

Terezinha Damasceno Taumaturgo

PRISÃO PREVENTIVA

NO DIREITO BRASILEIRO



TEREZINHA DAMASCENO TAUMATURGO

**PRISÃO PREVENTIVA
NO DIREITO BRASILEIRO**



**Fortaleza-CE
2018**

© Copyright 2018 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: Gustavo José de Deus Souza Gomes

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

TAUMATURGO, Terezinha Damasceno

PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Editora DINCE 2018. 164p

ISBN: 978-85-7872-581-5

1. Direito Penal 2. Cautelares 3. Prisão

Todos os direitos reservados. Não é legalmente permitido reproduzir, duplicar ou transmitir qualquer parte deste documento em meios eletrônicos ou impressos. A gravação desta publicação é estritamente proibida.

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DA AUTORA** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

A minha mãe, Maria Lúcia, e a meu pai, Laércio (*in memoriam*), por me ensinarem a perseverar por meus sonhos com honestidade.

Às minhas irmãs Melissa, Milena e Valéria por entristecerem-se com minhas perdas e vibrarem com minhas conquistas. Amo todos incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me possibilitar superar muitas dificuldades e lograr esta conquista;

Aos meus pais, Maria Lúcia e Laércio (*in memoriam*), pelos sábios conselhos e por tudo fazerem para realizar meus sonhos, abdicando de interesses próprios em prol de meus objetivos;

Às minhas irmãs, Melissa, Milena e Valéria, pelo carinho, amor, confiança e incentivo em todos os momentos;

Agradeço, ainda, a todos meus amigos e colegas de classe, pessoas por quem tenho um apreço imenso;

Por fim, agradeço ao Ministério Público do Estado de São Paulo, local onde realizei meu estágio. Além de muito aprender sobre conteúdos jurídicos, aprendi a admirar a tão nobre e importante função desempenhada pelo Ministério Público.

O homem é condenado a ser livre. Condenado, porque não se criou, e livre, pois, uma vez lançado no mundo, é responsável pelos seus atos

(Jean-Paul Sartre).

APRESENTAÇÃO

A prisão preventiva é a cautelar penal por excelência, hodiernamente considerada como uma das formas mais ofensivas de atuação estatal. Não obstante se mostre útil para a concretização do direito penal material, evitando a impunidade, é aplicada de forma sumária. No afimco de evitar arbitrariedade, a decretação da prisão preventiva deve ser marcada pela excepcionalidade e proporcionalidade.

Mister expor que não pode subsistir em hipótese alguma após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, logo sua aplicação somente recai no indivíduo que tem a seu favor a presunção de não-culpabilidade. O aludido princípio foi elevado a potencial constitucional e vige com fulcro em obstar que a prisão aplicada com fundamentalidade na cautela se transmude em antecipação de pena. Aspecto que, *a priori*, não coaduna com a cautelaridade, que é ínsita à prisão preventiva, é a indeterminação de prazo máximo para que a mesma perdure, pois, muito embora o legislador a tenha caracterizado como medida excepcionalíssima, não fixou prazo máximo deduração da mesma, deixando tão importante análise a critério do julgador.

Inexoravelmente, o instituto prisional preventivo é extremamente estigmatizante, de modo que o indivíduo encarcerado terá sua vida social seriamente abalada. A despeito da presunção de inocência, a sociedade vê como inconciliável o fato de alguém ser inocente e estar preso; pior que isso é aquele dito inocente permanecer encarcerado como se, efetivamente,

estivesse cumprindo pena, por ausência legislativa ou quiçá de um judiciário que revise periodicamente a subsistência dos requisitos legitimadores da prisão cautelar.

Certamente, o tema em baila é de caráter importantíssimo e envolve um dos direitos mais importantes inerentes ao ser humano, a saber: a liberdade. Propõe-se analisar se o fator tempo, indeterminado, coaduna com o princípio da não-culpabilidade, não consistindo na indesejada antecipação de pena ou se sucede, exatamente, o inverso. Para tanto se vale do método dedutivo partindo de premissas maiores, como conceitos de prisão, para premissas menores, como a indeterminação do tempo de duração da prisão preventiva.

