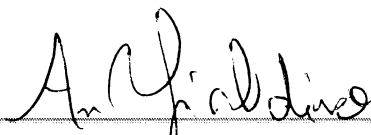


TERMO DE APROVAÇÃO

FABIO AUGUSTO TAMBORLIN

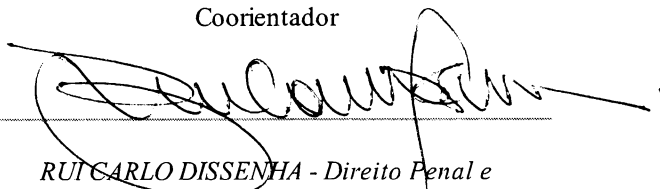
REDUÇÃO DO ENCARCERAMENTO OU AMPLIAÇÃO DO CONTROLE? AS DÚVIDAS ADVINDAS DA LEI Nº 12.403/2011

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



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
 Monografia (Trabalho Final de Curso) do
 Acadêmico(a) **FABIO AUGUSTO
 TAMBORLIN**

Aos onze dias do mês de janeiro do ano de 2013, às 10:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) FABIO AUGUSTO TAMBORLIN, sobre o tema, “REDUÇÃO DO ENCARCERAMENTO OU AMPLIAÇÃO DO CONTROLE? AS DÚVIDAS ADVINDAS DA LEI Nº 12.403/2011”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO (Orientador), (Coorientador), RUI CARLO DISSENHA - Direito Penal e Processual Penal e MAURÍCIO STEGEMANN DIETER, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 9,5, 9,5, 9,5 e —; perfazendo a média igual a 9,5.

Obs.

Curitiba - PR, 11 de janeiro de 2013.

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

Orientador

RUI CARLO DISSENHA - Direito Penal e
 Processual Penal

1º Membro

Coorientador

MAURÍCIO STEGEMANN DIETER

2º Membro

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

FÁBIO AUGUSTO TAMBORLIN

**REDUÇÃO DO ENCARCERAMENTO OU AMPLIAÇÃO DO CONTROLE? AS
DÚVIDAS ADVINDAS DA LEI N° 12.403/2011**

CURITIBA
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. André Ribeiro
Giamberardino

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO AUGUSTO TAMBORLIN

REDUÇÃO DO ENCARCERAMENTO OU AMPLIAÇÃO DO CONTROLE? AS DÚVIDAS ADVINDAS DA LEI N° 12.403/2011

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Doutorando André Ribeiro Giamberardino
Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná

Membros convidados:

Prof. Doutorando Rui Carlo Dissenha
Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Maurício StegemannDieter.
Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA
Professor da Universidade de Passo Fundo

Curitiba, 11 de janeiro de 2013.

A Deus, a quem sempre recorro, seja nos momentos difíceis ou nos de alegria, sendo o fundamento e a razão de tudo, constituindo-se como a minha fortaleza.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Durante esses 5 anos inúmeros foram os percalços e desafios, mas, ao mesmo tempo, incontáveis são os momentos de alegria, aprendizado, e o mais importante de tudo, amizades construídas. Primeiramente, expresso minha gratidão à família Tamborlin, em especial à Tia Neuza e à Vó Lourdes, por sempre cuidarem de mim nos momentos em que isso se fez, e se faz, necessário.

Não poderia, de forma alguma, deixar de consignar nesse Agradecimento, um profundo OBRIGADO ao meu orientador, Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino, por ter me recepcionado em um momento tão turbulento. Como já afirmado outrora por um autor desconhecido “Uns são homens; Alguns são professores; Poucos são mestres. Ao primeiros, escuta-se; Aos segundos, respeita-se, Aos últimos, segue-se”, sem sombra de dúvidas o senhor faz parte da terceira classe, Mestre.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná por todas as experiências vividas e transformações sofridas, sendo certo que me tornei um indivíduo moldado pelas estruturas da Santos Andrade, nas suas mais diversas facetas.

Saint Exupery afirmou que “Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”, pois bem, é cediço afirmar que a faculdade de direito, desta forma, é, e será até o fim, responsável pelo meu ser e porque não dizer, pelo meu dever ser.

Serei eternamente grato à Associação Atlética Acadêmica de Direito, a “vecchiasignora” do Direito Federal, por ter me proporcionado 3 anos mais difíceis, felizes e emocionantes pelos quais passei nesses 22 anos. Creio que se houvesse um marco temporal capaz de dividir a minha vida em dois momentos, o ponto final da primeira parte e ao mesmo tempo início da segunda, sem sombra de dúvidas, seria o ingresso na diretoria da AAAD-UFPR.

Não poderia de forma alguma me esquecer do grupo de amigos com qual dividi milhares de personices, André Shimada, Felipe Liebl, Guilherme “Guimarrarei”, João “Jão”, Luís “Desumano” Neto, Luís Nagao e Nelson Junior, conhecidos por toda a comunidade acadêmica como: PERSONAS!

Faz-se imperioso saudar nesse agradecimento todos os membros do “GuiLLiDuBioNor”, pelo acolhimento desse humilde morador do Santa Cândida.

Agradeço, ainda, ao Partido Democrático Universitário “PDU”, pelos amigos “fornecidos”, e por ter sido sempre tratado pelas pessoas que dele fazem e fizeram parte, como um membro “verde”, em que pese o meu desligamento no ano de 2009. Sempre serei um “Ultras PDU”!!!.

Sou muito grato, também, ao GRR 2010, grande responsável por expandir o número de pessoas especiais e indispensáveis à minha vida, ao Bonde do Rocambole por me conceder esse “Jeito canhoto de ser”, e ao Bonde do 201 (Bruno “Galinho” e Carlitos), pela sempre sagaz e oportuna parceria, que me agraciou com um rol gigantesco de “situações de momento”.

Merece destaque, por sua vez, a imprescindibilidade da citação da moradora do Mossunguê, Srta. Carol F. Soares, alcunha “Gavinha”, com a qual dividi uma série de momentos (afobações) *sui generis* e, ao mesmo tempo, inesquecíveis. Valiosa, também, a providencial ajuda de pessoas como a Jane, o Emerson e a Elaine, sempre dispostos a auxiliar em tudo o que fosse preciso (*animus salvandi*), sendo detentores de raríssima simpatia e educação.

Por fim, agradeço ao meu chefe e amigo, Dr. Everton Menengola, pelo aprendizado adquirido nos últimos 02 anos, e ao restante da família Bacellar&Andrade, em especial ao Dr. Renato Andrade, Giulia, Fabi, “Seu” João e Dani, por tornarem o ambiente de trabalho um local tão agradável e acolhedor.

RESUMO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi responsável pela previsão de um amplo leque de direitos fundamentais. A leitura da Carta Magna concedia a certeza de que ninguém seria considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, bem como a garantia de que o devido processo legal seria observado, além de que todas as decisões seriam devidamente motivadas e fundamentadas, restando nítido, portanto, a prevalência de um sistema processual penal de viés acusatório e democrático. Nestes moldes, a tutela cautelar seria voltada, tão somente, a garantir a eficácia do processo, sendo resguardada apenas para os casos em que realmente fosse necessária, perdurando por um curto lapso temporal, sendo revogada quando a situação fática que deu azo à sua imposição não mais restasse evidenciada. Em que pese o exposto acima, na realidade empírica vislumbrou-se a ampla banalização da mais grave das medidas cautelares: a prisão preventiva. Em um ordenamento jurídico no qual a falta de alternativas resultou em um modelo bipolar, prisão ou liberdade (8 ou 80), a exceção ganhou status de regra e o “80” tornou-se rotina na prática forense criminal. Curiosamente, o número de presos provisórios cresceu vertiginosamente após a entrada em vigor da Constituição de 1988, fato que resultou em uma realidade carcerária caótica, na qual o número de presos provisórios quase supera a quantia de encarcerados definitivamente. Contudo, eis que em 2011, diante a um cenário que apontava para a emergência de um novo Código de Processo Penal, ressurgiu um projeto de lei oriundo de 2001, disciplinando a matéria das medidas cautelares na esfera penal. A nova lei trouxe algumas mudanças importantes, dentre elas, a previsão de um rol de medidas alternativas à prisão cautelar e o renascimento do instituto da fiança. No entanto, manteve alguns equívocos, dentre os quais, a manutenção da ordem pública e da ordem econômica como modalidades do “*periculum libertatis*”. Todavia, faz-se mister tomar uma série de cuidados com o novo diploma legal, pois dependendo da interpretação que se faça da Lei 12.403/2011 as medidas cautelares diversas da prisão podem ser amplamente aplicadas, aumentando o controle social, tendo em vista que, segundo alguns autores, os requisitos para imposição desses mecanismos não são os mesmos exigidos para a decretação da custódia cautelar. Essa constatação merece ainda mais atenção, pois a Lei previu uma nova hipótese de prisão preventiva, a qual poderá ser imposta devido ao descumprimento da medida alternativa. Assim, conclui-se que a nova disciplina das medidas cautelares na seara processual penal ainda é muito recente e, com certeza, será objeto de muitos questionamentos e alternâncias, cabendo aos aplicadores e operadores do Direito aprofundarem-se no estudo do tema, tendo em vista, sempre, a presunção de inocência e os princípios, limites e requisitos norteadores da tutela cautelar no processo penal.

Palavras-chave: Constituição Federal. Prisão preventiva. Medidas cautelares diversas da prisão. Presunção de inocência.

RIASSUNTO

La promulgazione della Costituzione del 1988 è stata responsabile per la fornitura d'una vasta gamma di diritti fondamentali. La lettura della carta ha dato la certezza che nessuno non si sarebbe trovato colpevole prima della sentenza definitiva e inappellabile penale, come di assicurare che i diritti sarebbero stati rispettati, e che tutte le decisioni siano adeguatamente motivate e comprovate, lasciando evidente, quindi, la prevalenza di un sistema di giustizia penale e democratica polarizzazione accusatoria. In questo modo l'ingiunzione tutela sarebbe rivolta, da sola, per garantire l'efficacia del processo, sorvegliato solo per i casi che sono stati realmente necessari e dura per un breve periodo, è revocata quando la situazione di fatto che ha portato alla sua imposizione non sarebbe lasciata più evidente. Fermo restando quanto sopra, la realtà empirica s'intravede banalizzazione delle grandi misure cautelari più gravi: detenzione preventiva. In un sistema giuridico in cui la mancanza di alternative ha risultato un modello bipolare, la prigione o libertà (8 o 80), l'eccezione ha guadagnato lo status di regola e l'"80" è diventata una pratica di routine in pratica forense criminale. È interessante notare che il numero dei detenuti provvisori è aumentato notevolmente dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1988, la realtà è un caos in cui il numero dei prigionieri provvisori supera quasi la quantità di permanenza in carcere. Ecco, nel 2011, di fronte ad uno scenario che ha sottolineato l'emergere di entrata in vigore del nuovo Codice di Procedura Penale, un disegno di legge riemerge provengono dal 2001, che regola la materia delle misure cautelari in materia penale. La nuova legge ha portato alcuni cambiamenti importanti, tra cui la fornitura di un elenco di misure alternative alla detenzione e il rinascimento dell'istituto di cauzione. Inoltre, ha mantenuto alcune idee sbagliate, tra cui il mantenimento dell'ordine pubblica e l'ordine economico come modalità di "periculum libertatis". Tuttavia, dobbiamo prendere un sacco di cura con la nuova legge, perché la seconda interpretazione che rende la legge 12.403/2011 le diverse misure cautelare di carcere può essere ampiamente applicata, aumentando in tal modo il controllo sociale dato che, secondo alcuni autori, i requisiti per l'imposizione di tali meccanismi non sono gli stessi richiesti per l'emanazione di custodia protettiva. Questa scoperta merita una maggiore attenzione, perché la nuova legge ha prevista una nuova ipotesi di detenzione preventiva, che può essere imposta a causa della non conformità della misura alternativa. La nuova disciplina delle misure cautelari nella raccolta di procedura penale è ancora molto recente e, come sicuro, sarà oggetto di molte domande ed alternanze, lasciando agli applicatori ed operatori del diritto lo studio del soggetto, in vista, sempre, la presunzione d'innocenza e principi, limiti e requisiti che guidano la tutela cautelare in un procedimento penale.

Parole-chiave: Costituzione Federale. Detenzione Preventiva. Misure cautelari detentive diverse. Presunzione d'innocenza.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO UM – AS MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	12
1.1 Principiologia e características.....	12
1.2. A banalização da prisão preventiva.....	24
1.3. O Projeto de Lei 156/09.....	27
CAPÍTULO DOIS – A LEI 12.403/2011.....	33
2.1. As inovações oriundas do novo diploma legal.....	33
2.2. Requisitos e pressupostos ensejadores da prisão preventiva.....	39
2.3. Hipóteses de decretação da prisão preventiva.....	46
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

FERRAJOLI aduz que a história da segregação cautelar do acusado ao longo do trâmite processual possui íntima conexão com o postulado da presunção de inocência, uma vez que este princípio era teoricamente construído na medida em que a custódia de emergência ganhava maior aplicabilidade, sendo que essa coexistência, remonta, segundo o autor, à Roma Antiga¹.

