelares) e 557 (hipóteses de não cabimento), têm-se os seguintes dispositivos:

Art. 556. Havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada:
 I – como garantia da ordem pública ou da ordem econômica;
 II – por conveniência da instrução criminal;
 III – para assegurar a aplicação da lei penal;
 IV – em face da extrema gravidade do fato;
 V – diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor.

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit.

§ 1º A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena.

§ 2º O clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.

§ 3º A prisão preventiva somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente.

e,

Art. 557. Não cabe prisão preventiva:

I – nos crimes culposos;

II – nos crimes dolosos cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 3 (três) anos, exceto se cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa;

III – se o agente estiver acometido de doença gravíssima, de tal modo que o seu estado de saúde seja incompatível com a prisão preventiva ou exija tratamento permanente em local diverso.

§ 1º O juiz poderá autorizar o cumprimento da prisão preventiva em domicílio quando, mediante apresentação de prova idônea, o custodiado for:

I – maior de 75 (setenta e cinco) anos;

II – gestante a partir do sétimo mês de gestação ou quando esta for de alto risco;

III – imprescindível aos cuidados especiais devidos a criança menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

§ 2º Não incidem as vedações previstas nos incisos I e II do *caput* deste artigo na hipótese:

I – de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais, sem prejuízo da verificação dos demais pressupostos autorizadores da prisão preventiva;

II – em que a prisão preventiva é imposta como garantia da aplicação penal, nos termos do *caput* do art. 150.

O artigo 556 aumenta, portanto, as “hipóteses de cabimento” da prisão preventiva, mantendo os criticáveis fundamentos da garantia da ordem pública e da ordem econômica (inciso I) e incluindo a extrema gravidade do fato e a prática reiterada de crimes pelo autor, nos incisos IV e V, respectivamente.

Como já analisado, ainda que o atual Código não preveja as referidas condições expressas nos incisos IV e V do projeto, ambas as situações já justificam a prisão preventiva, só que fundadas na garantia da ordem pública.

Por outro lado, proíbe a pretensa Lei a utilização da prisão provisória como forma de antecipação de pena (parágrafo primeiro) e fundada no clamor público (parágrafo segundo) e consagra, ainda, o princípio da excepcionalidade da prisão preventiva (parágrafo terceiro).

Sobre o assunto, colaciona-se a opinião crítica de Aury Lopes Junior:

Agora são 4 os fundamentos [garantia da ordem pública, da ordem econômica, em face da extrema gravidade do fato e diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor] que atendem aos interesses de

sedar a opinião pública, recorrendo à vagueza conceitual de cláusulas gerais para prender. São típicos curingas hermenêuticos, de conteúdos vagos, imprecisos e indeterminados, sem referenciais semânticos precisos, que criam um terreno fértil para a banalização e o abuso do poder punitivo.¹¹⁷

E prossegue o autor:

Paradoxalmente, o parágrafo 1º do art. 556 veda a prisão preventiva como forma de antecipação de pena, mas a permite diante da “extrema gravidade do fato”. Ora, a prisão nesse caso não tem natureza cautelar e cumpre apenas a função de verdadeira antecipação de resposta (ou seja, pena antecipada). E mais, a *gravidade do fato* vai de encontro à sólida jurisprudência do STF, a qual não admite a prisão cautelar só com este fundamento.¹¹⁸

Além disso, o artigo 557 veda a prisão preventiva em crimes culposos, nos crimes dolosos cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a três anos, exceto aqueles cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa e, ainda, se o agente estiver acometido de doença gravíssima, de tal modo que o seu estado de saúde seja incompatível com a prisão preventiva ou exija tratamento permanente em local diverso.

Frise-se que o parágrafo primeiro desse dispositivo normativo estabelece as hipóteses de prisão domiciliar, quais sejam, se o custodiado for ou maior de setenta e cinco anos (ao invés dos atuais oitenta anos), ou gestante, a partir do sétimo mês de gestação ou quando a gravidez for de alto risco, ou ainda, imprescindível aos cuidados especiais devidos à criança menor de seis anos de idade ou com deficiência. Observe-se que o Projeto exclui a previsão constante no inciso II, do atual artigo 318, do Código de Processo Penal, que autoriza a prisão domiciliar também nas hipóteses de agente extremamente debilitado por motivo de doença grave.

Novidade comemorada pela doutrina¹¹⁹ foi a necessária limitação à duração da medida. Sobre o assunto tratam os artigos 558 a 561, *in verbis*:

¹¹⁷ Id. Ibdem.

¹¹⁸ Id. Ibdem.