Desde já se aclara que uma possível solução para evitar a indesejada antecipação de pena quando da aplicação da prisão preventiva, que não tem prazo máximo de duração, seria considerar os prazos processuais como próprios, face ao indivíduo encarcerado, ou que haja uma revisão periódica para análise da subsistência dos motivos que a ensejaram.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 13

**CAPÍTULO 1 - PRISÃO: DAS PREMISSAS
FUNDAMENTAIS E ASPECTOS INTRODUTÓRIOS
..... 21**

1.1 TEORIA GERAL DAS PRISÕES CAUTELARES..... 24

1.1.1 PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS
PRESSUPOSTOS DA PRISÃO CAUTELAR? DO
INADEQUADO PARALELISMO ENTRE O PROCESSO
CIVIL COM O PROCESSO PENAL 27

1.1.2 PRISÃO CAUTELAR E O EMBATE ENTRE O DEVER
ESTATAL DE PERQUIRIR COM EFICÁCIA O DELITO E
O DEVER TAMBÉM ESTATAL DE ASSEGURAR O
ÂMBITO DA LIBERDADE INDIVIDUAL 37

1.1.3 ESTIGMATIZAÇÃO E PRISÃO CAUTELAR 46

**CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS REITORES DAS MEDIDAS
CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL 63**

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... 65

2.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL..... 69

2.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU
NÃO-CULPABILIDADE)..... 72

2.4 RESERVA DE JURISDIÇÃO..... 74

2.5 RESERVA LEGAL	75
2.6 PROPORCIONALIDADE.....	79

**CAPÍTULO 3 - AS REPERCUSSÕES DA LEI 12.403/2011
NO CENÁRIO DA CAUTELARIDADE PROCESSUAL
..... 85**

3.1 APONTAMENTOS GERAIS CONCERNENTES À INTRODUÇÃO NO PROCESSO PENAL PÁTRIO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DE NATUREZA DIVERSA DA PRISÃO.....	88
---	----

CAPÍTULO 4 - PRISÃO PREVENTIVA..... 97

4.1 REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	101
4.2 PRESSUPOSTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	114
4.3 PRISÃO PREVENTIVA E A LEI 11.340 DE 2006	120
4.4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÕES CAUTELARES: A DIFÍCIL COEXISTÊNCIA.....	127
4.5 A INDETERMINAÇÃO DE PRAZO MÁXIMO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	136

CONSIDERAÇÕES FINAIS 151

REFERÊNCIAS 157

INTRODUÇÃO

O ser humano é, inexoravelmente, um ser social; todavia, é também um ser solipsista, nascendo a imprescindibilidade de regulamentação dos seus atos. Decerto, o direito tem sua fundamentalidade na possibilidade de garantir a convivência harmônica entre os homens. Estes cedem parcela de sua liberdade no afimco de possibilitar a existência da sociedade.

Legitima-se o Estado a agir, cuja atuação se difere conforme a esfera que suceda. No atual Estado de Direito, pátrio, vive-se a era das garantias, da proteção ao ser humano, prega-se o ideal de intervenção mínima, almeja-se maximizar direitos, objetiva-se segurança, porém não se olvida a liberdade individual. Indubitável que, não obstante imperioso, é o direito penal a forma estatal mais avassaladora de intervenção na vida do ser humano. Logo, sua atuação, somente, estar legitimada a suceder com observância a forma previamente estabelecida, eis a importância do processo penal.

Na esfera penal, é possível limitar o direito à liberdade individual; este desponta demasiado grau de relevância, considerado o segundo direito mais importante, estando em primeiro patamar o direito à vida.

O direito à liberdade é restringido por intermédio da forma prisional, que pode suceder em duas formas genéricas, a saber: prisão pena; prisão processual. Buscar-se-á perquirir acerca desta última, na pertinácia de entender como a mesma pode subsistir, possibilitando o dever estatal de punir, em consonância com as garantias humanas fundamentais, de caráter

individual.

A prisão processual, também denominada cautelar, por se tratar de uma intervenção sumária na liberdade individual, tem gerado debate de cunho interessantíssimo. Aclara-se que a cautelar prisional por excelência é a prisão preventiva.