Ao se lançar um olhar voltado à realidade carcerária brasileira constatar-se-á, facilmente, que na disputa entre as duas categorias acima elencadas a prisão provisória sagrou-se vitoriosa, tendo em vista que mesmo com a recepção do postulado da presunção de inocência pelo ordenamento jurídico pátrio, a medida cautelar sofreu um processo de banalização. O punitivismo em relação aos indivíduos a que se imputa determinada prática criminosa, e contra os que ainda não se vislumbra sentença penal condenatória transitada em julgado, foi alvo de uma assombrosa expansão, distorcendo-se o papel destinado, *a priori*, à custódia de caráter preventivo, dando-lhe função diversa da ideal.

A prisão anterior ao trânsito em julgado do processo, em especial a segregação preventiva, passou a ter finalidades práticas inconstitucionais, voltadas ao controle social, prestando-se a antecipar a pena do “presumido inocente”. Deixou-se de lado a observância aos pressupostos e requisitos inerentes à restrição cautelar da liberdade e passíveis de lhe dar ensejo. A prisão cautelar, em tese, deveria ser a *ultima ratio* dentro do sistema processual penal brasileiro, sendo aplicada somente nos casos de absoluta necessidade.

Além disso, a prisão processual, ou, ainda no âmbito da investigação preliminar, deveria ser provisória, ou seja, perdurar por um curto lapso temporal devido ao seu “prazo de validade” exíguo e situacional, pois a medida é destinada a tutelar determinada situação, visto que no momento em que esta for superada ou desaparecer, não mais seria possível a custódia cautelar.

Não obstante as características acima esboçadas, são constatados inúmeros casos de violação dos princípios cautelares, e dos requisitos capazes de ensejar o

¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores Ana Paula Zomer e outros. 2ª ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 508.

decreto preventivo. Outrossim, devido à falta de prazo máximo de duração da segregação cautelar, aliado à inexistência de obrigação periódica de reexame da manutenção da situação fática que deu azo à aplicação da medida, vislumbram-se casos de prisões “provisórias”, as quais perduram durante longos períodos, às vezes anos, e, em determinadas ocasiões, inclusive ultrapassam a duração da custódia cominada em posterior decisão condenatória transitada em julgado.

Dessa forma, o presente trabalho visa a esmiuçar as características e os princípios das medidas cautelares no processo penal, as hipóteses em que elas são passíveis de ser utilizadas, bem como os requisitos necessários à sua aplicação, em especial no que se refere à prisão preventiva.

Com efeito, buscou-se analisar a situação visando ao passado, ao presente e ao futuro, a partir da entrada em vigor da Lei 12.403/11, atentando-se para as maiores alterações proporcionadas pelo diploma legal acima mencionado, a fim de vislumbrar as inovações, as falhas, os perigos e as conseqüências advindos da mudança legislativa ocorrida no âmbito do processo penal pátrio.

CAPÍTULO 1. AS MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

1.1.PRINCIPIOLOGIA E CARACTERÍSTICAS.

Inicialmente, faz-se mister salientar que o processo penal não possui nenhuma “ação cautelar”, portanto, não podemos de modo algum falar em “processo” cautelar no âmbito processual penal, sob pena de se incorrer em grave imprecisão terminológica.² Em que pese a inexistência de um verdadeiro “processo” cautelar, faz-se essencial a existência de instrumentos aptos a solucionar questões urgentes e emergenciais que possam surgir no decorrer das investigações; ou mesmo ao longo da fase processual.

Os supracitados instrumentos são denominados “medidas cautelares” e têm o condão de promover a resolução das questões urgentes sem a necessidade de haver uma ação autônoma para isso, consubstanciando-se em medidas incidentais utilizadas dentro do próprio processo penal já instaurado; ou então no procedimento pré-processual que está sendo desenvolvido. Esses mecanismos de nenhuma forma podem representar uma antecipação de pena³, pois visam a fins processuais, sendo instrumentos destinados à obtenção da eficácia processual, não caracterizando pena. GOMES ressaltou muito bem essa característica:

“As medidas cautelares possuem natureza instrumental, ou seja, estão a serviço do processo e da eficácia da justiça criminal. Existem para a garantia do regular desenvolvimento do processo assim como para assegurar a efetividade do poder de punir do estado. São essas, em linhas gerais, as justificações teleológicas das medidas cautelares.”
As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas.”⁴

Logo, se o processo penal é um instrumento do direito penal, as medidas cautelares de índole processual penal são um instrumento do instrumento processo⁵,

² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.57.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011. p.17.

⁴ GOMES, Luiz Flavio. **Art. 282**. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011. p. 33.

⁵ FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. v.4.Campinas: Bookseller, 1997.p.32

sendo dotadas, portanto, de uma instrumentalidade qualificada, conforme as sábias lições do brilhante autor CALAMANDREI:

A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento.”⁶

É muito comum, principalmente na doutrina clássica, encontrar-se a adoção de uma série de instrumentos, medidas e procedimentos oriundos do processo civil⁷, vislumbrando-se, assim, o preenchimento de lacunas ou o desfecho de um conflito no interior do processo penal.

Essa mera transposição de categorias processuais civis para o processo penal, via de regra, dá azo a situações problemáticas, tendo em vista que na maioria dos casos não existe uma compatibilidade, pois se tratam de dois processos judiciais completamente distintos e fundados em bases e princípios que não guardam profundas semelhanças entre si⁸. No processo civil, por exemplo, ao juiz é dado o poder geral de cautela, podendo ser invocado por ele o artigo 798 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que:

“Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

O artigo acima transcrito confere ao juiz, no âmbito do processo civil, a prerrogativa de estabelecer medidas cautelares que não estejam expressamente previstas na legislação, desde que voltadas a proteger o direito objeto de discussão

⁶CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático do procedimento cautelar**. Trad. Carla Roberta AndreasiBassi. Servanda: Campinas. 2000. p.42.

⁷SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **As medidas cautelares pessoais no projeto de código de processo penal – PLS nº 156/2009: Uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência**. P. 257-258. in: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 252-253.

⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.33-36

pelas partes compositoras da lide. Tal dispositivo, todavia, não é aplicável ao processo penal, pois viola o princípio da legalidade⁹, não sendo possível, deste modo, a existência de medidas cautelares inominadas, inexistindo na esfera penal o poder geral de cautela¹⁰.

LOPES JR. é claro ao afirmar que no diz respeito ao processo penal “forma é garantia”, referência que se faz essencial, pois a observância das regras do processo é fundamental para que todas as garantias constitucionais sejam respeitadas e nenhum abuso ocorra em face, principalmente, daquele que está na posição de acusado ou investigado. Abaixo segue uma passagem da obra do mencionado autor:

“A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispeciegiuridicaprocessuale*, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.”¹¹

Na mesma esteira, GOMES aduz que na seara penal deve-se observar o princípio do devido processo legal, uma vez que todo o poder emanado pela autoridade judiciária possui limites derivados de algum diploma legal:

“Todo poder do juiz, no âmbito penal ou processual penal, tem limites estabelecidos pela lei ou pela constituição ou pelos tratados internacionais. O processo penal está regido pela instrumentalidade que tem como escopo a limitação do poder estatal (não o exercício abusivo ou arbitrário do *ius puniendi*). O exercício da jurisdição, no âmbito criminal, deve seguir rigorosamente o devido processo legal, ou seja, as formas cunhadas pela lei, pela constituição e pelos tratados internacionais. A legalidade é pressuposto da proporcionalidade e o princípio fundante do *due processo oflaw*.”¹²

Outrossim, as medidas cautelares, sejam elas de cunho pessoal ou patrimonial, são responsáveis pela limitação dos direitos do acusado. A aplicação

⁹ GOMES, Luiz Flavio. **Art. 282**. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011. p. 45-47.

¹⁰ CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.94.

¹¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.58.

¹² GOMES, Luiz Flavio. **Art. 282**. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011. p. 46.

dessas medidas pode, até mesmo, redundar na restrição da liberdade individual desse sujeito, sem que haja sequer sentença penal condenatória.

Destarte, não há nenhuma hipótese de adoção de medida cautelar que não esteja expressamente prevista em lei¹³, não sendo possível realizar essa inovação perante o caso concreto, afinal o juiz não dispõe de um poder geral de cautela¹⁴ que lhe outorgue essa prerrogativa. Antes mesmo da mudança legislativa de 2011 LOPES JR. já se posicionava contrário à aplicação ou adoção do “poder geral de cautela”, tendo em vista a incompatibilidade dessa ferramenta com o princípio da legalidade:

“Portanto, ainda que a pobreza morfológica do atual sistema cautelar brasileiro seja censurável e até sirva de abrigo motivacional para os juízes e tribunais invocarem o ‘poder geral de cautela’, a prática é flagrantemente ilegal e insustentável à luz do Princípio da Legalidade e do devido processo penal. Seria o mesmo que aplicar pena privativa de liberdade ou criminalizar condutas por analogia, algo impensável, por evidente. Esclareça-se que nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziará com mudanças legislativas, pois elas apenas ampliarão o leque de medidas cautelares, sem jamais poder contemplar uma ‘cláusula geral’, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei.”¹⁵

Nesse diapasão encontra-se o posicionamento de GOMES. O autor leciona que restrições a direitos somente podem ocorrer se estiverem expressamente previstas em lei:

“Não se pode imaginar a restrição dos direitos fundamentais do acusado mediante o processo de analogia ou como decorrência do poder cautelar geral do juiz. O Estado está limitado pelo direito. Assim é o Estado de Direito. No momento de interferir nos direitos fundamentais ele deve seguir rigorosamente seus limites. O que está na lei o juiz pode fazer (desde que essa lei seja válida), o que não está na lei o juiz não pode fazer. É o poder estatal que necessita ser legitimado e justificado. A velha prática da jurisdição brasileira de adotar medidas cautelares acessórias à liberdade

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**.p. 228. in GOMES FILHO, Antônio Magalhães; PRADO, _____; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011. “Ou seja, as medidas cautelares processuais penais são somente aquelas previstas em lei e nas hipóteses escritas que a lei as autoriza, vigorando um princípio de *taxatividade das medidas cautelares*. Somente assim será possível evitar a arbitrariedade e o casuísmo, dando-se total transparência às ‘regras do jogo’.”

¹⁴ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 516

¹⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.59

provisória sem base legal constitui abuso patente do poder de punir do estado.”¹⁶

A Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando, portanto, o princípio da não culpabilidade.

Aliado a isso, situa-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 8º, n°2, traz o princípio da presunção de inocência: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”. A convenção foi ratificada pelo Brasil tendo seu início de vigência em 25.09.1992, por meio do Decreto Legislativo n° 27, sendo que, logo após, houve a promulgação, em 06.11.1992 pelo Decreto n° 678.¹⁷

Nota-se, portanto, que o princípio da presunção de inocência¹⁸ foi adotado pelo ordenamento jurídico pátrio¹⁹. Esse é o posicionamento de parcela relevante da doutrina²⁰, existindo, contudo, autores que argumentam em sentido contrário, por exemplo, o professor RANGEL, o qual alude que o réu não é presumido culpado, e tampouco inocente, pois a Constituição Federal não traz a lume nenhuma presunção²¹.

¹⁶GOMES, Luiz Flavio. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011. p. 46-47.

¹⁷GOMES, Luiz Flavio. Op. cit. p. 35-37

¹⁸ “Assim é que a presunção de inocência opera no processo penal em geral, e com maior rigor no âmbito das medidas de privação de liberdade, como princípio guarda-chuva, a determinar a orientação prevalente a propósito dos demais princípios processuais constitucionais e a dar forma mais precisa à própria noção de devido processo legal”. PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**, p. 138-140. in GOMES FILHO, Antônio Magalhães; _____, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011. p.106

¹⁹ Nesse sentido: DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª ed Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p.60. “Desta forma, o direito à presunção de inocência restou incorporado à nossa Constituição da República, ampliando-a, ou seja, estendendo o elenco dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, traduzindo-se, de fato, em um verdadeiro direito fundamental internacional acolhido por nosso mais alto ordenamento, cuja aplicação, outrossim, é imediata, em decorrência da conjugação do referido §2º, do art. 5º, com o seu §1º, o qual preceitua que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, inclusive sobrepondo-se, hierarquicamente, a toda legislação ordinária.”

²⁰ Nesse sentido: Antonio Magalhães Gomes Filhos, Aury Lopes JR., Geraldo Prado, Luiz Antônio Câmara, Luiz Flávio Gomes e Sylvio Lourenço Filho.

²¹RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24

Diante do exposto acima, observa-se que as medidas cautelares causam ao imputado restrições ao seu direito, tornando-se imprescindível salientar que essa situação ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal. LOPES JR. ressalta que o princípio da presunção de inocência concede o *status* de inocente ao imputado, impondo, portanto, um dever de tratamento ao aplicador do direito, um dever de agir em relação ao acusado como se esse inocente fosse:

“Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao ab (uso) das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.²²

Ademais, visualiza-se um conflito entre a imposição de medidas cautelares, em especial as prisões provisórias²³, e o princípio da presunção de inocência²⁴, tendo em vista que as estruturas são diametralmente opostas, não guardando qualquer similitude. Se o princípio da presunção de inocência for levado à risca, a aplicação de medidas cautelares seria de difícilima, ou até mesmo de impossível justificação, pois ao aplicá-las estar-se-ia, de alguma forma, estabelecendo-se uma punição a um inocente, ou então presumindo a sua culpa.

²² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.54.

²³ Renato Brasileiro de Lima conceitua a prisão preventiva, espécie de prisão provisória: “Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizados listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011. p. 225.

²⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 2008. 198f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 29/09/2008. p. 52. “*Prisão sem sentença e presunção de inocência* são noções a princípio contrapostas, na medida em que esta determina, sem considerar, por ora, as variações terminológicas, que todo acusado deve ser presumido inocente até sentença condenatória transitada em julgado.”

É justamente por essa tensão que se faz necessário um zelo muito grande na aplicação das medidas cautelares na esfera penal. Em que pese haja um conflito entre as medidas cautelares e a garantia fundamental acima referida, ambos os institutos coexistem no sistema processual brasileiro, tal como ocorre em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros²⁵.

Tal coexistência não dá ensejo a nenhuma inconstitucionalidade²⁶, desde que as medidas cautelares, em especial as de caráter pessoal, sejam impostas com observância aos princípios que as fundamentam, dentre eles, excepcionalidade, necessidade, instrumentalidade e proporcionalidade. O autor LIMA, nesse mesmo diapasão, alude que:

“Em outras palavras, o inc. LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a imposição de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, inc. LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto”.²⁷

É nítido que o texto constitucional é alicerce central da carga principiológica, bem como das garantias fundamentais contidas em no ordenamento jurídico brasileiro. PACELLI aduz que a Constituição da República promoveu:

“a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver subordinado à persecução penal;
b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.”²⁸

Destarte, nota-se que a fim de compatibilizar a presunção de inocência com a aplicação de medidas cautelares (em especial as prisões cautelares), faz-se

²⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**, p. 21. *in* _____; PRADO, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403*, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011

²⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.70. “Em princípio, a restrição da liberdade em caráter cautelar instrumental não é incompatível com a afirmação da presunção de inocência, uma vez que não é imposta como antecipação da punição”.

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011. p. 17.

²⁸ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 492.

imperiosa a observância de todos os princípios e requisitos que embasam e dão ensejo aos instrumentos de tutela de urgência estritamente previstos pela legislação penal e processual penal.

Percebe-se, deste modo, a imprescindibilidade da base principiológica referente às medidas cautelares de modo a adequá-las ao sistema de direitos e garantias fundamentais consagrados pela Carta Constitucional de 1988, assim como em outros importantes documentos, tais como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Diante do exposto, vislumbra-se a importância do estudo dos princípios atinentes à tutela de urgência no âmbito processual penal, de modo a proporcionar uma análise *a posteriori* profunda e crítica a respeito da aplicação das medidas cautelares no dia-a-dia forense. Desse modo, propõe-se agora a análise dos princípios reitores das prisões cautelares – instrumento cautelar mais gravoso ao imputado -, quais sejam: jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade e excepcionalidade.

A jurisdicionalidade²⁹ consiste no fato de a prisão cautelar apenas poder ser decretada por ordem judicial de autoridade judiciária competente, devendo o *decisum* estar devidamente motivado e fundamentado. O Ministério Público, assim como a autoridade policial, não possui competência para decretar a prisão cautelar, por isso devem requerer ao juiz competente a imposição da custódia de emergência, cabendo ao magistrado decidir motivadamente a respeito do caso em análise.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Essa previsão deixa expresso o cuidado que o constituinte teve ao atribuir poderes tão somente a quem detém jurisdição, ou seja, ao juiz, para decretar a segregação diversa da prisão em flagrante.

Outrossim, a Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LXII, ainda disciplina que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, restando claro, novamente, a intenção do

²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**, p. 28-32. *in* _____; PRADO, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011.

constituente de submeter a decretação das prisões cautelares à análise do poder judiciário. A jurisdicionalidade guarda íntima ligação com a garantia de que todas as decisões judiciais serão motivadas conforme extraído da leitura do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

A exigência constitucional de que todas as decisões proferidas pelos magistrados sejam fundamentadas é de suma importância no desenvolvimento de sistema processual penal democrático, no qual as garantias e direitos essenciais tenham guarida, e para que inexistam abusos e arbítrios por parte do poder judiciário. Os autores GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES em festejada obra a respeito das nulidades no processo penal doutrinam a respeito da fundamentação:

“É através da fundamentação que se expressam os aspectos mais importantes considerados pelo julgador ao longo do caminho percorrido até a conclusão última, representando, por isso, o ponto de referência para a verificação da justiça, imparcialidade, atendimento às prescrições legais e efetivo exame das questões suscitadas pelos interessados no pronunciamento judicial”.³⁰

As medidas cautelares de natureza pessoal são situacionais³¹, ou seja, estão vinculadas a uma determinada realidade empírica. Na hipótese de haver mudança com relação a essa “situação”, por conseqüência haverá alteração quanto à medida cautelar. Esta poderá, por exemplo, ser revogada, por não mais existir a situação que justificava a sua aplicação. Idêntico posicionamento é encontrado na obra coordenada pelos professores GOMES e MARQUES:

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 274.

³¹ Nesse sentido: LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 61-62; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **As medidas cautelares pessoais no projeto de código de processo penal – PLS nº 156/2009: Uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência**. P. 257-258. in: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.-

“Toda medida cautelar está vinculada a uma determinada situação fática. A provisionalidade (consoante a doutrina espanhola) está relacionada com a situação fática que ensejou a decretação da medida cautelar. Se essa situação fática se altera, naturalmente também haverá modificação na medida cautelar. Desaparecida a situação fática que deu ensejo à medida cautelar, cabe ao juiz revogar a medida ou substituí-la. Se a situação fática voltar, cabe ao juiz decretar nova medida”³²

Desse modo, temos que a decisão decretadora de uma medida cautelar é precária, não possuindo uma estabilidade ou efeito análogo ao de coisa julgada, podendo ser revogada; ou substituída a qualquer tempo, desde que haja alteração na situação que deu ensejo à decretação da tutela de urgência.

Além do fato de serem situacionais, as medidas cautelares também possuem caráter provisório³³, ou seja, desde a sua decretação já se sabe que mais cedo ou mais tarde a decisão perderá efeito, pois o instrumento cautelar está destinado a ter a sua aplicação restrita a um breve lapso temporal.

Diante do exposto acima, conclui-se ser desarrazoada uma prisão cautelar, por exemplo, que se perpetue por anos, tendo em vista o caráter, pelo menos em tese, provisório da medida. Essa, inclusive, é uma das duras críticas passíveis de serem feitas ao processo penal brasileiro, pois no ordenamento jurídico brasileiro não são previstos prazos máximos de duração das medidas cautelares³⁴. Devido a esse fato, uma série de abusos é constantemente visualizada ao lançar-se um olhar à jurisprudência pátria. LOPES JR. em oportuna crítica sintetizou muito bem a problemática³⁵:

“Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão.”³⁶

³²GOMES, Luiz Flavio. **Art. 282**. p. 73-74. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011

³³SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios Alternativos**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 83-86

³⁴Op. cit. p. 103-111

³⁵SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 365. No mesmo sentido: “A duração temporal do processo tem de ser devidamente demarcada, não só em respeito aos princípios constitucionais já enunciados, mas também em consideração ao princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso, a título provisório, no aguardo sem limitação temporal, do encerramento do processo penal.”

³⁶LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 62

Ainda em relação aos princípios que norteiam o tema em apreço, temos que as medidas cautelares possuem um caráter excepcional dentro do processo penal brasileiro. Da mesma forma que o direito penal deve ser mínimo, possuindo caráter subsidiário e fragmentário, sendo a *ultima ratio do sistema jurídico* a aplicação de medidas cautelares, em especial das prisões provisórias deve constituir a exceção, uma vez que a regra, por mais que a realidade empírica e o senso comum afirmem o contrário, é a liberdade. Sobre a temática LOPES JR. leciona de forma semelhante:

“A excepcionalidade 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”.³⁷

A decretação de uma medida cautelar só é viável, portanto, quando esta for necessária, ou seja, quando for indispensável para a concretização da cautela exigida pelo processo penal; em busca do seu regular trâmite³⁸.

A proporcionalidade³⁹ é um princípio que deve ser observado pelos magistrados em todas as decisões judiciais, inclusive nas referentes à decretação, ou não, do encarceramento preventivo. A prisão é uma pena muito gravosa, fragiliza o detento, sendo essa situação potencializada ao se levar em conta a realidade carcerária brasileira.

³⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.66.

³⁸ Nesse sentido: CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2ªed. Curitiba: Juruá, 2011. p.105. “Promulgada a Carta de 1988 observa-se no seu texto referência – ainda que não explícita – ao princípio da necessidade para que seja decretada ou mantida a medida constritiva, como deflui da interpretação do art. 5º, inc. LXVI, a impor a liberdade provisória quando a lei a admitir. Vale dizer: quando a cautela não se mostrar necessária. É inegável que o critério da necessidade é consectário lógico do princípio da presunção de inocência, elevado pela Constituição de 1988 à categoria de princípio constitucional, pois compatível com este princípio não se poderá considerar uma prisão preventiva desnecessária, por carente de justificação cautelar.”

³⁹ Nesse sentido: ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p.258 apud LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011. p.122. “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; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da defesa de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário”

Por isso, não deve a autoridade judiciária decretá-la quando, tendo em vista uma possível condenação, não vislumbrar de nenhum modo uma sentença que tenha como consequência o encarceramento do acusado⁴⁰, seja por estarem preenchidos os requisitos autorizadores do regime aberto, da transação penal da suspensão do processo; ou da suspensão condicional da pena, devendo, para isso, realizar uma prognose, utilizando-se da pena máxima em abstrato, afinal um doente não pode ser tratado com um remédio pior que a doença.

A restrição imposta deve ser idônea a atingir o fim proposto; e somente aplicada quando não houver outros meios menos gravosos, pois a prisão é a *ultima ratio* dentro do processo penal, jamais consistindo em uma antecipação de pena ao acusado. Segundo LOPES JR., “definido como o princípio dos princípios, a proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares”⁴¹.

O autor disserta, ainda, a respeito da tensa localização das medidas cautelares dentro do processo penal, pois estariam elas entre o respeito à liberdade e a eficácia da repressão dos delitos⁴². Ademais, a medida cautelar deve ser adequada ao fim ao qual está destinada, sendo a prisão preventiva resguardada apenas para situações extremadas. A respeito do princípio da necessidade, inerente aos instrumentos cautelares, GOMES leciona:

“O princípio da necessidade traz, em seu bojo, o princípio da intervenção mínima. A intervenção penal estatal deve ser a mínima possível. De todas as existentes, compete ao juiz escolher a que menor gravame gera para o direito fundamental da pessoa afetada. Se outras medidas existem e são suficientes, o juiz não pode optar pela mais drástica. Incide aqui o princípio da suficiência da medida menos onerosa.”⁴³

Ao se realizar um estudo a respeito dos princípios intrínsecos às medidas cautelares, percebe-se que todos guardam relação estreita com o postulado da

⁴⁰ CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2ªed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 110-111.

⁴¹ LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p.25

⁴² LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 26

⁴³ GOMES, Luiz Flavio. **Art. 282**. p. 51. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011

presunção de inocência, sendo esse o ponto de partida, a origem da principiologia do sistema cautelar brasileiro⁴⁴.

Desse modo, quanto mais respeitados forem os princípios elencados até o presente momento, maior observância à presunção de inocência será verificada. Sendo assim, os princípios das medidas cautelares são verdadeiros termômetros a fim de se detectar o quanto os direitos e garantias fundamentais do imputado encontram guarida diante do caso concreto, bem como constatar o nível de democratização atingido pelo sistema processual penal pátrio.⁴⁵

1.2. BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

As medidas cautelares são instrumentais ao processo⁴⁶, devendo ser adotadas excepcionalmente e apenas quando forem necessárias, ou seja, nas ocasiões em que não houver meios menos severos para atingir a finalidade que lhes foi atribuída, qual seja, tutelar o processo penal⁴⁷. Sua aplicação deve ser, assim, motivada e fundamentada em dados objetivos e concretos, podendo ser decretada somente pela autoridade judiciária competente, sendo necessário, ainda, perdurar por um curto prazo de tempo, uma vez que é provisória, e, apenas pode ser mantida enquanto as circunstâncias que proporcionaram a sua decretação se manterem presentes.

⁴⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. p. 20-21. *in* _____; PRADO, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011

⁴⁵ Nesse sentido: “A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*. E só voltou a ser estigmatizada com o iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio “nulla pena, nulla culpa sine iudicio” e à redescoberta do processo acusatório.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 508.

⁴⁶ Sylvio p.251

⁴⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. p. 20-21. *in* _____; PRADO, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011.

Essa seria a concretização perfeita do uso das medidas cautelares na prática forense. Todavia, a realidade é bem distinta se comparada ao ideário aqui apresentado. Ao se realizar uma análise a respeito das decisões judiciais, bem como dos dados a elas relativos, além de se apreciar as estatísticas referentes ao número de encarceramentos, facilmente perceber-se-á o incorreto uso das medidas cautelares, principalmente da prisão preventiva (espécie de prisão cautelar⁴⁸), a qual evoluiu de exceção à regra.

