

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS NETO

**MEDIDAS CAUTELARES E A LEI 12.403/2011: REFLEXÕES ACERCA DA
PRISÃO PREVENTIVA**

**CURITIBA
2013**

ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS NETO

**MEDIDAS CAUTELARES E A LEI 12.403/2011: REFLEXÕES ACERCA DA
PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Carlos Miguel Villar de Souza Jr.

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS NETO

TÍTULO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2013.

A Deus, meus familiares e amigos
pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, por ter me iluminado e guiado nessa caminhada ao longo de todos esses anos.

Da mesma forma, gostaria de agradecer à Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP) por todas as experiências vividas e transformações sofridas, sendo certo que me tornei um indivíduo moldado pelas estruturas da Casa, nas suas diversas facetas.

Também, aos amigos conhecidos nesta Instituição, por terem tornado essa jornada ainda mais incrível.

Por fim, e não menos importante, aos professores e, em especial, ao meu orientador, os quais, para mim, são motivo de muito orgulho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAS BRASILEIRAS.....	12
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES E PRINCIPIOLOGIA.....	12
2.2 CRITÉRIOS E CARACTERÍSTICAS DAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAS.....	16
2.3 REQUISITOS FUNDAMENTAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	20
2.4 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR E A RELAÇÃO COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	23
3 PRISÃO PREVENTIVA E ASPECTOS DA LEI 12.403/2011.....	28
3.1 CONSTITUCIONALIDADE E NATUREZA JURÍDICA.....	28
3.2 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA.....	32
3.3 HIPÓTESES LEGAIS DE ADMISSIBILIDADE E INADMISSIBILIDADE.....	37
3.4 PRISÃO EM FLAGRANTE E A CORRELAÇÃO COM A PREVENTIVA.....	41
3.5 A MUDANÇA DE PARADIGMA.....	45
3.6 REFLEXÕES SOBRE O CENÁRIO ATUAL.....	48
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

RESUMO

Publicada no mês de maio de 2011, a Lei 12.403 tem o intuito de promover um novo enfoque no que diz respeito às medidas cautelares. Numa visão eminentemente instrumental, a prisão pode ser decretada antes da sentença penal condenatória, quando presentes os requisitos que a justifique. A lei objeto deste trabalho pretende romper com o binário “prisão preventiva/liberdade provisória”, para conceder ao magistrado um rol de medidas alternativas a serem aplicadas quando a prisão se mostrar inadequada ou excessiva ao caso concreto. Propõe, também, limites circunstanciais, evidenciando um caráter verdadeiramente excepcional, admitindo-se a prisão somente em casos extremos, nos quais nenhuma outra medida se mostre eficaz. A prisão com fim cautelar passa a ser aplicada, agora, em última análise e desde que suficientemente motivada pelo magistrado com base nas circunstâncias concretas de cabimento da medida preventiva. Torna-se, portanto, excepcional e subsidiária. Além disso, deve ser medida adequada e necessária, obedecendo ao princípio da proporcionalidade, resguardando ao máximo também os interesses do imputado, sobre quem incide, por diretriz constitucional, a presunção de inocência. A prisão preventiva, nesse sentido, não se confunde, em nenhuma hipótese, com forma qualquer de antecipação de pena. Para mais, a medida cautelar restritiva de liberdade por excelência fica limitada às situações previstas no Código de Processo Penal, além de condicionada ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis*, pressupostos probatórios e cautelares sem os quais a prisão não se justifica. Constitui assim, ainda que se reconheça a gravidade da medida, instrumento importante e indispensável ao processo, como meio de garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal, sempre que outra cautelar alternativa não se mostre suficientemente satisfativa. Críticas à parte, a prisão preventiva é usada, também, para garantia da ordem pública e econômica, lembrando sempre a exigência, em todos os casos, de prova do crime e indício suficiente de autoria. Verifica-se uma tendência crescente ao rompimento com o cárcere, na medida em que o processo penal tem buscado condenações alternativas, como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e/ou multa, vez que a prisão já não cumpre suas funções de ressocialização. Eis que, manter o acusado preso durante o processo para, ao fim, ser posto em liberdade seria um verdadeiro contrassenso. Nota-se a correlação da prisão em flagrante com a preventiva, destacando a influência da Lei em referência (que trouxe novas diretrizes para a decretação) e a transição paradigmática por ela operada. É interesse de todos interpretarem a norma com olhos voltados para a Constituição Federal, observando o sistema acusatório, mas também, sem perder a noção de que esse instrumento é imprescindível para um processo penal democrático cuja efetividade não se pode perder. Assim, conclui-se que a nova disciplina das medidas cautelares na seara processual penal é 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: Medidas Cautelares; Prisão Preventiva; Lei nº 12.403/2011; *Fumus Commissi Delicti*; *Periculum Libertatis*; Prisão em Flagrante; Presunção de Inocência.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a prisão preventiva no direito processual penal, principalmente em razão da recente reforma sofrida com o advento da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Dentre outras providências, foram alterados, através do novo texto, diversos dispositivos do Código de Processo Penal (CPP), relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

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

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

Interessa de perto ao atual estudo o instituto da prisão preventiva. Concentraram-se esforços na demonstração da mudança de paradigma dessa medida consolidada pelo novo normativo, bem como na análise das novas diretrizes dessa prisão processual.

A atenção se justifica porque a decisão de manter ou não o imputado preso – e isso, agora, necessariamente deve ser feito através da prisão preventiva – é das mais importantes no processo penal, com reflexos não só na efetividade do direito material, como também na sociedade e na vida do imputado.

A existência de, aproximadamente, 220 mil presos provisórios¹ em território nacional traduz em números – e em almas confinadas – a importância do tema e, inegavelmente, foi razão para a inesperada aprovação da Lei nº 12.403/2011 que

¹ Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo cadastro nacional de inspeções nos estabelecimentos penais – Resolução nº 47, em agosto de 2011 o número total de presos no Brasil seria 479.642, com um déficit de 148.635 (Disponível em: <www.cnj.jus.br/Presidios_IE/pages/jsp/index.jsp>. Acesso em: 25/07/2013.

busca alternativas ao cárcere, dando outras opções ao juiz e abandonando o arcaico “sistema binário ou bipolar”² de prisão ou liberdade.

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

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

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

Ao se lançar um olhar voltado à realidade carcerária brasileira, constatar-se-á, facilmente, que na disputa entre duas categorias (prisão preventiva e presunção de inocência), a prisão preventiva 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.

Logo, o fundamento político da aprovação da Lei foi claro: diminuir a superlotação carcerária. A oportunidade não é das melhores: em momento de inquietação social pela impunidade, com visível aumento de crimes e falta de investimento na segurança pública. Porém, o mérito da norma, se bem concebido, deixa expectativas de um processo penal mais justo e mais consentâneo às

² Expressão utilizada por Luiz Flávio Gomes, Aury Lopes Junior, dentre outros.

formulações constitucionais e ao sistema acusatório, propiciando ao juiz instrumentos a mais de tutela processual, menos incisivos à liberdade individual.

Esse meio termo, esse ideal equacionamento entre a liberdade individual e a necessidade de um processo penal cuja efetividade não se perca num emaranhado de direitos e garantias individuais – muitas vezes sobrevalorizados numa perspectiva monocular.

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

Nos capítulos são abordadas as medidas cautelares processuais penais brasileiras, a concepção da prisão preventiva, as alterações legislativas supervenientes, tentando traduzir os entendimentos dominantes acerca dessa medida. Além disso, os fundamentos – nisso englobados os pressupostos e requisitos – e demais exigências com relação à decretação da prisão preventiva.

Eis que, chega-se ao foco principal do trabalho, qual seja, o enfrentamento da Lei 12.403/2011, essencialmente quanto a seus reflexos, a mudança de paradigma e as novas diretrizes para a prisão preventiva, fazendo breve análise dessa medida em confronto com a prisão em flagrante.

Com efeito, buscou-se analisar a situação visando ao presente, e ao futuro, a partir da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, atentando-se para as maiores alterações proporcionadas pelo diploma legal acima mencionado, a fim de vislumbrar as inovações, as falhas, os perigos e as consequências advindas da mudança legislativa ocorrida no âmbito do processo penal pátrio.

Pretende esse trabalho sintetizar os principais aspectos referentes às medidas cautelares, principalmente pela nova orientação dada pela Lei 12.403, mostrando que não tende a assegurar a impunidade, mas sim, estabelecer a proporcionalidade da providência cautelar ao resultado final a que se destina a tutelar o processo penal, evitando a tendência massificante quanto ao cárcere quando, muitas vezes, a condenação final não é uma privação de liberdade.

A ínsita imperfeição, a inexperiência científica do autor e as mais variadas concepções ideológicas em relação ao tema sujeitam o trabalho a críticas. E elas são bem-vindas. Saliente-se, contudo, que o presente estudo não pretende o

esgotamento do tema, mas apenas trazer à tona os recentes embates travados acerca do assunto.

2 MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS BRASILEIRAS

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES E PRINCIPIOLOGIA

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

No processo penal, além dos procedimentos de cautela relativos à coisa, como as medidas assecuratórias e a busca e apreensão, e aqueles relativos à prova, existem também as chamadas medidas cautelares pessoais³, que se referem à pessoa do acusado, e se resumiam, grosso modo, ao binômio “prisão – liberdade”.

Com efeito, o Código de Processo Penal previa, até julho de 2011, apenas essas duas situações, adotando, nas palavras de Aury Lopes Junior, “um modelo binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória”⁴.

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

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

Buscou-se com a nova lei combater a banalização das prisões processuais como a única medida cautelar efetiva. Logo, o cárcere passa a ser, em teoria,

³ CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 26.

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual: liberdade provisória e medidas cautelares diversas. Lei 12.403/2011**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 3.

medida excepcional, aplicável somente quando não cabível a sua substituição por outra medida cautelar qualquer. O rol de medidas cautelares diversas da prisão deve ser, agora, analisado como alternativo à prisão cautelar, observando-se sempre uma série de princípios.

De modo a proporcionar uma análise *a posteriori* profunda e crítica a respeito da aplicação das medidas cautelares no dia-a-dia forense, o estudo dos princípios relativos às prisões cautelares assume especial importância, na medida em que são eles que “permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência”⁵. De acordo com Aury Lopes Junior, compõem o rol de princípios cautelares: a motivação das decisões judiciais; o contraditório; a provisionalidade; a provisoriedade; a excepcionalidade e a proporcionalidade, que se verão a seguir.

No ordenamento jurídico pátrio, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais decorre da literalidade do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, e possui vinculação com o Estado Democrático de Direito. Mesmo diante da clareza da regra constitucional, especificamente em relação à decretação da prisão cautelar, o Código de Processo Penal, em seu artigo 315⁶, enfatiza a imprescindibilidade daquilo que já se encontra expresso no texto constitucional⁷.

Logo, não há dúvidas de que toda e qualquer medida cautelar só pode ser decretada por ordem judicial e desde que fundamentada, eis que é por meio da fundamentação que se faz o controle da legalidade, razoabilidade, evitando-se, dessa forma, a aplicação arbitrária do direito⁸.

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

Estabeleceu esse parágrafo a necessidade do contraditório, salvo em caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Por exemplo, nos pedidos de

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 19.

⁶ “Art. 315 – A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. (Código de Processo Penal)

⁷ MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403/2011**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 59.