¹¹⁹ Sobre a determinação, pelo Projeto de Lei, de uma duração máxima para a prisão preventiva, Aury Lopes Junior comenta que, “em que pese alguns retrocessos democráticos, andou bem o projeto ao estabelecer - finalmente - os prazos máximos de duração da prisão preventiva, adequando o CPP ao direito de ser julgado no prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF), ainda que, em alguns casos, seja excessiva a previsão legal (há um substancial aumento dos prazos neste substitutivo

Art. 558. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos:

I – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos arts. 14, VIII e parágrafo único, e 31, §§ 3º e 4º;

II – 360 (trezentos e sessenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do *caput* deste artigo.

§ 1º Não sendo decretada a prisão preventiva no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância, o tribunal poderá fazê-lo no exercício de sua competência recursal, hipótese em que deverá ser observado o prazo previsto no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 2º Acrescentam-se 180 (cento e oitenta) dias ao prazo previsto no inciso II do *caput* deste artigo, incluindo a hipótese do § 1º, se houver interposição, pela defesa, dos recursos especial e/ou extraordinário.

§ 3º Acrescentam-se, ainda, 60 (sessenta) dias aos prazos previstos nos incisos I e II do *caput* deste artigo, bem como nos §§ 1º e 2º, no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos.

§ 4º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o prazo a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo terá como termo final a decisão de pronúncia, contando-se, a partir daí, mais 180 (cento e oitenta) dias até a sentença condenatória recorrível proferida pelo juiz presidente.

§ 5º Os prazos previstos neste artigo também se aplicam à investigação, processo e julgamento de crimes de competência originária dos tribunais.;

Art. 559. Os prazos máximos de duração da prisão preventiva serão contados do início da execução da medida.

§ 1º Se, após o início da execução, o custodiado fugir, os prazos interrompem-se e, após a recaptura, serão contados em dobro.

§ 2º Não obstante o disposto no § 1º deste artigo, em nenhuma hipótese a prisão preventiva ultrapassará o limite de 4 (quatro) anos, ainda que a contagem seja feita de forma descontínua.;

Art. 560. Ao decretar ou prorrogar a prisão preventiva, o juiz indicará o prazo de duração da medida, findo o qual o preso será imediatamente posto em liberdade, observado o disposto nos §§ 1º a 4º deste artigo.

§ 1º Exaurido o prazo legal previsto no inciso I do *caput* do art. 558, posto o réu em liberdade, somente será admitida nova prisão preventiva nas hipóteses de:

I – decretação no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância ou em fase recursal, nos termos do inciso II do *caput* e § 1º do art. 558;

II – fuga, comprovada por reiterado não atendimento de intimações judiciais;

III – comportamento gravemente censurável do réu após a sua liberação.

§ 2º No caso dos incisos II e III do § 1º deste artigo, a nova medida terá prazo máximo de duração equivalente a 360 (trezentos e sessenta) dias.

em comparação com a redação originária do PLS 156, a qual era mais razoável). Além das regras específicas por fase, fixa-se o limite máximo de duração da preventiva em 4 anos (3 anos na redação originária), ainda que a contagem seja feita de forma descontínua. É um avanço se considerarmos o elevado número de pessoas cautelarmente presas há mais de 4 anos, mas ainda é um prazo excessivo (3 anos já era mais do que razoável). (LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit.)

§ 3º Exauridos os prazos legais previstos no inciso II do *caput* do art. 558 e seus respectivos parágrafos, somente será admitida a decretação de nova prisão preventiva com fundamento nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 4º Verificado excesso no prazo de duração da prisão preventiva, o juiz, concomitantemente à soltura do preso, poderá aplicar medida cautelar pessoal de outra natureza, desde que preenchidos todos os requisitos legais.;

e,

Art. 561. O juiz, quando recomendável, poderá decretar a prisão preventiva com prazo certo de duração, observados, em todo caso, os limites máximos previstos no art. 558.

Parágrafo único. Na hipótese do *caput* deste artigo, ressalva-se a possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, cujo limite máximo de duração, todavia, será calculado pelo saldo remanescente em função de cada uma das hipóteses do art. 558.

Parágrafo único. Na hipótese do *caput* deste artigo, ressalva-se a possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, cujo limite máximo de duração, todavia, será calculado pelo saldo remanescente em função de cada uma das hipóteses do art. 558.

O legislador pretende criar, então, critérios objetivos de duração da prisão preventiva, ressaltando, aqui, que ninguém poderá permanecer preso cautelarmente por tempo superior a quatro anos, conforme parágrafo segundo do artigo 559.

Além disso, terminado o prazo da medida imposta pelo juiz, o artigo 560 do Projeto de Lei determina que o acusado será imediatamente posto em liberdade, limitando, ainda, as hipóteses de admissão de nova prisão preventiva no seu parágrafo primeiro.