Um estudo realizado pela pesquisadora do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes, Natália Macedo, a qual teve como base dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão pertencente ao Ministério da Justiça, é constatou que no ano de 2010 o Brasil atingiu um total de 498.500 presos, sendo que 219.200 deles, 44% do total, estão encarcerados provisoriamente⁴⁹.

Em 20 anos a população carcerária aumentou 450%, enquanto que a população brasileira como um todo teve um crescimento de aproximadamente 32%. Em 1990, tínhamos cerca de 16.200 presos provisórios, o que correspondia a 18% do total, todavia, enquanto o número de presos definitivos aumentou 258% nessas duas décadas, o total de presos provisórios aumentou por volta de 1253%.⁵⁰

Quando o foco recai sobre o Estado do Paraná, vislumbra-se que a situação parece apenas se agravar, pois apesar de ser o 6º estado brasileiro em número de habitantes, ocupa a 3ª colocação quando o referencial é a população carcerária.

Com relação aos presos em delegacias a situação é ainda mais lastimável. O Brasil apresenta 57.195 encarcerados em verdadeiras masmorras, sendo que o Paraná é o estado com maior número de pessoas vivendo custodiadas nesses locais, são 15.328 presos em delegacia, quase um terço do total, ganhando de Estados como São Paulo e Minas Gerais, os quais apresentam um número muito

⁴⁸ “A prisão cautelar pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade em um estabelecimento penitenciário de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, formula-se uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, com a finalidade cautelar de garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução para evitar um risco: (a) de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.” SANGUINÉ, Odone. **Efeitos perversos da prisão cautelar in** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18. n.º86. set-out, 2010. p. 290.

⁴⁹ Disponível na Internet em: http://www.ipcluizflaviogomes.com.br/dados/Sistema_Penitenciario.pdf.

⁵⁰ Idem.

maior de habitantes⁵¹. Se o aumento de presos provisoriamente continuar na proporção atual, em breve observar-se-ão mais segregados com *status* cautelar do que presos definitivamente (com sentença penal transitada em julgado)⁵².

GOMES, ao realizar em sua obra uma análise a respeito das estatísticas angariadas pelo seu instituto (e baseadas em dados do Departamento Penitenciário Nacional e do Conselho Nacional de Justiça), traz profundas reflexões a respeito da realidade carcerária brasileira. Leia-se:

“O sistema carcerário brasileiro retrata uma das maiores atrocidades de todos os tempos no nosso país. A história de horror das penas supera em muito o horror dos crimes (Ferrajoli). A desumanidade indescritível das prisões só é suportada pela sociedade brasileira, de forma resignada, em razão da irracionalidade da nossa forma (alienada de viver na era da globalização da riqueza (para alguns) e da miséria (para milhões).”⁵³

Ainda a respeito do tema, o autor prossegue com seus apontamentos, tecendo uma dura crítica ao sistema penitenciário nacional e a falta de estrutura que lhe é latente:

“O sistema carcerário brasileiro e, dentro dele, a prisão provisória (também chamada de prisão cautelar preventiva), é um dos problemas e dos entraves mais chocantes da nossa evolução civilizatória. Não existe prisão no nosso país que atenda todas as exigências internacionais, constitucionais e legais.

A teoria, na prática, é bem diferente. O plano do dever ser (normativo) é bem distinto do ser (realidade). As normas jurídicas dizem como deveriam ser os presídios. A triste e horrível realidade não corresponde em quase absolutamente nada a essa teoria.

Não existe preso que não esteja recolhido num desses depósitos de forma inconvenção, inconstitucional e ilegal. A única explicação (que não se confunde com justificação) para isso é o nosso estado de guerra civil permanente (Luís Mir) de todos contra todos (como descreve o filósofo Hobbes, em seu livro *Leviatã*).”⁵⁴

⁵¹ Idem.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 114. (Coleção Pensamento Criminológico). “Em síntese, na América Latina há um desdobramento do sistema penal oficial em sistema penal cautelar e sistema penal de condenação, sendo o primeiro mais importante do que o segundo, dado que abarca a imensa maioria da criminalização, produto de infrações de média e pequena gravidade. O direito penal autoritário reconhece a natureza penal e procura ampliá-la, ou melhor, sem reconhecer-lhe esse caráter, nega toda a vigência ao princípio da inocência, ao passo que a doutrina liberal lhe nega caráter penal, com o objetivo de reduzir seu âmbito, sem perceber que, ao mesmo tempo, o está legitimando, sem que isso redunde em resultados práticos redutores.

⁵³ GOMES, Luiz Flavio. Art. 282. p. 75. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flavio. Art. 282. p. 28. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011.

A respeito da banalização da aplicação da prisão cautelar no Brasil, em especial da prisão preventiva, LOPES JR. disserta com relação ao uso da prisão, realizada logo após a prática delitiva, como remédio para curar as falhas e suprir as exigências oriundas da busca pela “defesa social”.

“Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.”⁵⁵

1.3. PROJETO DE LEI 156/09

O atual Código de Processo Penal, datado do ano de 1941, com vigência iniciada em 1º de janeiro de 1942, foi inspirado no Código de Processo Penal Italiano (Código Rocco), de 1930, que entrou em vigor em 1931⁵⁶. Vale destacar que isso se deu em um período no qual os regimes de governo totalitários encontravam-se instalados em diversos países, entre eles a Itália, berço do Fascismo⁵⁷.

O direito é um produto histórico e, por isso, constitui um reflexo da conjuntura social presente no momento de sua construção. Destarte, o Código de Processo Penal Brasileiro, inspirado no Código Rocco⁵⁸, encontra reproduzido em seu texto, mesmo que disfarçadamente, o caráter repressivo e autoritário característico dos regimes totalitários.

É certo que em tais regimes de governo as garantias individuais e os direitos humanos não possuem qualquer valor, sendo desrespeitados a todo o momento, dando espaço a um processo penal inquisitório, no qual a produção da prova é conduzida por um juiz inquisidor, ocorrendo a antecipação da pena e a prisão torna-se regra.

⁵⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67.

⁵⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 2008. 198f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 29/09/2008. p. 80-81

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.509-511

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. In: _____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-17.

Percebe-se, então, a incompatibilidade dessa legislação processual penal com a Constituição Federal de 1988⁵⁹, que traz em seu texto um rol de direitos e garantias individuais, tais como a presunção de não culpabilidade, o devido processo, a ampla defesa, o contraditório, a dignidade da pessoa humana e a liberdade, sendo que restrições a este último direito somente são possíveis quando extremamente necessárias, devendo ser motivadas e fundamentadas.

Importante salientar, ainda, que a Carta Magna adotou o sistema processual penal acusatório⁶⁰, no qual, ao menos em tese, o juiz é um expectador imparcial que assiste às partes produzirem as provas, observando a ampla defesa, o contraditório e todas as demais garantias processuais penais.

Diante dessa situação, o legislador brasileiro vinha promovendo diversas alterações no que tange às leis processuais penais, alterando-as em blocos a fim de que o *Codex*, o qual dispõe sobre a temática, fosse adequado à Constituição Federal, perdendo suas características inquisitórias. No entanto, percebeu-se que essas modificações pontuais não eram suficientes para cumprir a função a qual estavam destinadas, qual seja, democratizar o processo penal, pois o Código referente a esta matéria foi pouco a pouco se tornando uma colcha de retalhos⁶¹, vez que remendado a todo o instante.

Atentou-se, então, pela necessidade de uma mudança estrutural do processo penal brasileiro, a qual só seria possível com a emergência de um novo diploma legal. Renomados juristas uniram-se e produziram um anteprojeto de Código Processo Penal, o qual se transformou no projeto de lei 156/2009⁶², que após passar por comissões e sofrer diversas emendas, foi aprovado no Senado Federal em dezembro de 2010 e aguarda ser colocado em pauta na Câmara dos Deputados.

⁵⁹ Exposição de Motivos do projeto de novo Código de Processo Penal (PL/156/09). Disponível em: <http://www.juareztavares.com/Textos/anteprojeto.pdf>.

⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP**. In: _____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009**, do Senado Federal. v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.20-21

⁶¹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **As medidas cautelares pessoais no projeto de código de processo penal – PLS nº 156/2009: Uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência**. p. 248. *in*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁶² Redação final disponível no sítio eletrônico: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>

O novo Código de Processo Penal pode estar muito longe da perfeição, mas, sem dúvida alguma, está bem mais adequado à Constituição Federal; e às garantias por ela elencadas; do que o atual diploma legal. Resta clara também, a tentativa de estabelecer efetivamente um sistema penal acusatório, retirando do juiz a função de produzir as provas, deixando-a nas mãos das partes, buscando-se a efetivação da separação entre as funções de acusar e julgar.

A prisão preventiva passa a ser disciplinada a partir do artigo 556 e o novo Código de Processo Penal acrescentou às hipóteses ensejadoras da custódia cautelar já existentes a extrema gravidade do fato e a prática reiterada de crimes pelo mesmo autor. Sendo assim, esses dois argumentos que atualmente servem para fundamentar a prisão cautelar para garantia da ordem pública ganham autonomia e não mais podem ser utilizados desse modo.

Os três parágrafos do artigo 556⁶³ são reflexos do entendimento já consolidado pelos tribunais superiores de que a prisão preventiva não pode configurar antecipação da pena nem ser justificada somente com base no clamor público, além de que apenas caberá a custódia cautelar quando nenhuma outra medida menos gravosa for possível de aplicação.

As mudanças mais importantes trazidas pelo novo Código de Processo Penal referem-se ao rol de hipóteses de medidas cautelares pessoais, ao prazo de duração da custódia preventiva e ao reexame obrigatório. No ordenamento jurídico vigente até 05 de julho de 2011, eram encontradas apenas duas alternativas, a decretação da prisão preventiva ou a manutenção da liberdade, não havia opções diversas das mencionadas, corroborando para que muitas decisões proferidas pelos magistrados fossem desproporcionais⁶⁴.

⁶³Art. 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.

§ 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.

⁶⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 132-134

Essa foi uma das principais causas da banalização da custódia cautelar, pois na dúvida entre manter-se um inocente preso ou um culpado solto, infelizmente, na maioria das vezes, optava-se pela primeira alternativa, não se respeitando aqui a célebre frase “mais vale um culpado solto do que um inocente preso⁶⁵.” A mencionada escolha obviamente viola a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois em ambos os diplomas a liberdade é tida como a regra⁶⁶.

O artigo 533⁶⁷ do projeto do novo Código de Processo Penal traz um rol de medidas cautelares pessoais, as quais permitirão decisões mais justas e proporcionais ao caso concreto, diminuindo-se o número de decretações de prisão preventiva.

Outro aspecto muito importante é relativo ao prazo de duração da prisão processual, a qual não possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro, existindo apenas alguns critérios que são seguidos pela jurisprudência, mas não raras vezes sofrem uma relativização, conforme o caso concreto, sobretudo com o uso do

⁶⁵ SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios Alternativos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. p.57 “Nenhum inocente pode ser punido, mesmo que isso signifique a não punição de alguns indivíduos que praticaram atos delitivos. Nos regimes mais voltados para a defesa social, ocorre o contrário, uma vez que em detrimento das liberdades públicas, a liberdade individual é minimizada em favor da maior eficiência do sistema punitivo, acreditando-se na falsa ideia de que esses dois objetivos são incompatíveis entre si.”

⁶⁶ Trecho da Exposição de motivos do Projeto de Lei nº156/09. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>. “Isso significa, em primeiro lugar, em linguagem coloquial, que o remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade. Ou seja, as medidas cautelares deverão ser confrontadas com o resultado de uma provável condenação, para se aferir eventual excesso na dose. Fica vedada, pois, a aplicação de medida cautelar que, em tese, seja mais grave que a pena decorrente de eventual sentença penal condenatória. No mais, o recurso à prisão somente será legítimo quando outras medidas cautelares revelarem-se inadequadas ou insuficientes.”

⁶⁷ Art. 533. São medidas cautelares pessoais:

- I – prisão provisória;
- II – fiança;
- III – recolhimento domiciliar;
- IV – monitoramento eletrônico;
- V – suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública;
- VI – suspensão das atividades de pessoa jurídica;
- VII – proibição de frequentar determinados lugares;
- VIII – suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave;
- IX – afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima;
- X – proibição de ausentar-se da comarca ou do País;
- XI – comparecimento periódico em juízo;
- XII – proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada;
- XIII – suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte;
- XIV – suspensão do poder familiar;
- XV – bloqueio de endereço eletrônico na internet; 99
- XVI – liberdade provisória.

argumento “complexidade do fato”⁶⁸ para justificar a referida medida. Normalmente fala-se que a prisão processual deveria ter uma duração máxima de 81 dias, pois esse é o período de tempo que deveria compreender toda a instrução processual, mas como esta raramente é finalizada dentro deste prazo, a manutenção da custódia cautelar também é estendida.