⁸ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

interceptação telefônica não pode o juiz intimar a “parte contrária”, sob pena de a medida restar totalmente ineficaz ou, ainda, em caso de fundado risco de fuga, situação em que tampouco o juiz vai ouvir a ‘parte contrária’ para decretar a prisão preventiva⁹.

Eis que, adotada a medida *inaudita altera pars*, o indiciado seria conduzido imediatamente após a sua execução diante do juiz para ser ouvido, podendo até haver dilação probatória acerca da convalidação, revogação ou manutenção da medida.

Assim é possível e perfeitamente compatível a implantação do contraditório com algumas situações de tutela cautelar a fim de que haja um alinhamento do Código de Processo Penal com a Convenção Americana de Direitos Humanos. E prossegue Aury Lopes Junior: “Ou se instala esse espírito de controle da necessidade das cautelas pessoais ou a reforma será absolutamente inócua”¹⁰.

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

Desse modo, tem-se que a prisão preventiva, ou qualquer outra medida cautelar alternativa, poderá ser revogada ou substituída, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, “desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja a necessidade (*periculum libertatis*)”¹¹.

Em distinção ao princípio anterior, a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, na medida em que toda prisão cautelar deveria ser de breve duração. Manifesta-se, assim, “na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada”¹².

⁹ Idem. Ibdem. p.72.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2 v. 7ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 65.

¹¹ Idem. Ibdem.

¹² Idem. Ibdem.

Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo está previsto em lei¹³, reina a absoluta indeterminação acerca do prazo de duração das prisões cautelares, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Lamenta-se, nesse sentido, que a Lei 12.403/11, tenha perdido a oportunidade de resolver esse problema da ausência de definição legal da duração máxima da custódia cautelar e também da previsão de uma sanção processual em caso de excesso injustificado, como a imediata liberação do acautelado.

Concretamente, não existe nenhum tempo final da prisão cautelar, e este fica condicionado à duração do processo, tutelado pelo artigo 5º, LXXVIII da CF, que garante a sua razoável duração. Diante do que foi exposto e ante a ausência de um prazo legal para a duração da prisão cautelar, parece não restar dúvida que, ao juiz criminal, incumbe o dever de ser zeloso com o tempo máximo de duração de qualquer medida cautelar, especialmente com a prisão. Destaque-se que não se pode olvidar que quem está preso cautelarmente, ou submetido a qualquer outra medida cautelar, continua presumidamente inocente.

A liberdade individual é a regra em nosso ordenamento jurídico e sua inviolabilidade é garantida pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Assim, temos que a liberdade de locomoção é a regra e a prisão, a exceção. A prisão preventiva somente será decretada quando se mostrarem inadequadas ou forem insuficientes as demais medidas cautelares diversas da prisão, ainda que aplicadas isolada ou cumulativamente. É o que dispõe o artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal.

O natural, ora, é que o ser-humano esteja em liberdade. Sua prisão “constitui, portanto, medida excepcional, que só pode ser adotada (pelo juiz) quando razões muito sérias a justifiquem, cabendo-lhe explicitá-las, com base no direito, nos fatos, assim como na sua absoluta necessidade”¹⁴. A excepcionalidade deve ser lida com os olhos da presunção de inocência, considerando assim as prisões cautelares a *ultima ratio* do sistema, devendo ser aplicadas somente quando inevitáveis. No entanto, o grande problema tem sido a massificação das cautelares.

Desse modo, “o que foi concebido para ser excepcional não deve se tornar instrumento de uso comum e ordinário, não podendo se conceber que a prisão

¹³ Lei nº 7.960/89 determina que a segregação durará até 5 dias, prorrogáveis por igual período. Em se tratando de crime hediondo ou equiparado, a prisão temporária poderá durar até 30 dias, prorrogáveis por igual período, nos termos da Lei nº 8.072/90.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 59.

preventiva cumpra papel distinto do cautelar, ou seja, não é justo que primeiro se castigue, para que depois se condene (Ferrajoli)”¹⁵.

“Definido como o princípio dos princípios, a proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares”¹⁶. A ideia basilar que dele decorre é a de que deve existir certa correlação entre a medida de cautela decretada em desfavor do acusado e a custódia projetada para o término do processo cognitivo¹⁷.

A proporcionalidade 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.

Necessidade e adequação, portanto, “são os referenciais fundamentais na aplicação das novas medidas cautelares pessoais no processo penal. E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso postulado, ou princípio (como prefere a doutrina), da proporcionalidade”¹⁸.

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 pátrio¹⁹.

2.2 CRITÉRIOS E CARACTERÍSTICAS DAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS

¹⁵ Idem. Ibidem. p. 39.

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 73.

¹⁷ CÂMARA, Luiz Antônio. Op. cit. p. 108.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16ª ed. atual. de acordo com as Leis nºs 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 503.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 508.

No que tange aos critérios para identificar como se caracterizam as tutelas cautelares no plano fático, João Gualberto Garcez Ramos²⁰ cita Piero Calamandrei e suas conclusões acerca do que não pode ser uma medida de cautela, a partir de suas delimitações negativas. Ou seja, ela não pode ser nem definitiva, nem principal, por exemplo.

Superadas essas considerações, passa a estabelecer critérios das medidas cautelares. Seriam elas: urgência, sumariedade formal, sumariedade material, aparência, temporariedade, incapacidade de gerar coisa forma material e referibilidade.

A tutela cautelar se fará presente sempre que houver uma situação de perigo concreto e iminente a um direito. Para o autor, esse perigo deve ser concreto: o perigo abstrato não interessa ao regime cautelar, vez que há uma presunção legal de perigo *iuris et de jure*, a qual não é um perigo real, verdadeiro, mas sim “criado” por lei²¹.

Já a sumariedade formal se explica pela necessidade latente de tutelar um direito prestes a sofrer um dano. Eis porque um procedimento sumário, para evitar que todo um trâmite lento e burocrático gere danos irremediáveis. “De fato, o procedimento construído para a inserção do provimento cautelar é sempre sumário, o que atende a um imperativo de lógica pragmática”²².

Não obstante, a sumariedade material não implica redução do direito de defesa. Tanto a sumariedade formal, como a material, pretendem uma agilização do procedimento, mas a material está relacionada com as atividades instrutória e decisória por parte do magistrado. Traz ao processo apenas uma parte do conflito, que em virtude da urgência, precisa de uma tutela imediata. Há também um corte no nível de intensidade com a qual poderia o juiz conhecer a causa, ou seja, o grau de cognição do objeto. Aqui, a cognição é sumária, menos aprofundada, diferentemente da cognição exauriente²³.

A medida cautelar não prescinde da certeza para se realizar, basta a probabilidade que determinado fato aconteça. Assim, contenta-se com a aparência da necessidade em razão da urgência, analisando o quesito de aparência da

²⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 74.

²¹ Ibidem, p. 75.

²² Ibidem, p. 76.

²³ Ibidem, p. 78-79.

existência do direito. É em virtude do perigo na demora que o juiz analisa superficialmente o caso posto, sem que haja uma cognição exauriente sobre o fato. Se a situação superar a mera aparência e as provas apresentadas forem tão clarividentes que não necessitará o juiz da fase cognitiva do processo, então o provimento a ser concedido não se revestirá de natureza cautelar. Aqui se estaria diante de uma antecipação de tutela.

A providência cautelar tutela uma determinada situação fática. “Entende-se por temporariedade a característica de que a tutela cautelar é deferida para remediar uma situação de perigo”²⁴. Ou seja, elas têm um prazo de duração: não de vigorar enquanto não cessar o evento que lhes deram causa. O critério da temporalidade é um dos mais importantes, na medida em que garante que a medida cautelar não seja uma verdadeira antecipação do provimento definitivo, uma antecipação de pena.

A decisão que trata das medidas cautelares não gera coisa julgada material por não tratar a tutela cautelar da totalidade do processo. Não é objeto da medida cautelar o processo como um todo, a existência fática do direito alegado. “O fato é que uma das características da tutela cautelar é sua incapacidade de gerar a coisa julgada material, no sentido de que não define, no plano cognitivo, o caso a ser julgado no processo penal de conhecimento”²⁵. Assim, é certo que qualquer erro eventualmente cometido no procedimento cautelar restará esclarecido no processo principal – mais um motivo para que não se consolide materialmente a decisão.

“A referibilidade dá uma ideia de ligação entre a situação de perigo e a proteção jurídica que se pede”²⁶. A proteção cautelar refere-se, exclusivamente, à situação de perigo que a ensejou. Se inexistir referibilidade, se a decisão vai além, negando ou conhecendo o direito que está em perigo, tratar-se-á de uma decisão satisfativa, e não com objetivos cautelares. De fato, a medida cautelar deve sempre se referir a um perigo iminente, e dele não se afasta. Assim, tendo em vista a previsão constitucional que afirma que ninguém será considerado culpado sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, obrigatoriamente proceder-se do devido processo legal, observados os ritos e procedimentos a ele inerentes.

²⁴ RAMOS. 1998, p. 80.

²⁵ Ibidem, p. 83.

²⁶ Ibidem, p. 84.

As características das medidas cautelares do processo penal muito se coadunam com as que emanam do processo civil, e são indicadas quase unanimemente pela doutrina, como o faz Paulo Rangel, Aury Lopes Junior, Eugênio Pacelli de Oliveira, entre outros.

Inicialmente, ressalta-se, que as medidas cautelares terão caráter acessório: sempre encontrarão vínculo com o procedimento principal. Há uma estreita vinculação da medida cautelar ao resultado da medida principal – quando este for prolatado, aquela deixará de existir. “A medida cautelar segue a sorte da medida principal, dela sendo dependente, pois, na medida em que há o resultado do processo principal, a medida cautelar perde sua eficácia”²⁷.

A segunda característica é a preventividade. Existe para prevenir eventuais danos até que a persecução penal não chegue ao fim. A medida só deve se dar com o intuito de evitar danos futuros com o prolongamento do processo no tempo.

Outra característica das medidas cautelares é a instrumentalidade hipotética. Para que a medida cautelar incida deve haver, pelo menos hipoteticamente, probabilidade da existência do direito ou da pretensão do autor, não bastando mera possibilidade de êxito. “Dá-se porque a medida cautelar serve de instrumento, de modo e de meio para se atingir a medida principal”²⁸.

A quarta característica é a provisoriedade. Sua manutenção ou não se justifica enquanto perdurarem os motivos que ensejaram a sua urgente decretação. “A medida cautelar dura enquanto não for proferida a medida principal e enquanto os requisitos que a autorizaram estiverem presentes”²⁹.

A quinta característica é a revogabilidade. A medida cautelar é revogável a qualquer tempo até o provimento final do processo principal, quando não houver mais razão para que esta subsista ou novas circunstâncias ocorram. É este o entendimento do artigo 316 do Código de Processo Penal³⁰.

Uma sexta e sétima características das medidas cautelares são: a não definitividade e a referibilidade (ambas já explicadas anteriormente).

E, por fim, mas não menos importante, vem a característica da jurisdicionalidade. “O poder cautelar é destinado exclusivamente ao juiz, e, desta

²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 725.

²⁸ Ibidem, p. 725.

²⁹ Ibidem, p. 726.

³⁰ “Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (Código de Processo Penal).

jurisdicionalidade, resulta a chamada reserva de jurisdição”³¹. Assim, cabe ao juiz o controle jurisdicional da medida imposta, mesmo que exercido *a posteriori*, como nos casos de flagrante delito, prisões em estado de sítio e de defesa.