Espera-se encerrar, com esse conjunto de artigos, as inúmeras discussões¹²⁰, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito da duração da medida cautelar privativa de liberdade, que vem tentando, por todos os meios, chegar a uma conclusão sobre a razoável duração do processo, procurando deixar claro o que configura e o que não configura constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Além disso, ao estabelecer prazos máximos para as medidas preventivas, exalta o legislador, nitidamente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo. Importante avanço para o direito processual penal, portanto.

Por fim, a última subseção relativa à matéria das prisões preventivas diz respeito ao exame obrigatório. Outro avanço para ser celebrado, tendo em vista que

¹²⁰ Reporta-se, sobre as discussões a respeito da razoável duração da prisão preventiva, ao capítulo 3, “3.5”, deste trabalho.

o Projeto do Novo Código Penal impõe ao juiz o dever de reexaminar a prisão decretada, depois de decorridos 90 dias, proporcionando, assim, a análise da necessidade de manutenção da medida restritiva máxima.

Nas palavras de Aury Lopes Junior:

Indo além do esperado, o projeto contempla o dever de revisão da medida que exceder a 90 dias, chamado de reexame obrigatório, momento em que será avaliado se persistem ou não os motivos determinantes de sua aplicação (caráter *situacional* das cautelares), podendo o juiz ou tribunal substituí-la por outra medida mais adequada. Interessante que, finalmente, se estabelece um *prazo com sanção*, pois o parágrafo segundo é categórico: se o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal.¹²¹

Percebe-se, pois, que não realizado o reexame pelo juiz, no prazo estipulado, a prisão será considerada ilegal e, portanto, deverá ser relaxada.

Transcreve-se, abaixo, o dispositivo mencionado:

Art. 562. Qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar.

§ 1º O prazo previsto no *caput* deste artigo é contado do início da execução da prisão ou da data do último reexame.

§ 2º Se, por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal.

A prisão preventiva, no Projeto de Lei que procura instituir um Novo Código de Processo Penal, sofre, assim, algumas alterações em relação ao sistema vigente, alterado pela Lei 12.403/2011. Dentre elas, como visto, a estipulação de um prazo máximo de duração para as medidas cautelares e o reexame obrigatório. Por outro lado, manteve, no texto da Lei, a famigerada garantia da ordem pública e da ordem econômica como pressupostos cautelares da custódia preventiva, além de incluir a gravidade do crime e a reiteração criminosa.

¹²¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se analisar, no presente trabalho, a prisão preventiva no direito processual penal, principalmente em decorrência da reforma sofrida com o advento da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou os dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares pessoais.

Antes da recente reforma legislativa, o sistema de medidas cautelares era composto pela prisão cautelar e pela liberdade provisória, apenas. A atuação do Estado para a tutela cautelar se pautava, assim, pelo binômio prisão-liberdade, situação em que, não raras vezes, a liberdade não atendia satisfatoriamente aos fins a que se prestava e a prisão, por outro lado, consistia em medida demasiadamente exagerada.

Há pouco mais de um ano, entretanto, vigora no ordenamento jurídico processual penal um modelo plural de medidas cautelares, do qual fazem parte, além da prisão e da liberdade, outras tantas medidas alternativas ao cárcere e que atendem as mais diversas situações em que a liberdade, por si só, não se mostra uma medida cautelar efetiva. Dentre elas se citam a fiança, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e de contato com determinadas pessoas, o recolhimento noturno e nos dias de folga, entre outras.

A prisão cautelar assume, então, teoricamente, papel secundário nesse novo sistema. Agora medida subsidiária e excepcional, deve ser aplicada como último recurso e apenas se não satisfativas as medidas alternativas, que assumem, por sua vez, papel central e prioritário.

Ao limitar a decretação da prisão cautelar aos casos estritamente necessários e somente após a análise do cabimento das demais medidas, tão menos violentas se comparadas à privação da liberdade, as novas normas processuais penais aproximam esse ramo do direito da Constituição da República, comprometida com a dignidade da pessoa humana, seja ela suspeita de um crime, ou não.

Dentre as prisões cautelares, a prisão preventiva sempre ocupou posição de destaque, sendo considerada por muitos a prisão cautelar por excelência.

Se antes da importante reforma a banalização da prisão preventiva era característica marcante, sendo quase que a todo o momento resultado automático da prisão em flagrante, agora a prisão deve ser devidamente fundamentada, cabível apenas em algumas situações e tendo como diretriz os seus pressupostos cautelares e probatórios. Em outras palavras, a prisão preventiva, além de última opção frente às medidas diversas da prisão, só pode ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal, desde que havendo prova do crime e indício suficiente de autoria.

Além disso, mesmo presentes os seus pressupostos, a prisão preventiva não cabe nos casos de crimes culposos ou dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a quatro anos. Ademais, exceto nos casos de reincidência, quando se presume a periculosidade do acusado ou indiciado, nos casos de violência doméstica contra mulher, criança, idoso, enfermo e pessoas com deficiência e naquelas situações de dúvida quanto à identidade civil do suspeito, a prisão preventiva não se justifica.