Essa falta de previsão deu origem a diversas situações em que a prisão preventiva perdurou durante três⁶⁹, quatro⁷⁰, até seis anos⁷¹, sendo em alguns casos mais severa que a pena a ser cominada no final do processo, servindo não só como antecipação de pena, mas agravando-a, algo que não possui qualquer sentido, pois a custódia cautelar é um instrumento que visa à tutela do processo, sendo que este existe para que se busque uma pena. Por isso, é inadmissível que uma medida cautelar seja mais gravosa que o próprio processo; esse não pode servir de punição, mas sim de meio para se chegar a uma eventual pena.

Desse modo, em que pese seja difícil estabelecer um prazo rígido para a duração da custódia cautelar, faz-se necessário que haja balizas que possam fixar limites à referida medida, bem como critérios específicos que auxiliem a atuação dos aplicadores do direito, não lhes deixando totalmente livres para estabelecer prazos, evitando, desta forma, que haja abusos, a fim de que as medidas cautelares de forma alguma se destinem à antecipação da pena.

O projeto de novo Código de Processo Penal, inspirado nos ordenamentos europeus, traz uma série de critérios (prazos máximos), disciplinados nos artigos 558-561, os quais devem ser observados pelo juiz na hora da manutenção; ou revogação da custódia cautelar⁷².

Outra previsão muito importante realizada pelo projeto foi o reexame obrigatório⁷³ da decisão que decretou a prisão preventiva, que deverá ocorrer em

⁶⁸ A propósito os seguintes julgados: STJ - HC nº 179999/PA (DJ 01/02/2011); HC nº 172623/ SP (DJ 01/02/2011) e HC nº 154543/PR (DJ 14/02/2011). STF - HC nº 102119/ES (DJ 25/06/2010); HC nº 101218/CE (DJ 30/04/2010) e HC nº 97967/SP (DJ 16/04/2010).

⁶⁹ STF - HC nº 94594/SP (DJ 29/03/2011).

⁷⁰ STF - HC nº 86575/ES (DJ 13/04/2007)

⁷¹ STF - HC nº 106435/SP (DJ 03/12/2010) e STJ – HC nº129079/PE (DJ 03/08/2009).

⁷² CROZARA, Rosberg Souza. **Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência**. p.283-284 in: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

⁷³ 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,

determinados momentos do processo. A situação que deu ensejo à decretação da custódia cautelar pode possuir caráter temporário e desaparecer com o decorrer do tempo, e, sendo assim, não haverá mais motivos para que a prisão seja mantida.

Destarte, foi criada mais uma forma de evitar ao máximo a ocorrência de abusos cometidos pelo poder estatal, com o objetivo de que indivíduos que estejam presos preventivamente, mas não possuam os requisitos para a manutenção da custódia cautelar, recuperem seu *status libertatis* por decisão concedida *ex officio* pelo juiz.

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.

CAPÍTULO DOIS – A LEI 12403

2.1. AS INOVAÇÕES ORIUNDAS DO NOVO DIPLOMA LEGAL

No capítulo anterior foram elencadas e apresentadas as principais mudanças previstas no PL 156/09 (projeto do novo Código de Processo Penal) relativas à temática das prisões processuais e das medidas cautelares diversas da prisão. Em que pesem as diversas emendas às quais o anteprojeto, e posterior projeto, foi submetido no decorrer do longo trâmite legislativo, ainda havia no cenário jurídico brasileiro, principalmente entre os militantes da área criminal, um clima de grande euforia, pois parecia estar cada vez mais latente a promulgação do novo Código de Processo Penal.

Eis que, sem prévio aviso, ressuscita-se o Projeto de Lei nº4208/2001⁷⁴, pertencente ao processo de mudanças pontuais da legislação processual penal, do qual são oriundas, por exemplo, as Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas do ano 2008. Após a entrada em vigor das mencionadas leis ficou mais do que nítido que o Código de Processo Penal Brasileiro havia se tornado uma “colcha de retalhos”⁷⁵, sendo remendado de tempos em tempos em alguns de seus tópicos.

O último e mais atual remendo é derivado do projeto de lei que foi retirado da gaveta e deu origem à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. O referido diploma legal entrou em vigor 60 dias após a sua publicação (ocorrida em 05 de maio de 2011), ou seja, no dia 05 de julho de 2011, disciplinando as questões relativas às prisões processuais, à liberdade provisória e às medidas cautelares diversas da prisão⁷⁶.

Muitas das discussões trazidas pelo PL 156/09 foram simplesmente abandonadas, até porque esse projeto é contemporâneo ao PL 4208/2001, que à época de sua elaboração sofreu muitas mutilações, mas após ser “redescoberto” pela Câmara dos Deputados não passou por nenhuma discussão, em que pese já se encontrasse desatualizado. Diante do atual contexto, nota-se que a entrada em vigor de um novo Código de Processo Penal, contemporâneo à Constituição da República de 1988, de viés acusatório e democrático, restou prejudicada, e, no

⁷⁴ LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 2-3.

⁷⁵ Op. cit. p.1.

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011. p. 3-8.

momento, até mesmo esquecida⁷⁷, talvez propositadamente, devendo, então, os operadores do direito trabalharem da forma mais democrática o possível com um código de ranço fascista, autoritário e inquisitório.⁷⁸

Dentre as diversas mudanças trazidas pela Lei 12403/2011 a principal e mais significativa delas, sem sombra de dúvidas, foi o fim da bipolaridade das medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal brasileiro⁷⁹. Este com certeza foi um grande avanço na busca de um sistema processual penal mais democrático e capaz de respeitar as garantias do indivíduo ao qual se imputa uma prática delituosa.

Antes da entrada em vigor do supracitado diploma legal havia uma pobreza morfológica que acarretava inúmeras injustiças, uma vez que o magistrado ao se deparar com o caso concreto possuía duas alternativas, ou prendia provisoriamente, ou concedia (ou mantinha) a liberdade do acusado⁸⁰. Destarte, percebe-se que o juiz estava de mãos atadas, pois não possuía instrumentos para lidar com as situações de urgência e, além disso, não dispõe de um poder geral de cautela, devendo restringir-se aos mecanismos previstos em lei⁸¹.

Neste ponto, fica clarividente a cultura inquisitória que permeia e perpassa a sociedade brasileira, pois na dúvida o imputado era preso, e, portanto, a exceção virou regra e o número de presos provisórios cresceu vertiginosamente. A lógica do princípio da presunção de inocência foi totalmente invertida, e o réu era tido como culpado logo no início do processo, ou mesmo antes disso, ao longo da investigação

⁷⁷ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 487-488.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 1-3.

⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. p. 07-209. in GOMES FILHO, Antônio Magalhães; PRADO, _____; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flavio. **Art. 282**. p. 27-29. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011.

⁸¹ FERNANDES, Antonio Scarance; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 33-34. “é norma basilar de um Estado Democrático de Direito que, no âmbito criminal (penal ou processual penal), somente poderá acontecer coerção da esfera de direitos individuais se houver lei anterior clara, estrita e escrita que a defina (*nulla coertio sine lege*). A legalidade, que deve obedecer a todos os ditames constitucionais de produção legislativa, confere a um só tempo (a) a segurança jurídica a todos os cidadãos para conhecerem em quais hipóteses e com que intensidade os agentes persecutórios podem agir e, também (b) a previsibilidade necessária para, de antemão, saber quando os agentes públicos agem dentro dos limites legais e se estão autorizados a restringir os direitos fundamentais”.

policial. A liberdade nunca havia sido tão provisória no processo penal tupiniquim motivo principal pelo qual se deu a banalização da prisão cautelar.

LOPES JR. também adota posicionamento crítico a respeito da pobreza morfológica que se perpetuava no sistema processual penal pátrio, veja-se:

“A bipolaridade cautelar do sistema brasileiro (SCHIETTI) reduz a complexidade do sistema a duas situações: ou o acusado responde ao processo com total privação de sua liberdade, ou, então, lhe é concedido o direito à liberdade provisória. Daí por que a pobreza morfológica do sistema cautelar brasileiro faz com que a percepção do seu funcionamento se dê, quase sempre, a partir de um dos dois extremos patológicos: da banalização da prisão preventiva ao sentimento de impunidade pela liberdade sem restrições (ou com parcas e insatisfatórias restrições).”⁸²

O novo artigo 319⁸³ do Código de Processo Penal traz uma série de medidas cautelares⁸⁴ as quais podem ser impostas de forma isolada ou mesmo serem cumuladas no intuito de obter a maior eficácia do processo, tutelando-o, sem impor ao acusado restrição desproporcional ou desnecessária a seus direitos e garantias fundamentais, visando à superação das falhas e incoerências existentes, conforme pontua GOMES FILHO:

“A Lei 12.403/2011, ao prover medidas alternativas ou substitutivas à prisão preventiva, buscou superar essa incoerência entre os sistemas

⁸²LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.133.

⁸³“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

II - 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;

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

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

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - 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;

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

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

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” (NR)

⁸⁴LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 119-137

penal e processual penal, colocando à disposição do juiz uma série de outros instrumentos capazes de assegurar a realização do processo e os seus resultados, sem com isso sujeitar o indivíduo ao encarceramento, com os malefícios que sabidamente causam ao acusado ainda não definitivamente condenado”.⁸⁵

Após a entrada em vigor da Lei 12403/2011 restou nítida a impossibilidade do juiz decretar, de ofício, sem requerimento da autoridade policial ou do MP, a prisão preventiva do investigado, ainda no momento pré-processual⁸⁶. Sem dúvida esse foi um avanço, pois quanto menos o juiz da causa puder interferir em sede de investigação preliminar, mais distante se estará do sistema inquisitório⁸⁷.

No entanto, perdeu-se grande oportunidade de extirpar do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade do magistrado decretar de ofício a prisão preventiva ou a imposição de outra medida cautelar⁸⁸. GOMES FILHO aduz que a manutenção dessa faculdade atribuída ao juiz é incompreensível, colocando em cheque o sistema acusatório adotado pelo Constituinte em 1988, note-se:

“Não se compreende, por isso, a razão de ter sido mantida na Lei 12043/2011 a possibilidade de adoção pelo juiz, *ex officio*, de medidas cautelares pela disposição comentada e, ainda, pelo art. 311, da prisão preventiva. No processo acusatório, a atribuição do impulso processual exclusivamente às partes atende ao interesse superior de assegurar a imparcialidade do juiz, como terceiro desinteressado na solução do litígio. A atribuição desse poder, assim como sucede em relação às iniciativas instrutórias, pode romper o necessário equilíbrio entra as partes, trazendo o perigo de transformar-se o magistrado em coadjuvante dos órgãos incumbidos da persecução.”⁸⁹

PACELLI, por sua vez, entende que a prisão preventiva decretada *ex officio* não possui vício de constitucionalidade, nem representa violação ao sistema

⁸⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**.p. 40. *in*____; PRADO, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011

⁸⁶ Lei 12403/2011, art. 282 §2º. “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.

⁸⁷COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP**. In: ____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009**, do Senado Federal. v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.17-35.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 64.

⁸⁹Opcit.P.44 (Livro Badaró).

acusatório, consistindo, ao contrário, em regular atuação jurisdicional no processo⁹⁰. Todavia, para o autor, não caberia ao magistrado decretar a todo tempo a custódia cautelar *ex officio*, sendo esta medida destinada aos casos de violação de direito individual, nas quais a autoridade judiciária apenas estaria exercendo sua missão de proteção aos direitos fundamentais.

Em semelhante viés, LOPES JR. atesta a infelicidade do legislador brasileiro em possibilitar que o juiz, de ofício, decrete a prisão cautelar na modalidade preventiva, argumentando que a imparcialidade do magistrado restaria prejudicada, fato que o aproximaria à figura de um inquisidor, situação essa incompatível com o sistema acusatório⁹¹.

Outro ponto digno de destaque é o instituto da fiança⁹², que havia perdido importância no ordenamento jurídico pátrio, principalmente a partir da entrada em vigor da Lei 6.416/77⁹³, diploma legal que possibilitava ao juiz, desde que ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, conceder liberdade provisória sem fiança. Portanto, esse mecanismo recuperou o seu valor no processo penal brasileiro, configurando-se como uma modificação bastante significativa derivada da nova legislação vigente.

A fiança poderá ser imposta concomitantemente à liberdade provisória, sendo, portanto, vinculada a esta, tendo caráter de contracautela⁹⁴ em relação à prisão em flagrante (art. 310, *caput*, inciso III do Código de Processo Penal)⁹⁵, ou,

⁹⁰ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 561

⁹¹ LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 64

⁹² MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403 de 4-5-2011**. São Paulo: Saraiva. p. 261. "A fiança é uma garantia real que se presta com a finalidade de ter restituída a liberdade de alguém e para que assim permaneça durante o transcurso de investigação policial ou processo criminal relacionados ao delito que se lhe imputa. Pode ser efetivada mediante pagamento em dinheiro ou entrega de bens e valores. Na dicção do inalterado art. 330 do CPP, a fiança consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, título da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar."

⁹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011. p. 402-403 e MACIEL, Silvio. **Art. 321**. p. 194-195 *In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. São Paulo, RT, 2011.