2.3 REQUISITOS FUNDAMENTAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES

Muito se discute, na doutrina, a aplicação de uma teoria geral do processo, emprestando ao processo penal aqueles conceitos tradicionais do processo civil, como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e que tem, em Calamandrei³², um de seus principais expoentes.

A corrente doutrinária que adota a teoria geral do processo como orientadora do ordenamento processual traz para ele os mesmos requisitos cautelares que permeiam o processo civil cautelar. Nela, “os provimentos cautelares fundam-se na hipótese de um futuro provimento definitivo ao autor (*fumus boni iuris*)... e o do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera em regime de urgência, como instrumento provisório sem o qual o definitivo poderia ficar frustrado em os seus efeitos”³³.

O *periculum in mora* se justificaria no risco que corre o titular da pretensão de ver seu direito lesado em decorrência da demora na prestação jurisdicional, devendo ser demonstrada a possibilidade de existência do dano. Estando, então, presente esse risco na demora e sendo razoável a hipótese de que o provimento final seja favorável ao autor, há - mesmo que mínima - indicação de plausibilidade do direito do qual afirma ser titular, pode ser-lhe concedida uma medida cautelar que tutele e garanta o provimento jurisdicional final, a eficácia do processo principal.

O equívoco parece consistir na busca pela aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, desconsiderando, pois, as categorias jurídicas próprias do processo penal³⁴.

³¹ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 545.

³² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2 v. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 58.

³³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Alda Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.338-339.

³⁴ GOMES, Luís Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Op. cit. p. 58.

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

Como já apontado anteriormente, esses conceitos não justificam a adoção de uma medida cautelar de natureza processual penal. O processo penal, fazendo uso da autonomia que lhe é inerente, deve adequar esses requisitos à realidade da persecução penal.

Parte da doutrina do processo penal, por outro lado, não aceita a referida “adaptação” das condições da ação civil (interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido) ao processo penal e, a partir do revogado artigo 43 do Código de Processo Penal ³⁵, o qual dispunha sobre as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, apresenta as condições da ação no processo penal.

De acordo com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, essas condições da ação, no processo penal, podem ser elencadas em tipicidade aparente, legitimidade de parte, punibilidade concreta e justa causa ³⁶.

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

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

Nessa esteira, o primeiro dos pressupostos diz respeito à materialidade do crime, ou seja, à prova de existência do delito, somente se autorizando a custódia cautelar, frise-se, em caso de prova robusta acerca da existência do ilícito. Não há espaço para dúvidas: “verificando-se mera suspeita de existência de infração penal, a ser apurada na instrução preliminar, não há como se autorizar a custódia cautelar do investigado ou indiciado” ³⁷.

³⁵ A Lei nº 11.719/08 revogou o artigo 43 e modificou a redação do artigo 395, estabelecendo as seguintes causas de rejeição: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I-for manifestamente inepta; II-faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III-faltar justa causa para o exercício da ação penal”. (Artigo 395 do Código de Processo Penal).

³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal: Pensamento Jurídico**. 2 série. Curitiba: Juruá, 1989. p. 145.

³⁷ CÂMARA, Luiz Antônio. Op. cit.. p. 127.

O segundo pressuposto está relacionado à existência de indício suficiente de autoria. Ressalte-se que, também neste aspecto, uma vez provada a materialidade, “não satisfazem à lei meras suspeitas de que este ou aquele indivíduo tenha sido o autor da infração”³⁸. Não se exige prova cabal de que o crime tenha sido praticado por aquele cuja prisão se pretende decretar. No entanto, “devem todos os elementos colhidos no procedimento investigatório ou instrutório convergir para a demonstração de que a provável autoria do ilícito pode ser atribuída ao acusado”³⁹.

Fica claro, dessa forma, que não é apropriado afirmar juridicamente, e, tampouco, semanticamente, que para a decretação de uma prisão cautelar, é necessária a existência de *fumus boni iuris*. “No processo penal, o requisito para a declaração de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência de direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível”⁴⁰. Nas palavras de Aury Lopes Junior, é impossível conceber como requisito para a decretação de uma medida cautelar a ‘fumaça do bom direito’, vez que o delito é a própria contrariedade de um direito, um paradoxo.

Portanto, o requisito no processo penal é o *fumus comissi delicti*, que exprime a probabilidade de ocorrência de um delito – em contraposição a um direito, ou, mais especificamente, fortes indícios de autoria do delito e provas de sua materialidade – garantia de não se privar alguém de sua liberdade sem o mínimo suporte fático.

Seguindo a mesma linha de raciocínio de Calamandrei, a clássica doutrina processual penal considera, equivocadamente, o *periculum in mora* como outro requisito das cautelares. No entanto, não se afigura correto falar em *periculum in mora* no âmbito das medidas cautelares pessoais. Tal conceito “se ajusta perfeitamente às medidas cautelares reais, em que a demora na prestação jurisdicional possibilita a dilapidação do patrimônio do acusado”⁴¹. Nas medidas coercitivas pessoais, entretanto, o risco assume outro caráter.

“O *periculum in mora* não está na urgência de se afastar o perigo de dano pela morosidade processual, mas sim no risco que a liberdade do acusado significa

³⁸ Idem. Ibidem. p. 128.

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 57.

⁴⁰ Idem. Ibidem. p. 58.

⁴¹ Idem. Ibidem. p. 59.

para a obtenção de uma decisão pautada no devido processo legal”⁴². Aury Lopes Junior diz que o perigo não é mero requisito das medidas cautelares, e sim o seu fundamento. Para ele, o perigo nas medidas cautelares pessoais se reveste de outra natureza.

O perigo não surge da demora no provimento, o tempo não pode ocasionar a dilapidação ou perecimento do objeto. O risco decorre da situação de liberdade do acusado, o perigo se consubstancia na possível lesão ao normal desenvolvimento do processo. Assim, o fundamento aqui é o *periculum libertatis*, enquanto decorrente da situação de liberdade do sujeito passivo.

Dessa forma, percebe-se claramente que, diferentemente da conceituação puramente civilista, no processo penal o risco decorre diretamente da situação de liberdade do sujeito passivo (perigo de fuga, destruição de prova) e não do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até que recaia uma sentença definitiva no processo⁴³. Assim, mais uma vez, fica evidente a inadequação da expansão das categorias do processo civil para atender às especificidades do processo penal.

2.4 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR E A RELAÇÃO COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

As espécies de prisões cautelares previstas atualmente são: prisão temporária (Lei nº 7.960/89), prisão preventiva *strictu sensu*, prisão preventiva na sentença penal condenatória recorrível (Lei nº 11.719/08), prisão preventiva na decisão interlocutória mista não terminativa de pronúncia (Lei nº 11.719/08) e prisão domiciliar (espécie de medida cautelar introduzida pela Lei nº 12.403/11).

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

⁴² KATO, Maria Ignez Lanzelloti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Preventiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 93.

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual: liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Op. cit. p. 15.

No entanto, a crítica à prisão cautelar aparece e ganha destaque na medida em que o corolário da presunção de inocência passa a nortear o sistema penal. Segundo Ferrajoli, “a história da prisão cautelar do imputado que aguarda julgamento é estritamente conexa àquela do princípio da presunção de inocência”⁴⁴.

A presunção de inocência é uma construção político-criminal, fruto da experiência moderna, com forte influência do pensamento iluminista, período no qual a crítica à prisão cautelar foi intensa e numerosos foram os doutrinadores que defenderam que a regra deveria ser a resposta ao processo em liberdade. Diante da regra, criou-se aqui também uma exceção: a presunção de inocência não impede que o acusado seja preso antes de uma eventual condenação, contudo, essa prisão deveria se revestir do caráter cautelar.

“A conclusão foi pela não vedação da prisão cautelar, desde que ela não significasse uma antecipação da punição, sendo, no caso, uma prisão processual, que não pressupõe a culpa do acusado nem cumpre qualquer das finalidades atribuídas à pena de reclusão”⁴⁵. Assim, estabelecer distinções entre prisão processual e prisão penal foi a única solução encontrada para justificar na teoria a coexistência ‘aparentemente’ sem conflitos da prisão cautelar e do postulado da presunção de inocência.

Questiona-se, entretanto, o significado dessa presunção de inocência, se ela efetivamente presumiria como inocente ou se é apenas uma presunção de não culpabilidade. Na presunção de inocência a finalidade seria a não estigmatização do acusado, enquanto a não culpabilidade abrangeria tão somente o ônus da prova. A primeira trata o acusado como efetivamente inocente, fruto da tentativa de humanização do direito e do processo penal. A segunda alerta para um contrassenso em relação à presunção de inocência: se é presumida a inocência do acusado, por que então proceder à persecução penal? Presumir a inocência de um acusado é completamente paradoxal. A presunção de não culpabilidade declara que não há nem um culpado nem um inocente, mas um indiciado.

É este último o entendimento previsto no nosso ordenamento jurídico, constante na Carta Magna, no artigo 5º, LVIII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 562.

⁴⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 59.

Por outro lado, existem textos legais que falam expressamente na presunção de inocência, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos da ONU e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Considerá-la como efetiva presunção de inocência apresenta uma dupla aplicabilidade fática: como regra processual e de hermenêutica, orientadora de todo o processo (interpretação e valoração de normas) – *in dubio pro reo*; e também como princípio que impede qualquer lesão à liberdade do acusado antes de eventual condenação, salvo os casos de imperiosa necessidade.

Cabe então ao acusador comprovar a existência dos elementos necessários à condenação criminal do réu, tanto afirmando que se encontram preenchidos os requisitos de autoria e materialidade, bem como a inexistência de nenhuma excludente que justifica ou, até mesmo, exclua a responsabilização.

Além disso, cria também uma verdadeira regra de tratamento a ser seguida durante o processo. “Segundo essa regra, tendo em vista que o acusado ostenta condição presumida de inocente, o Estado não lhe poderá impor qualquer restrição pessoal baseada unicamente na possibilidade de uma condenação futura”⁴⁶.

Para além de uma aplicação meramente processual, deve ser uma perspectiva que privilegia todo o conteúdo político da presunção de inocência, considerando-a como uma norma orientadora de todo o processo, como um estado de ânimo frente ao acusado e um comportamento que perpasse todo o procedimento.

Para Aury Lopes Junior, confere-se também ao princípio da presunção de inocência a tarefa de se revelar como ferramenta ao garantismo, impondo-se como limite à atuação estatal e vedando, assim, qualquer tipo de punição antecipada⁴⁷.

Luiz Antônio Câmara afirma que o princípio da presunção de inocência “impede admitam-se prisões que importem no reconhecimento da execução antecipada da pena ou que constituam consequência lógica da imputação”⁴⁸.

⁴⁶ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011. p. 57.

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 10.

⁴⁸ CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997. p. 44.

Se a prisão preventiva se revelar uma execução antecipada da pena, as consequências podem ser devastadoras. Sobrevindo uma sentença condenatória que substitui a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e/ou multa, ou, até mesmo uma absolvição, de que valerá ter o acusado permanecido preso se, ao fim, seu destino será outro? Giuseppe de Luca afirma que o perigo da “antecipação de tutela se revela aqui em todas as suas trágicas proporções. Quando a medida cautelar é constituída da detenção preventiva, se o processo termina com a verificação negativa do crime, em nenhum caso se poderá remediar o dano injustamente sofrido pelo imputado”⁴⁹.

Para Maria Ignez Lanzelotti Baldez Katto, “o uso desmedido da prisão provisória revela a intenção do poder estatal de, como resposta imediata à sociedade, adequar o instituto processual cautelar a uma eficácia substancial, dissimulada na suposta necessidade de ordem pública”⁵⁰.