A análise acerca de tal possibilidade interventiva em detrimento do cidadão, que tem a seu favor a presunção de não-culpabilidade, é deveras tormenta, sobretudo no cenário processual pátrio que não estatui prazo máximo, certo, para que a mesma perdure, pairando dúvida se a prisão preventiva da forma como tem sucedido culmina uma antecipação de pena em face do presumidamente inocente.

A Magna Carta de 1988 é de caráter protetista, o que é corroborado pela incorporação em seu texto de um vasto rol de direitos e garantias fundamentais. A mesma logra o ápice do sistema normativo, portanto todos os diplomas infraconstitucionais devem observar o apregoado constitucionalmente, inclusive o Código de Processo Penal. É sabido, contudo, que há disposições na processualística penal que não se ajustam com perfeição ao insculpido na Constituição de 1988.

No que concerne ao instituto da prisão preventiva, diversos são os aspectos que aparentam ser dissonantes ao princípio da não-culpabilidade; este foi elevado a potencial constitucional no artigo 5º, inciso LVII, que reza: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Indaga-se, portanto: a inexistência de um prazo determinado para a prisão preventiva pode consistir em uma indevida antecipação de pena, ferindo o princípio da não-culpabilidade e, conseqüentemente, o processo penal

constitucional?

Decerto, o discurso garantista tem sido veementemente apregoado. Entretanto, a realidade prática descortina um processo penal inquisitivo. Sob a máxima de proteção social, verdadeiras mazelas estatais têm sido acobertadas.

É indubitável que a segurança social se faz necessária, entretanto a liberdade individual não pode ser restringida de modo arbitrário. A prisão preventiva tem sido aplicada, por vezes, indiscriminadamente.

Mister salientar que o verdadeiro Estado Democrático de Direito não é aquele que incorpora em seu Pacto Político um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, em nome da humanidade e da cidadania, todavia aquele que efetivamente observa, dentro dos parâmetros previamente estipulados, a efetividade dos ditos direitos humanos.

Inquietude causa a indagação concernente, a quais patamares pode ser restringida a liberdade individual no afimco de proteção social. No cenário das prisões preventivamente decretadas, a ofensa aos direitos humanos parece ser irretorquível, principalmente diante da indeterminação de prazo máximo para que o decreto prisional preventivo perdure.

A indeterminação do prazo da prisão preventiva, no entanto, não pode ser estudada e abordada isoladamente; a análise de determinados aspectos envolvidos a cautelaridade da prisão processual, inclusive da prisão preventiva, são não prescindíveis para compreensão dos meandros que sucedem no contexto da cautelaridade processual penal, tais como: a restrição da liberdade individual face à segurança social; a diferença das terminologias presunção de inocência e não-culpabilidade; os critérios legitimadores da prisão preventiva; a tensão entre o dever estatal de perquirir com eficácia o delito e

o dever também estatal de assegurar o âmbito da liberdade do cidadão; a diferença da cautelaridade processual civil da cautelaridade processual penal; a impossibilidade de antecipação de tutela no processo penal constitucional; a demasiada abstração dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que têm sido fundamento para a decretação de inúmeras prisões preventivas; etc.

Por certo, após um estudo acerca dos aspectos supramencionados, analisar se na aplicação da prisão preventiva tem sido respeitado a não prescindível cautelaridade processual, bem como se o fator tempo, indeterminado, fere o princípio da não- culpabilidade, enclausurado o “indigitado” de modo indevido, se torna mais acessível.

Para tanto, no presente trabalho abordar-se-á primeiramente acerca da prisão, o conceito da mesma, bem como, em sucintas linhas, sobre como surgiu o instituto prisional, ficando claro que o mesmo nasceu com caráter cautelar, pois as penas, via de regra, consistiam em suplícios.

Não obstante se pense a prisão com uma conotação negativa, a mesma é marcopenal da humanidade, o que culmina no jargão popular que a prisão é um mal necessário. Contemporaneamente, no ordenamento jurídico pátrio, a prisão subsiste nas modalidades prisão pena e prisão processual.