⁹⁴ SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios Alternativos**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 158.

⁹⁵ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou

então, de forma autônoma, como medida cautelar diversa da prisão preventiva, prevista no artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal, podendo ser imposta isoladamente ou em conjunto com outros provimentos⁹⁶.

MARCÃO distingue as duas modalidades de fiança, uma vez que quando o instituto for aplicado logo após o flagrante delito será tido como direito subjetivo do investigado, o que não ocorrerá na hipótese prevista no artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal, pois nesta circunstância o instrumento cautelar será uma alternativa à prisão preventiva⁹⁷.

Segundo LOPES. JR., a fiança foi revitalizada e agora possui um amplo espaço dentro do qual poderá ser aplicada. Aliado a esse fato houve a previsão da possibilidade de imposição de valores elevados, a depender do caso concreto, fator que auxilia na eficiência da medida a fim, por exemplo, de evitar fugas⁹⁸.

Por outro lado, RANGEL aduz que o instituto da fiança mais uma vez teria ficado em segundo plano, tendo sido relegado, uma vez que essa suposta autonomia seria apenas aparente, fantasiosa, oriunda de um olhar superficial direcionado à Lei, sem que tenha sido feita uma análise sistemática aprofundada sobre o tema⁹⁹.

Não obstante o posicionamento do professor da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro), ao que parece as hipóteses de utilização da fiança se expandiram¹⁰⁰, pois, de acordo com a atual legislação, a fiança não servirá apenas como medida de contracautela, configurando-se, também, como medida cautelar

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação." (NR)

⁹⁶GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**, p. 21. *in* _____; PRADO, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011. 257-258

⁹⁷MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403 de 4-5-2011**. São Paulo: Saraiva. p. p. 262

⁹⁸LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 159.

⁹⁹RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 822

¹⁰⁰Nesse sentido: Aury Lopes JR. Eugênio Pacelli de Oliveira, Luiz Flávio Gomes, Renato Brasileiro de Lima, Renato Marcão, Rogério Schiatti Machado Cruz

autônoma, que poderá ser imposta isoladamente ou cumulada com outro mecanismo emergencial (previsto no artigo 319 do Código de Processo de Penal), a fim de se evitar a custódia preventiva.

2.2. REQUISITOS E PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DA PRISÃO PREVENTIVA.

No processo civil para que haja a tutela cautelar é necessário que se demonstre o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora). Deste modo, ao verificar-se a verossimilhança do direito pretendido e, cumulativamente a isso, o perigo na demora da prestação jurisdicional caberá ao juiz conceder a tutela de urgência a fim de preservar o objeto da demanda processual¹⁰¹.

No início do presente trabalho vimos a instrumentalidade da qual as medidas cautelares são dotadas no âmbito no processo penal, vislumbrou-se, também, que as categorias do processo civil não podem ser simplesmente transportadas para o processo penal, pois, via de regra, são inadequadas a este ramo do direito, precisando sofrer um processo de compatibilização.

Destarte, tomando por base os estudos realizados na seara civil e observando-se as peculiaridades do processo penal, temos que neste ramo do direito os requisitos para a decretação da prisão cautelar, em especial a modalidade preventiva, são o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*¹⁰².

O *fumus comissi delicti* se traduz na probabilidade da prática delituosa ter sido perpetrada por aquele que terá seu direito restrito por medida cautelar. Exige-se, para tanto, que haja prova da real existência da materialidade do delito, ou seja, que existam elementos que demonstrem que realmente houve um delito. Outrossim, é necessário que existam “indícios suficientes” de que o imputado ou investigado tenha sido o autor do delito, não basta mera possibilidade, faz-se imprescindível um juízo de probabilidade de autoria¹⁰³.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28-31.

¹⁰² Nesse sentido: Aury Lopes JR., Eugenio Pacelli de Oliveira, Luiz Antônio Câmara, Luiz Flávio Gomes, Paulo Rangel, Renato Brasileiro de Lima.

¹⁰³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010P. 104-108

O crime é justamente o oposto a ideia de bom direito, por isso o uso da expressão “*fumus boni iuris*”¹⁰⁴ seria completamente inadequado. SILVEIRA FILHO afirma que “pelo fato do crime ser a antítese do bom direito, se torna imprópria a terminologia civilista *fumus boni iuris*”¹⁰⁵. O professor CÂMARA sintetiza a questão de forma bastante clara:

“O primeiro dos pressupostos diz respeito à prova do delito: somente se autoriza a custódia cautelar em caso de prova forte, robusta, da existência do ilícito penal. A letra da lei não deixa margem a qualquer espécie de dúvida: 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”¹⁰⁶

Ainda em relação ao *fumus comissi delicti* o autor prossegue:

“É certo que não se exige prova absoluta de que tenha o delito sido praticado por aquele cuja prisão se quer ver decretada ou se decreta. Todavia, 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, como frisa Borges da Rosa. Conforme Maier tem-se aí uma *probabilidade positiva*. Frise-se que mero juízo de *possibilidade* não autoriza a decretação da medida excepcional.”¹⁰⁷

Enquanto isso, o *periculum libertatis*, outro requisito necessário à segregação cautelar, determina que deva haver uma situação de perigo resultante da liberdade do imputado, ou investigado. Essa periculosidade tem que ser atentatória à conveniência da instrução criminal, aplicação da lei penal, ordem pública ou ordem econômica¹⁰⁸.

¹⁰⁴LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011.p. 38. “Como destaca Aury Lopes Jr., se o delito é a própria negação do direito, como se pode afirmar que a decretação de uma prisão cautelar está condicionada à comprovação da fumaça do bom direito? Ora, não é a fumaça do bom direito que determina ou não a prisão de alguém, mas sim a comprovação por elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que o delito foi cometido por aquela pessoa que se pretende prender.”

¹⁰⁵SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **As medidas cautelares pessoais no projeto de código de processo penal – PLS nº 156/2009: Uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência**. p. 253. *in*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁰⁶CÂMARA, Luiz Antônio. *Medidas cautelares pessoais: Prisão e liberdade provisória*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 127.

¹⁰⁷CÂMARA, Luiz Antônio. Op. cit. p.128

¹⁰⁸Art. 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.

Com relação a este conceito, também não seria possível realizar mera importação da seara civilista, transportando-se o denominado “periculum in mora”, pois no processo penal o perigo não é derivado da demora da prestação jurisdicional, mas sim do *statuslibertatis* do acusado, que dê alguma forma ameace a eficácia do processo, conforme as hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal. LOPES JR. disserta sobre a impropriedade semântica do termo “periculum in mora” no que tange o processo penal:

“O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição de prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.”¹⁰⁹

Passaremos agora a analisar as hipóteses nas quais o estado de liberdade do indivíduo poderá dar ensejo à decretação da segregação cautelar, ou seja, quando representar risco à ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal.

De início, é imperioso destacar que as duas primeiras hipóteses são destituídas de cautelaridade, pois não configuram instrumentos de tutela ao processo, sendo maculadas e perpassadas por funções apócrifas¹¹⁰, diversas daquelas as quais as medidas cautelares são destinadas¹¹¹. A garantia da ordem pública é taxada pelos doutrinadores de índole garantista¹¹² como conceito amplo, vago, passível de receber todo e qualquer tipo de fundamentação, destituída de

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).” (NR).

¹⁰⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.56.

¹¹⁰ SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: Revista de estudos criminais**. TEC-PUC/RS, nº10. Sapucaia do Sul. Notadez, 2003, p. 113. “Os fundamentos apócrifos da prisão preventiva – que também poderiam denominar-se fundamentos não-escritos, ocultos ou falsos, além de supor uma violação do princípio constitucional da legalidade da repressão (*nullacoactiosine lege*), permitem que a prisão preventiva cumpra funções encobertas, não declaradas, mas que desempenham um papel mais importante na *práxis* processual do que as funções oficiais propriamente ditas.”

¹¹¹ PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória– Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**.p. 138-140. in GOMES FILHO, Antônio Magalhães; _____, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011.

¹¹² Nesse sentido: Aury Lopes JR, Eugênio Pacelli de Oliveira, Geraldo Prado, Luigi Ferrajoli, Luiz Antônio Câmara, Odone Sanguiné e Sylvio Lourenço da Silveira Filho.

função cautelar e dotada de inconstitucionalidade¹¹³. PRADO não destoa dessa corrente de autores asseverando que:

“O caráter material da prisão preventiva para garantia da ordem pública e a sua indefinição conceitual contribuem para o desvio de função da própria prisão provisória, que passa a ser empregada como antecipação de pena e forma de dar satisfação aos anseios punitivos difundidos no meio social. A inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa punição, o castigo, o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade.”¹¹⁴

Conceitos vagos e indeterminados¹¹⁵ tais qual a “ordem pública” dão margem a decisões genéricas, repletas de frases “modelo”, utilizáveis em qualquer situação, e, por isso, inadequadas a motivar as decisões judiciais, não representando fundamentação válida e em harmonia com as vicissitudes do caso concreto¹¹⁶. Devido às características elencadas até aqui, torna-se possível aos magistrados

¹¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.3. 32.ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2010. p.553. “O encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem pública” diz tudo e não diz nada”

¹¹⁴ PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória– Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**.p. 142-143. in GOMES FILHO, Antônio Magalhães; _____, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011,

¹¹⁵ CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: Prisão e liberdade** provisória. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 131. “A formulação do pressuposto, como inserta no art. 312 do Código de Processo Penal, é assaz perigosa para a liberdade dos indivíduos. Formulado em termos extremamente genéricos, deixa ao juiz uma margem exagerada de apreciação. Assim, é extremamente fácil restringir a liberdade individual sob o pretexto de que a *garantia da ordem pública* se encontra ameaçada. A experiência mostra que o perigo é real. A indevida manutenção do pressuposto cautelar com tão ampla margem interpretativa é, inclusive, contrária à lógica sistemática não só do processo penal cautelar, como, inclusive, do próprio processo penal, contrapondo-se à discricionariedade cognitiva que deve conduzir os atos decisórios em sede de cautela penal, conforme antes já explicitado.”

¹¹⁶ SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 90. “Intoleráveis, portanto, decisões judiciais que se limitam a uma vasta repetição de jargões ou de expressões jurídicas abstratas, reprodutoras, muitas vezes, de um comodismo intelectual daqueles a quem a parte confiou uma prestação jurisdicional mais qualificada. De qualquer modo, é dever do magistrado explicitar o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, se forem indicados os motivos pelos quais, se decreta a prisão, não sendo satisfatório, evidentemente, limitar-se a autoridade judicial a dizer que a prisão temporária é imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I do art. 1º da Lei 7960/89), ou que a liberdade do acusado põe em risco a ordem pública (art. 312 do CPP).”

decidirem das mais diversas formas, não observando as “regras do jogo”, conforme lição de ROSA:

“As regras dos jogos são esquecidas por um discurso empolado, bonito, valorativo, emitido pelos imaginariamente ‘bons’, por aqueles que sabem o que é melhor para a sociedade e acusados, afinal, exercem as funções de juízes na sociedade em nome do OUTRO. O princípio da legalidade é desterrado e as concepções criminológicas e infracionais arraigadas no inconsciente do um-julgador afloram”¹¹⁷

Segundo a maioria dos autores a garantia da ordem econômica é destituída de cautelaridade¹¹⁸, podendo ser tida como uma espécie do gênero ordem pública, voltada, no entanto, à proteção do mercado financeiro.¹¹⁹ Portanto, o referido instrumento não é apto a embasar um decreto de imposição de prisão cautelar, pois ofende ao princípio da presunção de inocência, sendo, deste modo, inconstitucional¹²⁰.

Grande parte da doutrina entende que as hipóteses de decretação da prisão preventiva fundamentadas no risco à aplicação da lei penal ou à conveniência da instrução criminal são de natureza cautelar, visando à tutela e proteção do processo¹²¹. O fundamento da conveniência da instrução criminal¹²² recebe guarida

¹¹⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal? A bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 271-272.

¹¹⁸ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª ed Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p. 192. “Todavia, não resta dúvida de que nessas hipóteses a prisão provisória afasta-se, por completo, de sua natureza cautelar instrumental e/ou final, transformando-se em *meio* de prevenção especial e geral e, portanto, em **punição antecipada**, uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como a consequentedesestimulação de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal.”

¹¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.3. 32.ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2010. p.557. “como a prisão decretada como *garantia da ordem econômica* não apresenta caráter cautelar, é medida esdrúxula, estúpida, grosseira. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes, tem acentuadas e inequívocas funções repressivas.”

¹²⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.144-145

¹²¹ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 547. “As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (ação penal). Nesse sentido ainda: LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 126-133.

¹²² PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 547. “Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o

nas situações em que a liberdade do acusado coloca em perigo a instrução criminal, prejudicando a colheita das provas, seja através de intimidação de testemunhas ou de destruição de documentos.

Esse perigo, todavia, não pode ser baseado em meras suposições, ou com fulcro em argumentos abstratos, pelo contrário, a situação de *periculum libertatis* deve ser demonstrada concretamente, tendo em vista circunstâncias objetivas que demonstrem a real periculosidade resultante da do *status libertatis* do indivíduo.