Por ser disciplinado por requisitos tão amplos e genéricos, o texto legal acaba proporcionando a aplicação discricionária da medida coercitiva, deixando ao juízo do magistrado a necessidade ou conveniência do seu cabimento.

Diante de todo o exposto, numa visão mais radical, as prisões cautelares sequer poderiam ser admitidas em nome da presunção de inocência ou da não culpabilidade do acusado. No entanto, encontram sua justificação nas situações excepcionais em que a liberdade do acusado poderá comprometer o regular andamento da persecução penal ou a atividade jurisdicional e sua eficácia.

Assim, só poderiam ser autonomamente admitidas se: para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal – indicativos do *periculum libertatis* - e quando houver prova da existência do crime e suficientes indícios de autoria, consubstanciados no *fumus comissi delicti*.

Também, para os crimes dolosos cuja pena máxima privativa de liberdade seja superior a quatro anos, quando tiver sido o acusado condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, idoso, criança, enfermo ou pessoa com deficiência.

⁴⁹ LUCA, Giuseppe di. **Liniamenti Della Tutela Cautelare. La Carcerazione Preventiva**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1953. p. 33. Trad. Livre.

⁵⁰ KATO. Op. cit. p. 83.

Ou, por fim, na hipótese de descumprimento das medidas anteriormente impostas (art. 282, §4º), quando subsidiárias, se observados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Além disso, parece importante salientar que mesmo nas hipóteses em que presentes os elementos acima indicados, não se deve esquecer o caráter excepcional da prisão cautelar, devendo ser a *última ratio*, quando nenhuma outra medida diversa for capaz de tutelar, sozinha ou em conjunto com outras, a persecução penal.

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

3 PRISÃO PREVENTIVA E ASPECTOS DA LEI 12.403/2011

3.1 CONSTITUCIONALIDADE E NATUREZA JURÍDICA

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

Aury Lopes Junior afirma que, por estar prevista na Constituição, a presunção de inocência é princípio reitor do direito processual penal. Afirma ainda que, “em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”⁵¹.

Contudo, o próprio texto constitucional prevê, para além da presunção de inocência, hipóteses de cabimento da prisão como medida de cautela, como a prisão em flagrante, através do mesmo artigo 5º, inciso LXI, e da inafiançabilidade de certos delitos, conforme inciso LXIII do referido artigo normativo⁵².

Se há uma difícil coexistência entre a presunção de inocência e as prisões cautelares⁵³, como afirma Aury Lopes Junior, é certo que não se pode abrir mão de nem uma coisa, nem outra.

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

Nas palavras de Claus Roxin, “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”⁵⁴. E prossegue dizendo que, “com isso, o

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual: liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. p. 70.

⁵² MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403/2011**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 121.

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 11.

⁵⁴ ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. Barcelona: Labor, 1952. v.2, p. 129.

princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário”⁵⁵.

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

Por constituírem medidas gravíssimas contra a liberdade do indivíduo, as custódias cautelares, e em especial a prisão preventiva, só podem ser decretadas quando estritamente necessárias, demonstrando-se, efetivamente, que a liberdade do acusado é extremamente nociva ao desenvolvimento do processo e à eventual execução do provimento condenatório⁵⁶.

Por adequação se entende a busca, no rol de medidas cautelares, por aquela que se mostra mais apta a fazer frente às finalidades cautelares para o caso concreto⁵⁷.

As prisões cautelares, portanto, não afrontam o princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República e sua necessária existência é importante e se justifica nas finalidades processuais de se impedir o desaparecimento ou comprometimento da prova ou garantir a execução da pena, de acordo com Luiz Antônio Câmara⁵⁸.

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

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

Se hoje a natureza da prisão preventiva é bem assentada na cautelaridade – considera-se a prisão preventiva uma medida cautelar de natureza pessoal (em conformidade aos ditames da novel Lei nº 12.403/2011), inclusive buscando seus

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 105.

⁵⁷ Id. Ibidem. p. 107.

⁵⁸ Id. Ibidem. p. 57.

fundamentos no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* -, outrora sua concepção não era tão bem definida.

Embora ilustres autores, a exemplo de Hélio Tornagui, já distinguissem a natureza cautelar e instrumental da prisão preventiva, independentemente da sua finalidade, esse pensamento, logo após a edição do Código de Processo Penal, não era bastante difundido como ocorre atualmente ⁵⁹.

A construção doutrinária e jurisprudencial dos últimos anos, principalmente após a Lei nº 5.349/1967 ⁶⁰, deixou clara a natureza acautelatória da prisão preventiva – o que veio a ser confirmado pela Lei nº 12.403/2011, conforme se demonstrará mais à frente. “Não há, nas obras da doutrina do processo penal brasileiro (...), dissensão acerca da natureza cautelar da prisão preventiva, seja qual for a hipótese que a ensejar” ⁶¹.

Não obstante, João Gualberto Garcez Ramos chega à conclusão de que “a prisão preventiva decretada por garantia de ordem pública não é cautelar nem antecipatória, mas medida judiciária de polícia, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo” ⁶².

Se, entretanto, ela é considerada a mais genuína das formas de prisão cautelar ⁶³, não se pode, em hipótese alguma, concebê-la afastada do seu caráter instrumental, preventivo, cautelar. Em outras palavras, a prisão preventiva não se confunde com cumprimento de pena. Sua aplicação se justifica “enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade” ⁶⁴.

A prisão preventiva, em voz corrente, não tem sido aceita como espécie de antecipação de pena ⁶⁵.

⁵⁹ TORNAGUI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Tomo IV. p. 1306.

⁶⁰ “Posteriormente à Lei nº 5.349/67, multiplicaram-se os pronunciamentos na natureza cautelar de toda e qualquer forma de prisão preventiva” (RAMOS, J.G.G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. p. 44).

⁶¹ *Ibidem*, p. 46.

⁶² *Ibidem*, p. 143.

⁶³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV. p. 57.

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 542

⁶⁵ HC 90464, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007; HC 100572, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009.

Embora o Código de Processo Penal não tenha livro próprio para ações cautelares, essa espécie de prisão foi sendo emoldurada ao longo do tempo, ganhando a feição indelével de medida cautelar, sempre submetida ao binômio *fumus comissi delicti e periculum libertatis*.

E não só isso. Segundo reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prisão preventiva deve sempre estar balizada pelos direitos e garantias individuais previstos na Constituição. São os direitos fundamentais, cuja eficácia imediata se reconhece (nos termos do §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal), que servem de limites ao poder estatal representado pela ordem de prisão.

Claus Roxin entende que “a prisão preventiva no processo penal é a privação da liberdade do imputado para o fim de assegurar o processo de conhecimento ou a execução da pena”⁶⁶.

Luiz Antônio Câmara, por sua vez, lembra que a custódia “pode (...) ter duração equivalente à do próprio processo, sendo possível afirmar que ela somente cessa, estando o encarcerado preso, com o início da execução propriamente dita”⁶⁷.

O acusado ou indiciado, na prisão preventiva, não pode ser visto como objeto de satisfação do desejo generalizado de punição da sociedade. Ao contrário, é a prisão preventiva que serve à persecução penal efetiva, e, no proveito desta, aquela se justifica, nas hipóteses e de acordo com requisitos legais, sempre observada a dignidade da pessoa humana com os direitos e garantias individuais que lhe são inerentes.

Não se pode retornar, com a prisão preventiva, a chamada *lettre-de-cachet*⁶⁸, referida por Foucault em sua obra ‘A verdade e as formas jurídicas’. “Esta ideia de aprisionar para corrigir, de conservar a pessoa presa até que se corrija, essa ideia paradoxal, bizarra, sem fundamento ou justificação alguma ao nível do comportamento humano”⁶⁹.

A prisão preventiva, ainda que duramente criticada em alguns de seus aspectos por parte considerável da doutrina, constitui um instrumento importante e

⁶⁶ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 129.

⁶⁷ CÂMARA, Luiz Antônio. Op. cit. p. 122.

⁶⁸ “A *lettre-de-cachet* não era uma lei ou um decreto, mas uma ordem do rei que concernia a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer alguma coisa. (...) Na maioria das vezes, porém, ela era um instrumento de punição. (...) É interessante notar que a prisão não era uma pena do direito, no sistema penal dos séculos XVII e XVIII”. (FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003. p. 95-98.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 98.

necessário para o processo penal, desde que bem observados os seus fundamentos legais e obedecidos os seus princípios diretores.

3.2 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A doutrina mais corrente, identificando os fundamentos da prisão preventiva essencialmente no atual artigo 312 do Código de Processo Penal, divide-os em pressupostos e requisitos. Os pressupostos seriam a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Os requisitos, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e o assecuramento de aplicação da lei penal. Os pressupostos traduziriam o *fumus comissi delicti* e os requisitos (ao menos um deles) representariam o *periculum libertatis* no binômio comum das cautelares em geral.

Nesse sentido, para que uma prisão preventiva seja validamente decretada, imprescindível a presença concomitante dos pressupostos e a configuração, sempre no caso concreto, de pelo menos um de seus requisitos (alternativos).

O pressuposto prova da existência do crime deve ser entendido, como já ensinava Hélio Tornagui, como “prova da existência do fato criminoso em sua materialidade”⁷⁰. Segundo ele – diferente do raciocínio para recebimento de denúncia ou queixa -, para a decretação da prisão preventiva é necessária a existência de fato que seja crime em tese e que também seja crime na hipótese. A prisão não se conformaria com a tipicidade (crime em tese), sendo necessário averiguar eventual excludente de ilicitude.

Em suma, a prova da existência do crime, exigida pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, não deve se contentar com mera tipicidade, deve dar um passo além, sem antecipar culpa, na busca de elementos fáticos que, naquele caso concreto, realmente demonstrem a existência de um crime e não apontem nenhuma excludente de ilicitude (art. 314, Código de Processo Penal).

Não se pode exigir prova cabal e conclusiva nesse sentido (a mesma exigida para a condenação) – sob pena de inviabilizar a prisão em muitos casos onde ela é

⁷⁰ TORNAGUI, Hélio. Op. cit. p. 1308.

imprescindível e a existência do crime só poderá ser efetivamente provada com a instrução -, mas também não se coaduna a medida extrema com “resquícios” de materialidade. Entre a profundidade do mérito e a superficialidade da tipicidade, o julgador deve procurar o meio termo que traduza a convicção sumária de que um crime, de fato, tenha acontecido.

A letra da lei foi mais feliz na tradução do pressuposto de indício suficiente de autoria. Não exige a norma prova cabal da autoria – o que seria inviável antes do desfecho da persecução penal – mas sim indícios ⁷¹ veementes de que o sujeito passivo da prisão seja o autor do crime. O pressuposto representa a “suspeita jurídica da responsabilidade do acusado” ⁷².

Os indicativos de autoria para a decretação da prisão preventiva devem ser concretos, convergentes e em número suficiente para traduzir uma forte suspeita em relação ao agente.

Evidente que é o juiz, dentro da sua livre convicção ou persuasão racional, que vai avaliar sobre a pertinência e suficiência dos indícios de autoria, mas deve fazê-lo, sempre, com base em elementos concretos e de forma fundamentada. A averiguação da autoria na prisão preventiva não exige a certeza plena, nem se contenta com a suspeita ocasional lançada por algum indício isolado e inconsistente.