Objetiva-se perquirir os meandros dessa última; para tanto, parte-se de uma teoria geral das prisões cautelares, imiscuindo-se na indagação se o *periculum in mora* e *fumus boni iuris* são pressupostos da prisão cautelar, adentrando no inadequado paralelismo entre o processo civil com o processo penal. Em seguida, abordar-se-á sobre a prisão cautelar e o embate entre o dever estatal de perquirir com eficácia o delito e o dever também estatal de assegurar o âmbito da liberdade individual.

Discorrer-se-á, ainda, sobre a estigmatização e a prisão cautelar. Salientando a prisão cautelar como *modus* estigmatizante, principalmente sobre o aspecto social e moral, retratando a indevida influência midiática na concepção social de que o preso cautelarmente é culpado e que deixar de prender preventivamente é privilegiar a impunidade. Discorrer-se-á sobre a prisão preventiva e os efeitos nefastos da mesma na economia, sobretudo no sistema capitalista.

Ato contínuo, será discorrido sobre os principais princípios reitores das medidas cautelares de natureza pessoal, quais sejam: dignidade da pessoa humana; devido processo legal; presunção de inocência (ou não-culpabilidade); reserva de jurisdição; reserva legal; proporcionalidade. Desde já se aclara que a base principiológica no que toca a prisão cautelar é importantíssima. Impende dispor que abordagem dos princípios não será pormenorizada, portanto imperioso o estudo da doutrina aprofundada.

Explana-se, em seguida, sobre as repercussões da Lei 12.403/2011 no cenário da cautelaridade processual, por intermédio de apontamentos gerais concernentes à introdução no processual penal pátrio de medidas cautelares pessoais de natureza diversa da prisão. A lei em epígrafe consistiu em uma reforma do Código de Processo Penal, e esboça diversas medidas cautelares não prisionais. Desvela uma postura legiferante preocupada em mitigar o encarceramento preventivo, obstando a odiosa “justiça primária”.

Por fim, se adentrará no estudo da prisão preventiva, conceituando-a, dispondo sobre os pressupostos para sua decretação, sobre sua aplicação nos moldes da Lei 11.340 de 2006. Certamente, difícil é a coexistência das prisões cautelares face ao princípio da presunção de inocência, bem como problemático é a indeterminação de prazo máximo de duração

do instituto da prisão preventiva.

A indeterminação supramencionada é um dos pontos mais questionáveis que envolvem a aludida forma prisional. Decerto, haverá posições advogando ser coerente tal indeterminação ou ser violadora dos ditames constitucionais, não coadunando com um processo penal constitucional. Antes, contudo, de defender uma ou outra posição, é necessário entender em que consiste a cautelaridade processual.

Não se almeja abstrações que não fixem um parâmetro a ser seguido. No afincado de esboçar como respeitar a cautelaridade da prisão preventiva, após a análise de alguns aspectos da cautelaridade processual, retratar-se-á os principais artigos dispostos no Código de Processo Penal alusivos à prisão preventiva, pretendendo-se perquirir como respeitar a cautelaridade processual tão almejada, observar os estritos limites do princípio da presunção de inocência (ou não-culpabilidade), bem como analisar a indeterminação de prazo para o instituto processual preventivo à luz do princípio retro.

Valer-se-á, para tanto, do método dedutivo; partindo das premissas genéricas para as específicas, serão apresentados conceitos de prisão, seus gêneros, a finalidade da mesma, adentrando-se no estudo da prisão cautelar, denominada preventiva. Será necessário estabelecer os estritos limites da necessidade da aplicação da privação cautelar e, ainda, discorrer o tempo que esta pode perdurar.

Tudo no afincado de concluir se na aplicação da restrição cautelar, sem prazo fixo, há ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, analisando especificamente como ponderar a restrição da liberdade individual em prol da segurança social.

Acrescente-se que a pesquisa sobre a prisão preventiva,

o embate da necessidade de sua decretação diante da segurança social, os termos imprecisos e abstratos empregados quando de sua decretação, o fato de sua indeterminação, por não haver prazo previsto em lei para que cerce, estão diretamente relacionados com Direitos Humanos e Cidadania, linha de pesquisa adotada no Curso de Direito, no Centro Universitário Adventista de São Paulo, onde tal pesquisa está sendo desenvolvida.