Com efeito, aponta-se que o supracitado fundamento somente é passível de ser utilizado até o final da instrução processual, ou seja, quando esta restar terminada e os autos forem encaminhados às partes para oferecerem suas alegações finais, ou então ao juiz para prolatar a sentença, não mais seria cabível a utilização de instrumentos cautelares com base na conveniência da instrução processual¹²³. Deste modo, assim que houver a produção da prova em relação à qual se constatou o risco de destruição ou perecimento, deve o indiciado ou acusado ser posto em liberdade, tendo em vista o caráter provisional da prisão cautelar.¹²⁴

O risco à aplicação da lei penal, requisito capaz de dar ensejo à segregação provisória, também é taxado pela maioria dos processualistas penais como de índole cautelar, e, por isso, constitucional¹²⁵. A fim de que o eventual decreto condenatório seja cumprido, dando-se efetividade à decisão que o poder judiciário concedeu ao caso penal, é possível o uso da prisão preventiva com intuito de proteção aplicação da lei penal, nos casos em que é provável a fuga ou desaparecimento do acusado.

Assim como no concernente à conveniência da instrução criminal, é necessário que o risco à aplicação da lei penal seja demonstrado através de elementos objetivos e concretos¹²⁶, além disso, não basta mera possibilidade de fuga do indivíduo, faz-se se imprescindível alto grau de probabilidade. PACELLI leciona em idêntico sentido:

próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal”.

¹²³CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: Prisão e liberdade** provisória. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.136

¹²⁴ CÂMARA, Luiz Antônio. op. cit. p.135-136.

¹²⁵TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.3. 32.ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2010. p.554. “As palavras do Marquês de Beccaria, que incendiaram o segundo quartel do século das luzes, precisamente em 1764, parecem ter sido proferidas hoje: ‘o acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime”.

¹²⁶CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: Prisão e liberdade** provisória. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.137

“A prisão preventiva, para assegurar a aplicação da lei penal, contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória. É bem de ver, porém, que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu”.¹²⁷

FERRAJOLI aponta que o fato dessas duas hipóteses possuírem natureza cautelar não é suficiente para justificar a decretação da custódia antes do julgamento definitivo, defendendo um processo sem prisão preventiva, para o autor a segregação cautelar para a conveniência da instrução processual seria descabida, pois mera detenção do acusado durante o tempo estritamente necessário para a produção dos elementos probatórios já seria suficiente¹²⁸.

No que tange a espécie “aplicação da lei penal”, o acusado antes de ter contra si sentença penal condenatória não teria interesse de fugir, pois neste ponto a prioridade seria reunir elementos que comprovem a sua inocência. Leia-se, portanto, a conclusão a que chega o autor italiano:

“Um processo sem prisão preventiva – Portanto essa contradição nos termos que é a prisão sem sentença definitiva pode, pelo menos até o primeiro grau de jurisdição, ser suprimida. O imputado deve comparecer livre perante seus juízes não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por *necessidade processual*: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas.”¹²⁹

Inspirado em FERRAJOLI, o professor GIAMBERARDINO vislumbra na decretação da prisão preventiva uma antecipação do julgamento do mérito do caso penal, bem como um empecilho para que o acusado reúna os elementos probatórios concernentes à sua defesa:

“O juízo sobre o *periculum libertatis*se transmuda em uma antecipação do julgamento de mérito, apenas no aguardo da sentença condenatória. Diz-se tutelar *provas* em busca de uma solução justa, o que, em tese,

¹²⁷ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2011. p.547

¹²⁸FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores Ana Paula Zomer e outros. 2ª ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006. p.511-513

¹²⁹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores Ana Paula Zomer e outros. 2ª ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006. p.515

interessaria ao réu inocente: porém, prendendo-o, está-se a impedir que ele mesmo construa sua defesa adequadamente, o que também deveria interessar enquanto prova.

Questionando-se como *de uma garantia se pode extrair um prejuízo*, CASTRO anota que se pressupõe não ter o estado capacidade de proteção das testemunhas ou do conjunto probatório, transferindo-se o “custo” de tal carência ao imputado.¹³⁰

Percebe-se, que a maioria da doutrina defende a prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal bem como em prol da conveniência da instrução criminal, rechaçando, no entanto, os fundamentos “ordem pública” e “ordem econômica”, uma vez que destituídos de natureza cautelar, existindo corrente minoritária divergente que defende um processo penal sem prisão preventiva.

2.3. HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Anteriormente ao advento da Lei 12403/2011 eram detectadas duas hipóteses de decretação da prisão cautelar na modalidade preventiva, uma delas em decorrência da conversão da prisão em flagrante, nas situações em que era incabível a liberdade provisória, e a segunda possibilidade era a aplicação da medida de modo autônomo, em qualquer momento da investigação preliminar ou do processo, nos casos em que a imposição da restrição cautelar fosse necessária e preenchesse todos os requisitos capazes de lhe dar ensejo¹³¹.

PACELLI sintetiza muito bem o tema, constatando a existência das duas modalidades de prisão preventiva supraexpostas, realçando, também, a terceira possibilidade de imposição da restrição cautelar, que diverge das demais devido ao seu caráter subsidiário¹³². Sendo assim, além das duas hipóteses acima elencadas a Lei 12403/2011 trouxe uma nova possibilidade de decretação da prisão preventiva, inexistente, até então, no ordenamento jurídico pátrio¹³³. O artigo 312, parágrafo único do Código de Processo Penal brasileiro disciplina que essa nova modalidade

¹³⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Fundamentos Teóricos das Novas Hipóteses de Prisão Preventiva: Análise da Emenda nº 9 ao Substitutivo do PLS nº 156**.p.122. in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*, vol2.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹³¹ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2011. p. 542-543

¹³² PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. op. cit. 542-544

¹³³ Art. 312 do CPP. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

de segregação cautelar poderá ser imposta quando houver descumprimento dos deveres oriundos de outras medidas cautelares.

É importante salientar que do mero descumprimento da medida cautelar não resulta a obrigatoriedade de imposição da medida cautelar mais gravosa, uma vez que se faz imprescindível a observância ao princípio da excepcionalidade, sendo necessária a verificação dos pressupostos da necessidade e da proporcionalidade, destinando-se a prisão aos casos nos quais a aplicação de qualquer uma das outras medidas cautelares fosse ineficaz. Essa é a interpretação proporcionada pela leitura do novo texto legal¹³⁴, o qual se encontra em conformidade com o texto constitucional, pois destina à prisão cautelar o papel de *ultima ratio* entre o rol de restrições ao direito do imputado passíveis de imposição antes mesmo do trânsito em julgado do processo.

Em que pese à maioria dos autores não tecer críticas à justificação dessa nova modalidade de prisão preventiva, PRADO aduz que a decretação da custódia cautelar em virtude do descumprimento de um dos provimentos cautelares impostos seria destituída de cautelaridade, servindo como sanção processual autônoma¹³⁵. No entanto, a grande divergência doutrinária situa-se em outros pontos atinentes à matéria delineada nos artigos 282, §4º e 312, §único, ambos do Código de Processo Penal.

Nota-se a existência de duas controvérsias em relação ao tema. Primeiramente, é *mister* analisar se as hipóteses de cabimento das medidas cautelares se restringem às mesmas da prisão preventiva, em observância ao artigo 313¹³⁶ de Código de Processo Penal (o qual traria limitações à imposição desses

¹³⁴ Art. 282 §4º do CPP. 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.

¹³⁵ PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória– Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. p. 143. in GOMES FILHO, Antônio Magalhães; _____, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011 “A questão é que a decretação da prisão preventiva em virtude do descumprimento de medida cautelar não tem, por si só, caráter cautelar, pois não se ajusta a qualquer fim processual, uma vez que não destina a superar perigo processual que aflija a instrução criminal ou a atuação da lei penal. Ao revés, a medida aplicável literalmente, em virtude do descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, reveste-se de caráter de sanção processual autônoma.” PRADO, GERALDO. p. 143

¹³⁶ 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;

provimentos), ou se a aplicação dos institutos emergenciais diversos da prisão teriam uma amplitude maior, sendo cabíveis, até mesmo, nas situações que não permitem a segregação cautelar. Ato contínuo será necessário verificar se a prisão preventiva na modalidade subsidiária poderá ser imposta nas situações não permitidas pela exegese do artigo 313 do Código de Processo Penal. Em síntese, é preciso analisar se as vedações previstas no mencionado artigo são aplicáveis à nova modalidade de custódia preventiva, ou se são válidas, tão somente, em relação às prisões preventivas autônomas.

À primeira vista LOPES JR. mostra-se o autor com maior carga de garantismo em suas lições referentes ao tema, pois, para ele as medidas cautelares diversas da prisão apenas são passíveis de imposição quando preenchidos todos os requisitos da segregação cautelar¹³⁷. Deste modo, só poderá o menos quando for possível o mais, somado a isso, ainda, o fato da medida menos gravosa ser capaz de produzir o mesmo efeito da prisão tornando este instrumento desnecessário:

“a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação. É importante compreender que as medidas do art. 319 têm o caráter substitutivo em relação à prisão preventiva e, portanto, não podem ser desconectadas dos seus limites, requisitos e pressupostos.”¹³⁸

A interpretação errônea das possibilidades de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão pode dar azo a uma utilização exacerbada desse instrumento de proteção do processo, tornando-o mecanismo de controle social, este é o principal temor de LOPES JR.:

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;
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.” (NR)

¹³⁷ Nesse sentido CUNHA, Rogério Sanches. **Art. 312 e Art. 313.** p.150. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.** São Paulo, RT, 2011 “Mesmo aqui entendemos imprescindível ponderar a presença das condições de admissibilidade previstas no art. 313 do CPP. Raciocínio diverso, além de fomentar a prisão provisória fora dos casos permitidos por lei, não observa que o art. 313 se aplica a todos as hipóteses do art, 312, não excepcionando o seu parágrafo único.”

¹³⁸ LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011.** Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p.119

“O maior temor é que tais medidas sejam deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle. O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade penal e que até agora não ensejaram qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade), passe a ser objeto de intensa incidência de restrições. O que se busca com a reforma é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual.”¹³⁹

LOPES JR., portanto, refuta a aplicabilidade das medidas previstas no novo artigo 319 do Código de Processo Penal brasileiro em relação a delitos culposos ou que possuam pena máxima menor que 04 (quatro) anos, pois para o autor o artigo 313 do referido diploma legal deve ser observado, também, no que tange aos instrumentos cautelares diversos da prisão¹⁴⁰.

Ademais, extrai-se do escólio do supracitado doutrinador que os pressupostos para a decretação da prisão preventiva e das medidas cautelares diversas a ela são exatamente os mesmos, mas quando estas forem tão eficazes quanto àquela, terão que ser adotadas (individualmente ou em conjunto), tendo em vista a menor restrição aos direitos do acusado/indiciado e a excepcionalidade inerente à segregação cautelar¹⁴¹.

PACELLI leciona que a medida cautelar diversa da prisão preventiva poderá ser utilizada mesmo em situações nas quais essa não for cabível¹⁴², desde que ao se realizar uma projeção da futura da pena a ser imposta vislumbre-se a possibilidade de ser cominada ao indivíduo sanção que lhe prive a liberdade¹⁴³. Ademais, na hipótese da prisão cautelar ser imposta na modalidade substitutiva a uma das medidas previstas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal, não será

¹³⁹LOPES JR., Aury. op. cit. p. 120-122.

¹⁴⁰Idem.

¹⁴¹Idem.

¹⁴²PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2011. p. 512-513

¹⁴³Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011. p.7. “É verdade que tanto na adoção das medidas cautelares diversas da prisão quanto a decretação da prisão preventiva pressupõe a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Porém, enquanto a prisão preventiva só pode ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a (4) quatro anos, se o agente for reincidente em crime doloso, ou 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 (CPP, art. 313, incs. I, II e III, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11), a decretação das medidas cautelares diversas da prisão exige apenas que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada.”

necessária a observância do conteúdo disciplinado pelo artigo 313¹⁴⁴ do mesmo diploma legal¹⁴⁵, assevera PACELLI:

“Quando decretada *automaticamente*, ou seja, como *medida independente* do flagrante, ou ainda, como conversão deste, a prisão preventiva submete-se às exigências do art. 312 e do art. 313, ambos do CPP; quando, porém, for decretada *subsidiariamente*, isto é, como *substitutiva* de outra medida cautelar descumprida, não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP.”¹⁴⁶

RANGEL também defende que a imposição de medidas alternativas à custódia cautelar independe da situação ser passível de decretação da segregação cautelar, pois aqueles mecanismos seriam autônomos¹⁴⁷. Além disso, no caso de descumprimento da medida imposta, não haveria nenhuma óbice à aplicação da prisão preventiva:

“As medidas cautelares podem ser impostas independentemente de haver prisão cautelar. Elas são autônomas. Podem ser aplicadas em relação a qualquer crime, mesmo aqueles que, em tese, pelo *quantum* da pena, não podem ser objeto de prisão preventiva. E aqui reside a questão que nos parece é mal interpretada pela doutrina.