A prisão preventiva decretada com base na conveniência da instrução criminal visa salvaguardar a instrução do inquérito ou do processo que, diante da liberdade do agente, está ameaçada ou corre o risco objetivo de ser desvirtuada.

A necessidade da prisão está no fato de que o agente, ou alguém por ele, está impedido ou atrapalhando a escorreita produção de provas. A condição de liberdade do réu ou indiciado – algumas vezes fomentada pelo seu cargo, condição social ou política e até poder econômico -, empiricamente, está maculando ou desvirtuando a produção probatória.

É o caso de réus que ameaçam vítimas e testemunhas, destroem evidências materiais ou procuram, de qualquer modo, atravancar o curso e o desfecho da persecução penal.

O caráter instrumental (ou cautelar) da prisão preventiva, por esse requisito, fica bastante evidente. O que se tutela, com a medida, é o próprio interesse estatal

⁷¹ “A palavra indício está empregada (...) no sentido de provas leves, provas fracas” (TORNAGUI, H. **Compêndio de processo penal**, p. 1308).

⁷² FARIA, Bento de. **Código de processo penal**, p. 368 *apud* AQUINO, J. C. G. X. de; NALINI, J. R. **Manual de processo penal**. São Paulo: RT, 2009. p. 300.

num processo penal efetivo, cujo resultado é absolutamente dependente da colheita de provas que melhor retrate o acontecimento pretérito dos fatos.

Evidente que a locução “conveniência”, citada na lei, não deve ser interpretada ao pé da letra. Diante da excepcionalidade da medida cautelar e do postulado da não-culpabilidade, a prisão deve ser mais do que ‘conveniente’ para a instrução, deve ser necessária e adequada às circunstâncias do fato, condições pessoais do agente e gravidade do crime, conforme artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Ainda, segundo Aury Lopes Junior, é cabível também nos casos de ameaça ou intimidação do juiz ou promotor do processo, tumultuando o seu regular desenvolvimento⁷³.

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

Pelo requisito do asseguramento de aplicação da lei penal, a prisão preventiva deve ser decretada para assegurar que, ao final e com o desfecho do processo, a lei penal tenha efetividade – essencialmente fazendo com que o imputado se submeta à eventual sanção que lhe seja imposta em futura decisão condenatória.

É a prisão servindo como uma espécie de “garantia” ao cumprimento da pena e de submissão do réu ou indiciado ao que lhe reserva diante do processo e do crime que, aparentemente, cometeu – lembre-se dos pressupostos da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Como se o legislador, para estabelecer o requisito, tivesse indagado: de que adianta todo um inquérito, um processo, movimentando toda a máquina judiciária se, ao final, não estará o réu presente para se sujeitar à sanção que lhe for imposta?

Importante destacar, mais uma vez, a inaplicabilidade de suposições para justificar a medida. Imprescindível que, no específico caso concreto, de acordo com a atuação do agente, fique caracterizada a fuga, a tentativa de fuga ou a propensão empírica de ele assim o fazer.

Não é necessário que o imputado fuja para que somente depois se decrete a prisão preventiva (até porque nesse caso a medida seria inicialmente ineficaz), mas

⁷³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 78.

também não pode o juiz se valer de conjecturas desprovidas de circunstâncias que indiquem essa real possibilidade.

Bastante criticada pela doutrina e, considerada por muitos, previsão inconstitucional no ordenamento processual penal, a garantia da ordem pública possui um conceito aberto, “vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico”⁷⁴ a qual “presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”⁷⁵, de significado, ainda, “ambíguo e exageradamente dúctil”⁷⁶.

A garantia da ordem pública é taxada pelos doutrinadores de índole garantista⁷⁷ como conceito amplo, vago, passível de receber todo e qualquer tipo de fundamentação, destituída de função cautelar e dotada de inconstitucionalidade⁷⁸.

De acordo com Luiz Antônio Câmara, o conceito é tão amplo que chega a abarcar os outros três requisitos, pois, possível argumentar que a conveniência da instrução criminal, o asseguramento da aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica objetivam, em última análise, garantir, também, a ordem pública⁷⁹.

Conceitos vagos e indeterminados⁸⁰ 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 concreto⁸¹. Devido às características elencadas até aqui, torna-se possível aos magistrados decidirem das mais diversas formas, não observando as ‘regras do jogo’.

Por ter uma definição bastante genérica e, como consequência, também perigosa em se tratando de prisão preventiva, tanto doutrina quanto jurisprudência estabeleceram alguns parâmetros interpretativos. Assim, pode-se afirmar que a garantia da ordem pública é pautada, dentre outros, pelo clamor público, pela gravidade da infração, pela probabilidade de reiteração criminosa ou pela

⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 91.

⁷⁵ Idem. Ibidem. p. 76.

⁷⁶ CÂMARA, Luiz Antônio. Op. cit. p. 130.

⁷⁷ Nesse sentido: Aury Lopes Jr., Eugênio Pacelli de Oliveira, Geraldo Prado, Luigi Ferrajoli, Luiz Antônio Câmara, dentre outros.

⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.3. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 553.

⁷⁹ CÂMARA, Luiz Antônio. Op. cit. p. 130.

⁸⁰ Idem. Ibidem. p. 131.

⁸¹ MACHADO CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 90.

periculosidade do acusado, justificando-se, também, no argumento da credibilidade das instituições repressivas estatais.

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

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

João Gualberto Garcez Ramos – que também nega a natureza cautelar da prisão preventiva por esse requisito – afirma, com muita propriedade, que “o conceito de ordem econômica se insere no de ordem pública, sendo uma especificação deste”⁸².

Lembra muito bem o referido autor que o artigo 170 da Constituição Federal é parâmetro de avaliação do requisito, concluindo que “atentados contra a ordem econômica serão, em suma, aqueles tendentes a atingir qualquer dos princípios indicados na norma constitucional”⁸³.

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

Percebe-se que a maioria da doutrina defende a prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal, bem como em prol da instrução criminal, rechaçando, no entanto, os fundamentos “ordem pública” e ‘ordem econômica’, uma

⁸² GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 144.

⁸³ Idem.

vez que destituídos de natureza cautelar, existindo corrente minoritária divergente, a qual defende um processo penal sem prisão preventiva.

3.3 HIPÓTESES LEGAIS DE ADMISSIBILIDADE E INADMISSIBILIDADE

Os limites de incidência da prisão preventiva ou, como preferem os autores Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques⁸⁴, as condições de admissibilidade da custódia cautelar, estão previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal⁸⁵.

Conclui-se, primeiramente, ao analisar o dispositivo supramencionado, que ao limitar as hipóteses de incidência da prisão preventiva às condições previstas nos incisos I, II e III, o legislador limitou, também, o cabimento da custódia cautelar aos pressupostos (probatórios e cautelares) do artigo 312 do Código de Processo Penal. Em outras palavras, a medida preventiva máxima será autorizada nos casos expressos pelo artigo 313, sempre que verificada a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

A nova lei pretendeu diminuir o rol de crimes que, a princípio, admitiriam a prisão preventiva, evidenciando aqui seu caráter descarcerizador. Passado esse primeiro, - mas fundamental -, ponto, prossegue-se à análise das condições que admitem a decretação da prisão preventiva.

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 150.

⁸⁵ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

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

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

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

IV – (revogado)

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

Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, o inciso primeiro do artigo afirma que será cabível nos crimes. Ou seja: não será admitida, em nenhuma forma, se verificada a ocorrência de uma contravenção penal.

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

A Lei 12.403/2011 ao limitar a incidência da prisão preventiva aos crimes com pena superior a quatro anos, como o fez, inseriu, ainda que timidamente, como afirma Luiz Antônio Câmara, o princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro, ao estabelecer que “a prisão preventiva não será decretada no caso de infrações não graves”⁸⁶.

Para os demais crimes dolosos cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos, a prisão somente será admitida em caráter excepcional se for o acusado reincidente – desde que condenado pela prática de outro crime doloso com sentença penal transitada em julgado; quando preso em flagrante delito e, tendo sido imposta medida cautelar diversa, esta restar descumprida. Note-se que para essa última hipótese, o juiz poderá buscar a cumulação com outra medida diversa com base na proporcionalidade, deixando a prisão preventiva somente para os casos em que esta cumulação se mostrar insuficiente.

O inciso II trata da situação do réu reincidente em crime doloso. Aqui, admite-se a prisão preventiva se já tiver sido o réu condenado por outro crime doloso, qualquer tenha sido a sua pena, por sentença transitada em julgado, feita a ressalva do artigo 64, I, do Código Penal, que fala da prescrição da reincidência.

Esse dispositivo trata, em última análise, da reincidência, punida novamente no sistema jurídico penal com a possibilidade de decretação da prisão preventiva, desde que presentes, reafirmam-se, os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. “Infelizmente, optou o legislador em seguir na linha máxima de estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem*”⁸⁷.

⁸⁶ CÂMARA, Luiz Antônio. Op. cit. p. 147.

⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual: liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Op. cit. p. 83.

Pensar a prisão cautelar justificada apenas pelo fato de ser o réu reincidente traduz uma evidente violação ao princípio da proporcionalidade, além de mitigar a verdadeira finalidade da prisão cautelar, chegando a beirar a inconstitucionalidade da medida. “Reincidência é a instituição do *bis in idem*. Quer-se dizer: punição duas vezes pelo mesmo fato em afronta a regra proibitiva clara da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica): art. 8º, item 4”⁸⁸.

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

A terceira situação fática, presente no inciso III, autoriza a prisão cautelar se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo, ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A inclusão do inciso III, do artigo 313, do Código de Processo Penal decorre da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), prevendo a custódia cautelar nos casos de violência não só contra a mulher, mas também contra criança, adolescente, idoso, enfermo e pessoa com deficiência, sempre, entretanto, no contexto de habitação da violência doméstica, como lembra Aury Lopes Junior⁸⁹.

Cumprido esclarecer que essa condição, como todas as outras, não implica na obrigatoriedade da prisão preventiva sempre que envolver os casos referidos no inciso. A custódia pode ser decretada se realmente “necessária para garantir a execução de medidas protetivas de urgência aplicadas por força de lei”⁹⁰, jamais para a satisfação de outro requisito, observando-se, ainda, a eficácia das demais medidas alternativas à prisão, cuja utilização é sempre prioritária.

Conclui-se, então, que o Estado deve buscar outras medidas para garantir a proteção da vítima, que não a custódia cautelar, prevalecendo o mínimo intervencionista do Estado na esfera das liberdades individuais e públicas.

A Lei 12.403/2011 introduziu ainda um parágrafo único, quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

⁸⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 769.

⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 84.

⁹⁰ MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 136-137.

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

O principal problema que se apresenta aqui é a constatação do *periculum libertatis*, que acaba se limitando a uma presunção de perigo frente à falta de identificação civil do acusado. Por esse motivo é que se faz imperiosa a imediata colocação em liberdade após a identificação, quando não subsistir outro motivo que justifique a medida.

Aury Lopes Junior defende que, também nesse caso, devem incidir, além da situação autorizadora do inciso III, a prova de existência do crime e suficientes indícios de autoria ⁹¹.

A leitura desse dispositivo deve ser feita em conjunto com a lei 12.037/09, que regulamenta a identificação criminal. A lei dispõe que o civilmente identificado, mediante apresentação da carteira de identidade, de trabalho, profissional, passaporte, identificação militar, ou outro documento público que forneça a identificação do indiciado, não poderá ser submetido à identificação criminal – datiloscópica ou fotográfica. Não sendo possível a identificação civil, e depois de realizada a identificação criminal, dependendo do caso poderá ser decretada a prisão preventiva (desde que observadas as hipóteses de cabimento).