Frise-se, também, que a prisão pode ser decretada em caso de descumprimento de qualquer obrigação imposta através de outra medida cautelar diversa, mas, do mesmo modo, deve estar restrita as situações acima mencionadas, não se entendendo possível a mera decretação da preventiva por simples descumprimento de outra medida cautelar desvinculada dos seus pressupostos, não sendo ela necessária ou adequada.

Isso porque os fins da prisão cautelar, e conseqüentemente, da prisão preventiva, não se confundem, em nenhuma hipótese, com sanção ou pena, sendo inconstitucional a prisão provisória que assuma esse caráter, por afrontar o princípio segundo o qual todos são presumidos inocentes até sentença penal condenatória irrecorrível.

Ao contrário, deve ela servir ao processo, garantindo a prova e a instrução criminal, bem como a futura execução da pena pelo Estado, desde que fundados riscos as ameacem. A garantia da ordem pública e da ordem econômica, ainda que sirvam para o decreto preventivo, por serem termos conceitualmente vagos, são conceitos criticados por parcela considerável da doutrina, que entende que a vagueza com que o tema é tratado não se adéqua ao garantismo e a precisão conceitual necessários ao processo penal, ainda mais por se tratar de medida de

extrema gravidade como a restrição provisória da liberdade de locomoção do indivíduo.

Desconsiderando essa parte da doutrina, pelo menos nesse ponto, o projeto do novo Código de Processo Penal, ao tratar do tema, mantém a garantia da ordem pública e da ordem econômica como pressupostos cautelares da medida restritiva máxima, vedando, entretanto, o clamor público como justificativa idônea para a decretação da prisão preventiva.

Por ser provisória, ainda que o Código de Processo Penal não estipule um prazo máximo de duração da medida, ao contrário do citado Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional, a prisão preventiva não deve se perpetuar no tempo. Deve estar condicionada à duração, também, dos seus pressupostos. Assim, não havendo mais necessidade ou não sendo a custódia a medida mais adequada para a tutela cautelar, deve ela ser revogada a qualquer tempo.

Não se questiona, por fim, a importância da prisão preventiva para o direito processual penal, ainda que se reconheçam, também, os malefícios e os gravames desse instrumento assecuratório. Por isso o indispensável cuidado na sua decretação, devendo ser adotada de forma excepcional, na presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* e só quando estritamente necessária, de modo a se evitar o desvirtuamento da sua função para um instrumento de controle social ou meio de antecipação de pena, preservando-se, ao máximo, os direitos e garantias fundamentais de todo cidadão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francis Moraes de. **Observações sobre o poder de punir**. Disponível em www.ibccrim.org.br.

BECCARIA, Cezare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. rev. e atual. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**.

BRASIL, Legislação. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.

BRASIL, Legislação. **Projeto de Lei do Senado nº 159, de 2009**. Projeto de reforma do novo Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.

_____. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

CÂMARA, Luiz Antonio; SILVA, Jorge Vicente. **Jurisprudência brasileira criminal: prisão preventiva**. In: Editorial: da prisão preventiva, v. 30. Curitiba: Juruá, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume I: Parte geral**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CNJ. **População carcerária do Brasil atingiu 550 mil presos em junho.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22552-populacao-carceraria-do-brasil-atingiu-550-mil-presos-em-junho>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal:** Pensamento Jurídico. 2 série. Curitiba: Juruá, 1989.

DIREITO Internacional. **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.** Pacto de San José da Costa Rica. Adotada e aberta à assinatura na conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FELBERG, Rodrigo. **Comentários sobre aspectos polêmicos da Lei 12.403/11.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramallete. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** Parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares:** comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisões:** falência ou sucesso total. Disponível em: www.ibccrim.org.br.

HARTZ, Marcelo de Moraes; RITTA, Cristiano Ribeiro. **A lei nº 12.403/2011 e a nova sistemática da prisão preventiva.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica.** 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar:** de acordo com a Lei 12.403/11, doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações....)**. Disponível em www.ibccrim.org.br.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1 v. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2 v. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

_____. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual: liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403/2011**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Breve notícia sobre o Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em www.ibccrim.org.br.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5 ed. rev., atual., e ampl. 3. tir. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16 ed. atual. de acordo com as Leis n^{os} 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar n^o 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume I: parte geral**, arts 1º a 120. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SILVA, João Carlos Carvalho da. **A prisão e a sociedade foucaultiana**. Disponível em: www.ibccrim.org.br.

UNIVERSIDADE Federal do Paraná, Sistema de bibliotecas. **Teses, dissertações, monografias e outros trabalhos acadêmicos**. Curitiba: UFPR, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v. 1: Parte Geral. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.