Se o crime, em si, pela sua originalidade (pena aplicada em abstrato) não admite, de imediato, prisão preventiva **nada obsta**, e este é o objetivo da lei, que se adote como medida menos onerosa ao réu qualquer medida cautelar do art. 319 que, se descumprida, autorizará sua prisão preventiva (cf. §4º abaixo). Do contrário, o indivíduo que cometesse um crime com pena de até 4 anos de reclusão **não poderia** mais ser preso. Absurdo incomensurável”¹⁴⁸.

PRADO e CUNHA ao discorrer sobre o tema pontuam que o artigo 313 do Código de Processo Penal deve ser observado em relação a todas as hipóteses de decretação da custódia preventiva, inclusive quando essa for derivada de

¹⁴⁴ SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios Alternativas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 201-202

¹⁴⁵ MACIEL, Silvio. **Art. 319**. p.175. *In*: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011 “Entendemos que em ambas as hipóteses, o descumprimento das medidas impostas poderá ensejar a decretação da prisão preventiva, mesmo sem a ocorrência das hipóteses do art. 313 do CPP. É que se assim não for, a medida cautelar diversa da prisão será inútil, porquanto seu descumprimento nada acarretará ao infrator”. MACIEL, Silvio. P. 175 in

¹⁴⁶ PACELLI, Eugenio. Op. cit. p. 489-490.

¹⁴⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 843.

¹⁴⁸ Idem.

descumprimento de medida cautelar menos gravosa (novel redação do artigo 312, §1º, do Código de Processo Penal)¹⁴⁹.

Realmente não faria qualquer sentido nos depararmos com uma legislação que, em tese, visa à diminuição do encarceramento cautelar e, concomitantemente, propicia a ampliação das hipóteses de prisão preventiva, expandindo a possibilidade de aplicação desse instrumento para praticamente todos os casos penais. É no mínimo temeroso deixar nas mãos dos magistrados essa decisão, sob os argumentos de que a decretação da medida cautelar mais gravosa apenas aconteceria nos casos mais extremos e seria fundada em dados concretos.

Já vimos, alhures, que dar margem aos operadores de direito é o mesmo que conceder-lhes um “cheque em branco”, a fim que eles o preencham como melhor lhes aprouver, algo facilmente vislumbrado ao lançar-se um olhar à “garantia da ordem pública”. Portanto, é salutar que se estabeleça claramente os limites e balizas, principalmente quando se trata de medidas que restringem direitos fundamentais dos indivíduos.

Portanto, defender que as medidas cautelares diversas da prisão possuem um cabimento mais amplo do que prisão cautelar (ainda que elas tenham o mesmo caráter, diferenciando-se entre si pelo nível de restrições a direitos acarretadas por elas), bem como que a segregação preventiva na sua forma subsidiária – prevista no artigo 312, §1º, do Código de Processo Penal - não respeita os mesmos critérios de admissibilidade da modalidade prevista no *caput* do referido artigo, significa optar-se por um processo penal ainda mais emergencial e encarcerador, pois desta forma amplia-se de modo incalculável o viés repressor que compõe o sistema processual penal brasileiro, aumentando-se o controlo social ao invés de reduzi-lo.

¹⁴⁹PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória– Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011** in GOMES FILHO, Antônio Magalhães; _____, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011. P.143-144; CUNHA, Rogério Sanches. **Art. 312**. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo, RT, 2011.p.149-150

CONCLUSÃO

A alteração legislativa em relação a um tema polêmico de Direito Processual Penal sempre gera controvérsias, incertezas e inseguranças, ainda mais quando diz respeito a questões relacionadas à segurança pública. Faz-se necessário ter em mente, no entanto, que a principal garantia que está em jogo é a liberdade do indivíduo.

Há vigente no ordenamento brasileiro jurídico um Código de Processo Penal de origem fascista, dotado de alto teor de inquisitorialidade, o qual permeia os mais diversos segmentos do procedimento penal, em que pesem os direitos e garantias respaldados pela Carta Magna de 1988.

Era nítido um entusiasmo com a possibilidade de emergência de um novo Código, fundado, esse sim, em uma matriz sistêmica acusatória, apesar de também estar permeado por resquícios inquisitoriais, até pelo fato de não mais contarmos com sistemas puros. Aliado a este fato, temos, ainda, as diversas alterações sofridas pelo projeto original, detentor de um caráter muito mais garantista do que o resultado final obtido após a elaboração de diversas emendas que alteraram o PL 156/09. Infelizmente, a entrada em vigor de um novo conjunto normativo norteador da seara processual penal encontra-se, atualmente, muito distante, devido, principalmente, ao “redescobrimento” do PL 4208/01, que redundou no emergir da Lei 12.403/2011, responsável por disciplinar as medidas cautelares e os temas conexos a elas.

O novo diploma legal trouxe algumas mudanças importantes, tais como a adoção de um sistema polimorfo de medidas cautelares, além do ressurgimento da importância do instituto da fiança e a expressa proibição da decretação de medidas de urgência de ofício pelo juiz no âmbito da fase pré-processual. Pode-se afirmar, também, que algumas omissões foram prejudiciais ao tratamento que a nova Lei deu ao tema, principalmente a ausência de previsão de prazos máximos de duração da cautela (ou ao menos balizas para que o cálculo fosse possível), bem como a inexistência do reexame obrigatório periódico destinado a constatar a permanência, ou não, da situação fática que deu ensejo à imposição de medida cautelar.

Ademais, o legislador perdeu a oportunidade de erradicar do ordenamento jurídico pátrio as hipóteses de incidência de medidas cautelares

inconstitucionais, quais sejam, a ordem pública e a ordem econômica, além do fato de ter mantido a previsão de cunho inquisitorial; e de ser possível ao juiz, impor, de ofício, o cumprimento de medidas cautelares, entre elas a prisão preventiva.

Muitos autores têm mantido entendimento de que as medidas cautelares alternativas à prisão, para terem sua aplicação viabilizada, não precisam obedecer aos mesmos requisitos necessários para justificar a custódia preventiva, sendo, portanto, cabíveis em um número bem maior de situações e com menor nível de exigência do que a prisão cautelar. Outrossim, defendem que a prisão preventiva substitutiva da medida cautelar descumprida poderá ser aplicada mesmo que as condições do artigo 313 do Código de Processo Penal não restem preenchidas.

Reside aqui o grande perigo da expansão do controle social, pois, a depender da aplicação que se der à Lei 12.403/2011, as medidas cautelares alternativas poderão ser utilizadas em casos que antes da entrada em vigor do mencionado dispositivo legal não eram contemplados com nenhum mecanismo de tutela cautelar. Além disso, a prisão provisória, especialmente na modalidade preventiva, será resguardada para o mesmo rol de situações das medidas menos gravosas, ou seja, as possibilidades de sua utilização tornaram-se ainda mais abrangentes se comparado ao texto legal anterior, pois agora há a possibilidade de decretação do encarceramento cautelar em virtude da violação de uma das restrições impostas pela autoridade judiciária.

Em síntese, a nova legislação poderá ser aplicada no intuito de destinar a prisão preventiva para as situações em que ela já era cabível e expandi-la para as hipóteses de violação de medidas alternativas, resguardando esses mecanismos, que oferecem restrições menos severas, para os crimes em que *a priori* não se admitia a segregação cautelar do acusado ou indiciado.

Se as mudanças derivadas da Lei 12.403/2011 trarão como consequência um menor ou maior expansionismo da tutela cautelar, diminuindo ou aumentando o número de presos provisórios, apenas os dados estatísticos dirão. Os aplicadores do direito possuem, neste momento, instrumentos que podem ser utilizados para minimizar o controle social, ou então para ampliá-lo a patamares nunca antes vislumbrados, cabendo, então, aos profissionais do judiciário brasileiro, escolher o caminho mais democrático e garantista, com auxílio da doutrina e baseados nos princípios e direitos fundamentais que permeiam o processo penal brasileiro.

Analisando os dados do Departamento Penitenciário, constantes no site do Ministério da Justiça (dados atualizados até dezembro/2011)¹⁵⁰, percebe-se que a nova legislação não causou qualquer impacto. O número de detentos provisórios não diminui. Atesta-se, apenas, uma pequena redução no número de custodiados em delegacias de polícia.

BECCARIA, há três séculos, já apontava para a necessidade da aplicação do princípio da presunção de inocência, tecendo, ainda, o brilhante comentário a respeito da robustez do material probatório apto a impor a segregação prisional¹⁵¹:

“À proporção que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem o coração à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão”.¹⁵²

Em que pesem as centenárias lições concedidas pelo clássico autor italiano, são crescentes os males desproporcionais e as injustiças, derivadas, especialmente, da prisão cautelar na sua modalidade preventiva. Devido a esse fato, e, por fim, faz-se *mister* citar uma passagem da obra de FERRAJOLI, na qual o autor indaga sobre a real necessidade da existência da prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória:

“A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma “injustiça necessária”, como pensava CARRARA, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado. Essa pergunta deve ser enfrentada antes de tudo do ponto de vista externo, prescindindo-se do que diz a Constituição, e portanto sem submeter-se à falácia, até agora habitual em nossa cultura jurídica, segundo a qual aquilo que por hipótese a Constituição permite é justo e incontestável. E deve ser enfrentada, em segundo lugar, do de vista interno ou constituicional, comparando a custódia preventiva não somente

¹⁵⁰Site do Ministério da Justiça:<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>

¹⁵¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. p.37. “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado”.

¹⁵²BECCARIA, Cesare. Op.cit. p. 26

com a presunção de não culpabilidade, mas também com o conjunto das outras garantias penais e processuais estabelecidas pela constituição e diretamente ou indiretamente por ela violadas.”¹⁵³

¹⁵³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores Ana Paula Zomer e outros. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p.512.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011.** *in* GOMES FILHO, Antônio Magalhães; PRADO, _____; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011.** São Paulo: RT, 2011.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furtos:** da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. Torrieri Guimarães. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático do procedimento cautelar.** Trad. Carla Roberta AndreasiBassi. Campinas: Servanda. 2000.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: Prisão e liberdade provisória.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergencia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral.** 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORDERO, Franco. **Procedurapenale.** Milano: Dott A. Giuffre, 1991.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao 'Verdade, Dúvida e Certeza', de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos (2001-2002).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** *In:* _____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP.** *In:* _____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal.** vol..2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CROZARA, Rosberg Souza. **Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência.** p.283-284 *in:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Art. 312.** In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.** São Paulo, RT, 2011.

_____. **Art. 313.** In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.** São Paulo, RT, 2011.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.** 2ª ed Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Og. **Constituição, Processo e Prisão – Comentários aos artigos 283 a 310 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011.** in GOMES FILHO, Antônio Magalhães; PRADO, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; _____ (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011.** São Paulo: RT, 2011;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Tradutores Ana Paula Zomer e outros. 2ª ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar.** 2008. 198f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 29/09/2008.

_____. **Fundamentos Teóricos das Novas Hipóteses de Prisão Preventiva: Análise da Emenda nº 9 ao Substitutivo do PLS nº 156.** p.122. in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição,** vol.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: RT, 2001.

_____. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011.** in _____; PRADO, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011.** São Paulo: RT, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. Art. 282 In: _____; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.** São Paulo, RT, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Marco Antônio Ferreira e Nogueira, Ranieri Ferraz. **Prisões e medidas liberatórias. atual. de acordo com Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011.

_____ e BADARÓ, Gustavo. **Direito ao processo penal no prazo razoável**, 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

MACIEL, Silvio. **Art. 321**. p. 194-195 *In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. São Paulo, RT, 2011.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403 de 4-5-2011**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas, S.P.: Bookseller, 1997. v.4.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal? A bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NICOLITT, André. **Novo processo penal cautelar. A prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória– Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011** *in* GOMES FILHO,

Antônio Magalhães; _____, BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANGUINÉ, Odone. “**A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**”. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, n. 10, p. 113-120, 2003.

_____. **Efeitos perversos da prisão cautelar in** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18. nº86. set-out, 2010. p. 289-335.

SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____, Rogério. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios Alternativas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **As medidas cautelares pessoais no projeto de código de processo penal – PLS nº 156/2009: Uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência**. in: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Críticas às alterações relativas à Prisão Provisória no Substitutivo do PLS nº 156/2009: Uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência**. in: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal**. vol.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

TAVARES, Leonardo Ribas. **Prisão preventiva ontem e hoje: paradigma e diretrizes pela Lei n.12.403/2011**. 2011. 121f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 02/09/2011;

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo Penal**. 3v. 32.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007 (Coleção Pensamento Criminológico).

_____. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1:** parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Sites Acessados:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Acesso em 02/11/2012.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Acesso em 22/10/2012.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanJose.htm>

Acesso em 16/11/2012

DADOS DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>

Acesso em: 24/11/2012.

INSTITUTO DE PESQUISA E CULTURA LUIZ FLÁVIO GOMES

http://www.ipcluizflaviogomes.com.br/dados/Sistema_Penitenciario.pdf

Acesso em: 10/11/2012.

PROMULGAÇÃO DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

Acesso em 21/10/2012.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 156/09. Redação original disponível em: <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf> versão original .

Acesso em 22/11/2012.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 156/09. Redação final disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>.

Acesso em 22/11/2012.