O Código de Processo Penal estabelece, além das hipóteses de cabimento, as hipóteses em que a prisão preventiva não poderá ser decretada, exigindo uma interpretação sistemática, por vezes a *contrario sensu*.

Assim, pela atual redação, ordinariamente não se permite a prisão preventiva para os crimes culposos (artigo 313, I, do Código de Processo Penal); para os crimes com pena máxima igual ou inferior a quatro anos e, evidentemente, para as infrações não sujeitas a pena privativa de liberdade (§1º, do artigo 283, do Código de Processo Penal); por fim, quando o juiz verificar alguma excludente de ilicitude (artigo 314, do Código de Processo Penal).

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

⁹¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 85.

Essa última hipótese de inadmissibilidade é redundante, porquanto na presença de excludente de ilicitude não há crime, de modo que já estaria afastado o pressuposto essencial para decretação da prisão preventiva – prova da existência do crime (artigo 312, do Código de Processo Penal). Não obstante, a hipótese de inadmissibilidade vem se repetindo desde a concepção do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Além dessas hipóteses de inadmissibilidade, vale a lembrança, “o processo penal brasileiro contempla diversas hipóteses de imunidades, parciais ou totais, à prisão anterior à condenação definitiva. Trata-se de privilégios estabelecidos *ratione muneris*, isto é, em razão da relevância da função pública desempenhada”⁹². Tome-se, como exemplo, o Presidente da República (artigo 86, §3º, da Constituição Federal) que não está sujeito à prisão enquanto não sobrevier sentença condenatória.

3.4 PRISÃO EM FLAGRANTE E A CORRELAÇÃO COM A PREVENTIVA

Outra importante inovação operada pela Lei nº 12.403/2011 foi tornar a prisão em flagrante absolutamente precária, com prazo exíguo de subsistência. “A prisão em flagrante somente subsistirá entre a lavratura do auto e sua análise judicial”⁹³. Não é mais possível a simples manutenção da prisão em flagrante pela autoridade judiciária⁹⁴. Pierpaolo Bottini destaca os institutos do flagrante e da preventiva como sucedâneos. Com isso, a partir de agora, “o réu privado de liberdade no processo ou está preso em flagrante – situação efêmera – ou está em prisão preventiva”⁹⁵.

Se antes do advento da referida Lei podia-se dizer que a prisão em flagrante constituía uma forma autônoma de prisão provisória, suficiente, por si só, para

⁹² GARCEZ RAMOS, João Gualberto. Op. cit. p. 313.

⁹³ BADARÓ, G. H. R. I. **Reforma das medidas cautelares pessoais no CPP e os problemas de direito intertemporal decorrentes da lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** Boletim IBCCRIM – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 19, n.223, p. 10-11, jun. 2011.

⁹⁴ BANDEIRA, M. T. **O fim da prisão em flagrante como espécie de prisão cautelar: lei nº 12.403/11.** Disponível em www.ibccrim.org.br. Acesso em: 22 jul. 2013.

⁹⁵ BOTTINI, P. C. **Mais reflexões sobre a lei 12.403/2011.** Boletim IBCCRIM – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 19, n. 223, p. 13, jun. 2011.

sustentar a custódia ⁹⁶ por um prazo razoavelmente incerto (avaliando-se sobre o cabimento ou não de liberdade provisória, art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal) – isso não é mais verdade.

Parte da doutrina processual penal brasileira costuma classificar, erroneamente, a prisão em flagrante como uma espécie de medida cautelar. O flagrante é uma medida precária, uma mera detenção que não possui a finalidade de garantir o desenrolar do processo. Até por essa razão é que pode ser decretada por um particular ou pela autoridade policial ⁹⁷.

O flagrante não pode ser considerado uma medida cautelar pessoal, mas sim, revestido de um caráter pré-cautelar, que se destina a colocar o detido à disposição do Poder Judiciário para que ele verifique a necessidade de se adotar ou não uma medida verdadeiramente cautelar. Afirma-se o caráter autônomo e instrumental da prisão em flagrante ⁹⁸.

Assim, no prazo fatal de vinte e quatro horas, o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz, que fundamentadamente decidirá entre o relaxamento da prisão; conversão em prisão preventiva (desde que presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*); decretação de uma ou mais medidas cumuladas alternativas da prisão; concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.

Percebe-se, pela nova Lei nº 12.403/2011, que a preventiva, no caso de conversão, vai servir para transformar uma prisão administrativa (flagrante), que não deve ter subsistência, em prisão que seja decretada por escrito, de forma fundamentada, por autoridade judiciária competente – conforme estabelece o inciso LXI do artigo 5º, da Constituição Federal.

Assim, flagrante e preventiva estão umbilicalmente relacionados. Os pressupostos da prisão preventiva (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) deverão estar presentes no auto de prisão em flagrante, assim como o juiz deverá avaliar sobre a necessidade da prisão preventiva, sobre o seu caráter subsidiário e seus fundamentos, pelas peças que integrarem ou acompanharem esse auto. Eis um problema que se vislumbra com a nova Lei.

O sistema processual penal brasileiro, portanto, nunca exigiu muito do auto de prisão em flagrante no que se refere à instrução e diligências por parte da

⁹⁶ GARCEZ RAMOS, João Gualberto. Op. cit. p. 396-397.

⁹⁷ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 7.

⁹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 37-38.

autoridade policial⁹⁹. Instrução e diligências que, cada vez mais, se apresentam como inseparáveis de uma concreta fundamentação judicial. Não há como o juiz traduzir legalmente os pressupostos, requisitos e, agora também, as diretrizes e a subsidiariedade da prisão preventiva sem informações razoáveis sobre as circunstâncias do fato e sobre a pessoa do imputado.

Daí se percebe a importância de a polícia judiciária instruir adequadamente todos os autos de prisão em flagrante. “Questiona-se sobre a dificuldade do juiz em decidir somente com os dados do auto de prisão em flagrante. Será importante que a polícia aparelhe melhor o auto, fornecendo elementos ao juiz”¹⁰⁰. Não obstante, a imprescindibilidade de um sistema de controle de antecedentes criminais abrangente, claro e eficiente, sob pena de soltura de presos em casos onde a prisão preventiva seja necessária.

Há uma aparente preocupação com isso na Lei nº 12.403/2011, quando, no artigo 289-A do Código de Processo Penal, prevê a criação de banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, para o registro de mandados de prisão¹⁰¹.

Diante da necessidade de fundamentação concreta, não tem como o juiz presumir circunstâncias que autorizem a prisão. É necessária, nesse sentido, uma atuação mais pró-ativa da autoridade policial e do Ministério Público. Aliás, não é por outro motivo que a Lei determinou a comunicação imediata das prisões em flagrante para o último (art. 306, Código de Processo Penal) e a possibilidade de ambos representarem pela preventiva (parte final do art. 311, Código de Processo Penal).

Não obstante esta umbilical relação entre o flagrante e a prisão preventiva, nada impede que o juiz relaxe o primeiro por alguma ilegalidade e, na sequência, determina a preventiva¹⁰². Vai depender, evidentemente, do motivo do relaxamento, de qual a ilegalidade existente. Se for alguma ilegalidade formal ou porque não se configuraram as situações de flagrância (art. 302, Código de Processo Penal), está livre ao juiz para, se for o caso, decretar a preventiva. Por outro lado, se o flagrante foi ilegal porque não há crime que o justifique, por exemplo, a situação é diferente,

⁹⁹ A lei é pouco exigente, inclusive, com relação a testemunhas do fato (art. 304, §2º, Código de Processo Penal).

¹⁰⁰ FERNANDES, A. S. **Medidas cautelares. Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 19, n. 224, p. 01-19, jul. 2011. p. 6.

¹⁰¹ A Resolução nº 137/CNJ, de 13 de julho de 2011, regulamenta o banco de dados de prisão.

¹⁰² Desde que, evidentemente, haja necessidade da medida diante das diretrizes, pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

na medida em que faltaria um dos pressupostos (prova da existência do crime) para a custódia do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Questão que se coloca nessa correlação entre o flagrante e a preventiva é sobre a vedação de liberdade provisória para determinados crimes, a exemplo do tráfico de drogas, de acordo com o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

Nessas situações, acaso se admita a proibição legal, restariam apenas duas possibilidades para o juiz: relaxamento ou conversão em prisão preventiva. Até aí, tudo bem. O problema surge se não estiverem presentes os pressupostos e, principalmente, os requisitos da prisão preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal); afinal, nem todos os crimes de tráfico (esse é o exemplo tomado) estão a exigir, como necessária, a prisão preventiva.

A decretação automática de uma prisão preventiva, por decorrência de lei, viola a própria Constituição Federal, no caso o inciso LXI do artigo 5º. Referida norma, que traduz direito e garantia individual inderrogáveis, estabelece que a prisão de qualquer pessoa só pode ocorrer (à exceção de infrações militares) por flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Antes do advento da Lei nº 12.403/2011 era possível, nessas situações de vedação legal – ao largo da discussão sobre a constitucionalidade – indeferir a liberdade provisória e manter hígido o flagrante (uma forma de prisão prevista na Constituição) até a sentença, já que este configurava uma forma autônoma, com chancela judicial, que sustentava a prisão provisória até a sentença.

Agora, após a vigência da Lei nº 12.403/2011, o flagrante não constitui título judicial hábil para sustentar custódia cautelar. Não ganha mais a chancela judicial, muito menos subsiste depois do conhecimento pelo juiz.

De outra parte, a Constituição, para a prisão preventiva, exige ordem escrita e fundamentada. O artigo 93, inciso IX, também vai nesse sentido e o Código de Processo Penal é explícito no artigo 315.

Fundamentação, para ser válida, como dito, tem de ser real, concreta, não sendo suficiente para isso a mera remissão à lei. O juiz deve trazer razões de direito, mas principalmente, de fato, para cercear a liberdade de alguém. Por consectário, a prisão preventiva não pode ser *ex vi legis*, sob pena de violação de norma constitucional e infraconstitucional de primeira grandeza, que traduz o princípio da motivação das decisões judiciais.

Em outros termos: a prisão preventiva, enquanto ordem escrita para a prisão de alguém, deve ser fundamentada (artigo 5º, LVI, CF) e as razões, para observarem preceito constitucional (artigo 93, IX, CF) e infraconstitucional (artigo 315, CPP), necessariamente devem estar vinculadas à situação de fato e não apenas a uma negativa legal de liberdade provisória – que, para muitos, contraria o estado de inocência.

No detalhe, veja-se que a adequação da medida às circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado é, a partir da Lei nº 12.403/2011, uma das diretrizes das cautelares pessoais (dentre elas a preventiva). Desse modo, preventiva que seja decretada por decorrência de lei, em abstrato, viola a norma sistêmica do artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal, ao não tomar em conta essas circunstâncias e, por vezes, a própria gravidade do crime.

A partir da Lei nº 12.403/2011, nas situações de vedação da liberdade provisória (a exemplo do artigo 44 da Lei nº 11.343/2011), caberá ao juiz verificar a necessidade da prisão preventiva, através da presença de seus pressupostos, requisitos e diretrizes, e, não sendo o caso, conceder a liberdade reconhecendo a inconstitucionalidade da proibição legal, se for o caso, aplicando alguma medida diversa da prisão.

3.5 A MUDANÇA DE PARADIGMA

A par das alterações legislativas a que já se fez referência, a concepção sobre a prisão preventiva também veio sendo alterada com o passar dos anos.

Outrora bastante vinculada à gravidade do crime, à fiança, com pouca ou nenhuma função instrumental e muitas vezes bastante ligada ao mérito da imputação (materialidade e autoria) e à própria culpabilidade, a prisão preventiva veio sendo contrastada com o princípio da presunção de inocência, com isso ganhando novos contornos de índole constitucional.

A gravidade do crime passou a ter menor relevância (agora restabelecida pela Lei nº 12.403/2011) para a decretação da medida que, hodiernamente se reconhece, tem essencial função cautelar e deve passar o quanto possível longe do mérito da imputação. A materialidade e a autoria, assim, devem ser analisadas sob a

regência do princípio da não-culpabilidade, apenas naquilo que for suficiente (sem antecipar culpa, pré-julgar ou fazer profunda incursão nas provas) para legitimar a medida extrema que só deve ser aplicada em casos de necessidade concreta.

O cabimento (ou não) de fiança ¹⁰³, que já foi parâmetro (hipótese de admissibilidade), deixou de ser tomado em conta para a decretação da prisão preventiva – principalmente em função das alterações legislativas. Hoje, para efeito de decretação da prisão preventiva, não interessa mais ao juiz saber se o crime é afiançável ou não.

Também, abandonou a doutrina e a jurisprudência, a conclusão de que a salvaguarda da integridade física do imputado é motivo para sua custódia cautelar. O paradigma dessa espécie de prisão provisória sofreu relevantes mutações desde a edição do Código de Processo Penal de 1941 e teve grande alteração, agora, pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011 ¹⁰⁴.

Conforme já ocorrera em Portugal, quase quatro anos antes, de acordo com o regime introduzido pela Lei nº 48, de 29 de agosto de 2007, a prisão preventiva passou a “constituir a *ultima ratio* ou *extrema ratio* das medidas de coação, apenas se podendo aplicar quando se demonstre que todas e cada uma das restantes medidas cautelares se revelam inadequadas ou insuficientes a cumprir os fins a que se destina” ¹⁰⁵.

O legislador ordinário daquele país – conforme esclarece Paula Marques de Carvalho – estruturou os seguintes princípios no âmbito dessa matéria: legalidade, necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade ¹⁰⁶. Fica claro para o intérprete da Lei nº 12. 403/2011, numa visão sistemática, que o caminho trilhado pelo legislador brasileiro foi o mesmo.

Essa Lei começa por alterar o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, agora também tratando, ao lado da prisão e da liberdade provisória, das medidas cautelares.

¹⁰³ Que tem vinculação com a gravidade do crime, na medida em que normalmente são inafiançáveis os crimes mais graves.

¹⁰⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões. Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 19, n. 223, p. 15-16, jun. 2011.

¹⁰⁵ CARVALHO, Paula Marques de. **As medidas de coação e de garantia patrimonial: uma análise prática à luz do regime introduzido pela lei nº 48/2007, de 29 de agosto**. 2ª ed. Portugal – Coimbra: Almedina, 2008. p. 135.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 137.

Além de criar algumas medidas cautelares, o legislador acabou por reconhecer, em lei, a natureza cautelar da prisão preventiva, topográfica e expressamente. Nesse sentido, o artigo 319 estabelece quais são as medidas cautelares diversas da prisão.

Ninguém mais negue, portanto, que a prisão preventiva é uma das medidas cautelares pessoais que o Código prevê, ao lado de outras agora recentemente criadas.

Assim, a prisão preventiva fica definitivamente vinculada aos requisitos do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, tradutores da sua excepcionalidade enquanto medida cautelar.

Elaborada dentro desse contexto de encarcerização em massa, de realocação dos “improdutivos” econômicos diretamente para o sistema penal, a lei 12.403, de 04 de maio de 2011 surge, após quase uma década de tramitação, como um embrião do rompimento com o cárcere.

No último século, a falência do instituto prisão, bem como de suas finalidades principais roubam o cenário do direito penal. Com efeito, o sistema penal não consegue reabilitar ninguém para o convívio social. Pelo contrário, representa-se como uma instituição violenta e repleta de opressões, que servem apenas para reforçar valores negativos do preso. É praticamente impossível tentar restaurar alguém para o convívio em liberdade em uma situação de não liberdade.

“A prisão, em vez de conter a delinquência, tem lhe servido de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades (...) possibilita toda a sorte de vícios e degradações”¹⁰⁷.

Nesse contexto, as discussões legislativas passam, timidamente, a se orientar a partir de um viés contrário ao cárcere. “Veja-se, por exemplo, que, desde o ano de 1998, com a Lei 9.714, a nossa legislação penal passou a ampliar as hipóteses de aplicação da pena restritiva de direitos”¹⁰⁸ e prossegue o autor ao afirmar: “O objetivo é obvio: evitar o excesso de privações de liberdade”¹⁰⁹.

A Lei 12.403/2011, apesar de prever mais uma hipótese de cabimento de prisão preventiva, quando do descumprimento de eventual medida alternativa anteriormente imposta, no geral, apresenta-se como um grande avanço no contexto

¹⁰⁷ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 14^a ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 15.

¹⁰⁹ Idem.

processual penal brasileiro. Primeiramente, rompe com o binário reducionista do qual dispunha o juiz antes da lei, qual seja, a prisão preventiva ou a liberdade provisória, oferecendo-lhe um rol de medidas substitutivas da prisão. Em segundo lugar, propõe limites circunstanciais verdadeiramente excepcionais, admitindo-se a prisão somente em casos extremos, nos quais nenhuma outra medida seria capaz de tutelar o processo.

A lei pecou por manter alguns conceitos tão abstratos e amplos, como, por exemplo, ordem pública, conveniência da instrução, entre outros. Mas, no geral, pretende sim, excepcionar o cabimento da prisão preventiva.

“É dizer: agora, com as novas regras, somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo”¹¹⁰.

“Mas de nada servirá uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver o principal: o rompimento da cultura inquisitorial-encarcerizadora dominante”¹¹¹. Para que os reflexos da lei produzam seus efeitos pretendidos, a mudança deve partir dos atores judiciários. Se não houver alteração, corremos o risco de manter a situação assim com está, sem qualquer evolução democrática. Ou pior: a banalização e a distorção das medidas alternativas à prisão, conduzindo a uma expansão desenfreada do controle penal.

3.6 REFLEXÕES SOBRE O CENÁRIO ATUAL

“A expressão ‘expansão do direito penal’ converteu-se em um *topos* característico do atual debate político criminal. (...) vivemos num claro processo crescente de criminalização”.¹¹²

A expansão do controle realizado pelo direito penal o converte em um recurso primário para gestão de conflitos sociais. O direito penal tem deixado de ser

¹¹⁰ Idem. Ibidem. p. 09.

¹¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 04.

¹¹² SANCHEZ, Bernardo Feijó. **Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”**. **Notas sobre a política criminal no início do século XXI**. Revista Liberdades. Nº 7 – maio/agosto de 2011. p. 23.

a *ultima ratio* do sistema, para se tornar a *prima ratio*. Ou, muitas vezes, até mesmo a *sola ratio*.

Atualmente, a obsessão por segurança vem se tornando uma tendência quase que homogênea na sociedade. Nesse contexto, “o alarme social que se cria em torno da criminalidade acaba por provocar um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança, ainda que simbólica” ¹¹³.

Verifica-se a emergência do Estado Punitivo, caracterizado pela redução intervencionista no âmbito social e econômico e aumento da tutela no cenário criminal, ideologicamente ligado a um suposto aumento da própria criminalidade. Vincula-se o “sucesso” das políticas econômicas a essa nova política criminal da intervenção máxima. É projetada na gestão pública a responsabilidade de controlar todos os conflitos sociais.

O direito penal se reveste de uma função meramente simbólica, qual seja, “atuar como mecanismo tranquilizador da opinião pública que, hegemonicamente, busca amparo e assistência ao invés de reconhecimento dos seus direitos” ¹¹⁴.

Assim, essa atuação estatal apresenta duas constatações importantes. No mesmo momento em que incentiva a desconfiança no Judiciário, acaba por consagrar a jurisdição criminal, desqualificando qualquer solução apresentada ao conflito que não seja penal. A consequência disso é muito grave: um aumento vertiginoso do número de detentos, restringindo-lhes a liberdade.

“Esse encarceramento em massa reflete, na realidade, uma estrutura de dominação contemporânea que mascara uma exclusão capitalista ainda mais perversa, o isolamento e a neutralização dos miseráveis em praticamente todo o globo” ¹¹⁵.

Essa exclusão do pobre tem como escopo evitar desordens em razão da desregulamentação da economia, fazendo por aumentar a intervenção do aparelho policial e judiciário nessas classes definidas como “classes de criminosos”. Não é o nível de criminalidade que vai determinar o índice de encarceramento, mas sim as decisões políticas, econômicas e culturais de uma sociedade. Tem a ver, portanto, com o maior ou menor número de desocupados, miseráveis, excluídos do mercado

¹¹³ PASTANA, Débora Regina. **Estado Punitivo e Encarceramento em Massa: retratos do Brasil atual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais 2009 – RBCrim, nº 79. p. 314.

¹¹⁴ Ibidem, p. 315.

¹¹⁵ Idem. Ibidem, p. 316.

de trabalho. Esta parece ser a única política pública do capitalismo tardio: o programa habitacional do cárcere. “Essa massa excluída do trabalho e, conseqüentemente, do consumo, fica submetida a um gigantesco sistema penal responsável não mais por disciplinar os desviantes, mas sim por conter o refúgio social produzido pelo recente contexto liberal” ¹¹⁶.

No entanto, essa teoria não é recente. Karl Marx já havia discutido a necessidade de afastamento do sistema em virtude da necessidade da burguesia. “O crime retira do mercado de trabalho parte da população supérflua e por isso reduz a concorrência entre os trabalhadores, impede, até certo ponto, a queda do salário abaixo do mínimo, enquanto a luta contra o crime absorve parte dessa população” ¹¹⁷.

Inegavelmente, é esse o contexto em que vivemos hoje. Dados da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que elaborou uma radiografia do Sistema Carcerário Brasileiro revelaram que, em 2008, somávamos mais de 446 mil presos, dos quais, aproximadamente, 192 mil eram presos provisórios ¹¹⁸.

De 2000 até 2008, o número de condenados passou de 106.512 para 254.738, representando mais que o dobro em apenas oito anos. No mesmo período, o número de presos provisórios subiu de 42.248 para 191.949, número quase cinco vezes maior. No Paraná, o número de presos que ainda aguardavam julgamento, em 2008, representava 44,09% da população carcerária ¹¹⁹.

Os grandes avanços da tecnologia, da globalização e do grande fluxo de mercadorias e capitais, e a velocidade com que isso vem ocorrendo e sendo comunicado, traz à tona a preocupação cada vez mais crescente com as novas modalidades que a criminalidade vem assumindo. Nesse contexto, o discurso penal pautado na teoria clássica do delito já não encontra espaço na contemporaneidade, eis que supostamente incapaz de trazer uma resposta a essas novas versões (ou visões) do crime.

¹¹⁶ PASTANA, Débora Regina. Op. cit. p. 317.

¹¹⁷ MARX, Karl. **O Capital**. Livro 4. Vol. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980. p. 383.

¹¹⁸ **SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL**. 2º Encontro Nacional do Judiciário. Belo Horizonte – MG, 16/02/09. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf> Acesso em 24/07/2013.

¹¹⁹ Idem.

“A influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos é uma das características mais marcantes da globalização”¹²⁰.

As demandas sociais passam a instigar proteção e punição, buscando solução na normatividade penal, tentando fazer com que ele se ocupe e possa prever todas, ou quase todas, as condutas humanas lesivas. Assim, o Direito Penal se torna alvo de grandes e consequentes reformas, sempre buscando a ampliação do seu raio de incidência.

“Uma análise mais detida de tais ‘reformas’ e consequente ampliação do campo de incidência do Direito Penal revela que elas são tributárias, em grande parte, da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca do crime e da criminalidade”¹²¹.

A crença da mídia é “na pena como rito sagrado de solução de conflitos”¹²². O fundamento que legitimaria a pena é o menos importante: se ela se revestiria de caráter retributivo, ou então, preventivo. “Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas”¹²³.

A busca pelo furo de notícia, pela exclusividade da matéria, pelo sensacionalismo e espetacular, pelo que realmente dá audiência – tudo isso baseado em índices econômicos, claro – e a seleção do que vai ser visto, lido e ouvido faz com que a mídia produza uma massa de alienados que irão reproduzir aquilo que eles querem, escrevem e expõem.

“O perigo decorrente disso é justamente o fato de que a mídia de massa impõe ao conjunto da sociedade uma forma bastante peculiar de enxergar os ‘problemas sociais’, fruto de uma lógica mercadológica que busca, a todo custo, pela audiência, ou seja, pelo sucesso comercial”¹²⁴.

Em decorrência desses interesses mercadológicos, o crime acaba se mostrando como um produto altamente rentável, respondendo às expectativas das audiências, na medida em que transforma alguns casos mais peculiares em *best*

¹²⁰ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. “Deu no jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. Revista liberdades. Nº 2 – setembro/dezembro de 2009. p. 58.

¹²¹ Idem.

¹²² BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt> p. 03.

¹²³ Ibidem, p. 04.

¹²⁴ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Op. cit. p. 60.

sellers do noticiário, conseqüentemente aumentando a insegurança da sociedade nos institutos penais e também o clamor popular por uma intervenção punitiva mais severa.

A principal consequência, como já mencionado acima, é a influência política que esse medo midiático conduz, culminando na elaboração de leis que, cada vez mais, alargam a intervenção estatal, a influência do Direito Penal nas relações sociais, bem como leis que recrudescem o tratamento do criminoso na tentativa de diminuir o alarde da população, proporcionando uma falsa sensação de segurança.

“Também aqui pouco importa que a criminalização provedora seja uma falácia, uma inócua resposta simbólica (com efeitos reais) atirada a um problema real (com efeitos simbólicos): acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal”¹²⁵.

A legislação penal cada vez mais intervencionista mostra-se muito conveniente aos interesses políticos a partir do momento em que criam uma falsa ilusão de tranquilidade e segurança, revelando uma função manipulativa. Os interesses não se orientam no sentido de uma transformação da realidade, mas sim da imagem desta realidade que é vista pelo espectador. “Nesse sentido, busca-se apenas dar a uma população cada vez mais atemorizada diante do medo generalizado da violência e das inseguranças da sociedade líquida pós-moderna uma sensação de ‘tranquilidade’”¹²⁶.

O grande problema que o ordenamento jurídico enfrenta hoje é o utilitarismo que se impôs na atividade legislativa. As leis são elaboradas com base no que é “construído” pelos meios de comunicação. Ou seja, com base no temor social, na necessidade de se sentir seguro, protegido, justificando simbolicamente, assim, a maior intervenção penal.

Nesse discurso, as medidas cautelares aparecem como grandes auxiliadoras desse processo crescente de intervenção máxima para, simbolicamente, oferecer segurança e tranquilidade. A sensação que é oferecida ao cidadão quando é anunciado pela mídia que o criminoso foi preso em flagrante, ou que o juiz decretou sua prisão, é de alívio; sabe-se que “menos um bandido está solto”.

¹²⁵ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 05.

¹²⁶ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Op. cit. p. 68.

Quando da publicação da lei objeto deste trabalho, em maio de 2011, numerosos foram os discursos nos meios de comunicação de que se pretendia assegurar (ainda mais) a impunidade no Brasil, muitos até conferindo a ela o título de “Lei da Impunidade”. Conceber a ideia de que ela poderia restituir a liberdade de mais de 100 mil presos (que, saliente-se, a grande maioria não deveria estar mesmo lá), beirou o absurdo, tendo até quem dissesse que a lei ofenderia as Convenções da ONU ¹²⁷.

E isso não foi difundido só por leigos. Muitos “entendidos” do assunto, profissionais do direito, também manifestaram seu repúdio à nova normativa. Não cabe aqui discutir se lhes assiste razão ou não. O que é certo é que a prisão realmente não cumpre, e parece nunca ter conseguido – efetivamente – cumprir, suas funções. E a primordial delas, numa perspectiva humanista, é a maior ressocialização e reintegração do detido, possibilitando seu convívio em sociedade. Não obstante, acaba sendo a menos alcançada quando se coloca o indivíduo dentro da “escola do crime”.

Longe de se querer, com esta Lei (nº 12.403/2011), a impunidade. A questão da punição estará ligada com a pena, por suas teorias mais ou menos discutíveis. Todavia, a prisão provisória (em sua perspectiva antiga) e, agora, as novas medidas cautelares, não podem significar punição. E buscam a permanência do convívio em família, do acesso à educação ou ao trabalho, da vida em sociedade. Não parece adequado que se viabilize o retorno ao convívio da sociedade quando a primeira atitude tomada é a imediata exclusão dela.

A prisão cautelar deve ser um instituto de aplicação extremamente restrita, somente quando houver indícios que realmente justifiquem a sua aplicação, e não ao bel prazer do juiz.

¹²⁷ Retirado do endereço: <<http://routenews.com.br/index/?p=7735>>. Acesso em 24/07/2013.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

Não restam dúvidas de que a Lei 12.403/2011 apresentou ao ordenamento processual penal um novo enfoque com relação ao tratamento dado às medidas cautelares. A lei foi extremamente feliz em enfatizar o caráter cautelar de qualquer providência tomada antes da sentença final, evidenciando assim a necessidade de se observar todos os requisitos e elementos inerentes a estes procedimentos, principalmente a natureza instrumental, para que não se caracterize uma antecipação de pena, uma punição antes da sentença.

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.

O novo diploma legal trouxe algumas medidas significantes, 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.

A Lei cometeu um sério equívoco ao não preconizar o direito fundamental à duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal). As medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, por serem regidas pelo princípio da provisoriedade, deveriam ter prazos máximos de duração claramente

definidos em lei e com sanção processual na hipótese de sua inobservância. Ter prazo sem qualquer sanção é sinônimo de ineficácia. Pior é, sequer, ter um prazo.

Ademais, o legislador perdeu a oportunidade de erradicar do ordenamento jurídico pátrio as hipóteses de incidência de medidas cautelares de constitucionalidade duvidosa – de acordo com diversos doutrinadores – quais sejam, a garantia da ordem pública e 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.

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 formas 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.

Vivenciamos, nas últimas décadas, a falência dos institutos prisionais. As penas não cumprem mais suas funções, quer seja de retribuição, prevenção geral, prevenção geral positiva ou prevenção específica. Principalmente esta última.

A pena privativa de liberdade é talvez um dos instrumentos mais graves que o Estado conta para manejar determinado grupo social. Esse tipo de pena, contudo, não resolve o problema da ressocialização do detido: a prisão não consegue ressocializar. A melhor maneira de promover a tão almejada ressocialização não é retirando o indivíduo da sociedade, mas sim, dar meios para que ele possa crescer profissionalmente, garantindo a convivência familiar e possibilitar um aprimoramento pessoal é que podem, sim, torna-lo apto a conviver em sociedade sem delinquir.

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.

Cesare 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 prisional: “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 (...) as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão” ¹²⁸.

Essa é uma grande questão que se coloca para o processo penal hodierno: como ser efetivo, como aplicar a lei com justiça e, ao mesmo tempo, não descuidar de garantias individuais; como compreender os direitos e princípios favoráveis ao acusado, dentro de um processo penal, sem fazer com que prestem um desserviço para a eficácia das leis penais, para a pacificação social e para a própria democracia.

A saída não está nos extremos – um processo inquisitivo ou extremamente garantista – nem exige maior inflação legislativa. O melhor norte talvez seja a visão “sinalagmática” no processo penal, cuidando de um lado das garantias do acusado e, de outro, dos interesses da sociedade e da vítima, também fundamento nas medidas cautelares, dentre elas a preventiva.

Por essas premissas se reconheceu que a prisão preventiva tem caráter subsidiário; é sim, a *ultima ratio* do processo penal, só devendo ser aplicada quando não se revelar suficiente outra medida cautelar. Mas, nem por isso, pode ser desprezada quando a necessidade do caso assim o determinar – em tutela do processo e também de outros interesses constitucionalmente albergados. Não é à

¹²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. rev. e atual. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008. p.26.

toa que, certo ou errado, o legislador insiste na prisão preventiva em garantia da ordem pública.

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

É bem-vinda a nova Lei. Contudo, há um longo caminho a percorrer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, G. H. R. I. **Reforma das medidas cautelares pessoais no CPP e os problemas de direito intertemporal decorrentes da lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** *Boletim IBCCRIM* – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 19, n.223, jun. 2011.

BANDEIRA, M. T. **O fim da prisão em flagrante como espécie de prisão cautelar: lei nº 12.403/11.** Disponível em <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio.** Disponível em: <www.bocc.ubi.pt>. Download em 24/07/2013.

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

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral.** 14ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTTINI, P. C. **Mais reflexões sobre a lei 12.403/2011.** *Boletim IBCCRIM* – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 19, n. 223, p. 13, jun. 2011.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **“Deu no jornal”:** **notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal.** *Revista liberdades.* Nº 2 – setembro/dezembro de 2009.

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

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

CARVALHO, Paula Marques de. **As medidas de coação e de garantia patrimonial: uma análise prática à luz do regime introduzido pela lei nº 48/2007, de 29 de agosto**. 2ª ed. Portugal – Coimbra: Almedina, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Alda Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

DEZEM, Guilherme Madeira. **Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões**. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 19, n. 223, jun. 2011.

FARIA, Bento de. **Código de processo penal**, p. 368 *apud* AQUINO, J. C. G. X. de; NALINI, J. R. **Manual de processo penal**. São Paulo: RT, 2009.

FERNANDES, A. S. **Medidas cautelares**. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 19, n. 224, p. 01-19, jul. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

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

KATO, Maria Ignez Lanzelloti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Preventiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

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

LUCA, Giuseppe di. **Linamenti Della Tutela Cautelare. La Carcerazione Preventiva**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1953. p. 33. Trad. Livre.

MACHADO CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

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

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV.

MARX, Karl. **O Capital**. Livro 4. Vol. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

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

PASTANA, Débora Regina. **Estado Punitivo e Encarceramento em Massa: retratos do Brasil atual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais 2009 – RBCCrim, nº 79.

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

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

ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. v.2. Barcelona: Labor, 1952.

SANCHEZ, Bernardo Feijó. **Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”**. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Revista Liberdades. Nº 7 – maio/agosto de 2011.

SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL. 2º Encontro Nacional do Judiciário. Belo Horizonte – MG, 16/02/09. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf> Acesso em 24/07/2013.

TORNAGUI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Tomo IV.

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