O direito à não-culpabilidade consiste tanto um direito humano, por estar associado à condição humana (até que prove-se o contrário, a pessoa mantém a condição de inocente), como também é um direito do cidadão, por estar expressamente estatuído na Constituição de 1988.

CAPÍTULO 1

PRISÃO: DAS PREMISSAS FUNDAMENTAIS E ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Na atualidade vislumbra-se na prisão o caráter de pena, sendo sua aplicação como cautelar utilizada somente em casos excepcionais. A prisão é, inexoravelmente, tanto para aquele a que é aplicada como para a sociedade, vista como uma pena que deve impingir aquele que realiza o que a Lei Penal descreve, analiticamente, como fato típico, antijurídico e culpável. Todavia, ao retroceder ao estudo do surgimento da prisão, depara-se com uma realidade surpreendedora, a saber: a prisão é o marco do direito penal da humanidade. O retromencionado não mitiga a estigmatização que aquela impele ao sujeito que a sofre, mas imprescindível se faz tal esclarecimento para compreender os aspectos que envolvem o instituto da prisão.

Antes de a lei definir a prisão como pena por excelência, ela surgiu como forma geral de aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, valendo-se de uma atuação sobre seus corpos. Insta esclarecer que a forma prisional é antecedente à sua utilização sistemáticas leis penais. Ela constitui-se quando se elaboram, no corpo social, processos para dividir, fixar e distribuir espacialmente os indivíduos, lhes tirando o máximo de seu tempo, de suas forças, treinando seus corpos e codificando seus comportamentos contínuos, o que deveras sucede fora do aparelho judiciário (FOUCAULT, 2014, p. 223).

Etimologicamente, a palavra prisão advém do latim

prensione, que se origina de *prehensione* e significa prender. A realidade brasileira descortina o termo prisão tanto a indicar a pena privativa de liberdade, concernente à captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, como a captura de alguém ao cárcere, ou ainda, a indicar o estabelecimento em que o preso fica segregado (LIMA, 2012, p. 67).

A prisão como pena surgiu de uma necessidade que se desvelava patente, não mais podendo subsistir a pena como suplício que combatia a violência e o crime com violência em desproporção, consistindo no estágio mais decadente da humanidade. Esclarece Michel Foucault (2014, p. 224) que a prisão surgiu intimamente ligada com o funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento as demais modalidades de punição que os reformadores do século XVIII haviam imaginado¹, de modo que foi evidenciada como única alternativa, guiada pelo próprio movimento da história.

Em meados do século XIX, a pena não mais se centralizava no suplício: passou a tomar como objeto a perda de um bem ou de um direito. Verdadeiramente, a prisão sempre funcionou, em certo grau, como complemento punitivo referente ao corpo (FOUCAULT, 2014, p. 20-21). Não se ignora os inconvenientes da prisão, os perigos que incorpora, por vezes eivada de inutilidade; todavia, como apregoada por Michel Foucault (2014, p. 224), a prisão surgiu como detestável solução, de que não se pode abrir mão.

A antiguidade desconhecia a privação de liberdade como sanção penal, vez que até o final do século XVIII a prisão tinha como fim a custódia, funcionando como modo de conter o

¹ Uma das principais modalidades de pena até meados do século XIX era o suplício, que consistia em um podersobre o corpo do “suspeito”, em uma técnica de sofrimento (FOUCAULT, 2014, p. 20).

acusado até a sentença e execução da pena. De modo que a prisão nasceu como forma de custodiar e torturar os que aguardavam sua sanção, que consistia na morte do acusado, bem como em penas corporais e infamantes (Aury Lopes Júnior *apud* Wedy, 2006, p. 38).

Guilherme de Souza Nucci (2014a, p. 519) dispõe ser a prisão “[...] a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”. Aclara o aludido autor que no conceito retro não se diferencia a prisão provisória, que sucede no transcorrer da instrução criminal, da que resulta do cumprimento de pena. Acrescenta ainda que o Código Penal disciplina esta, enquanto o diploma processual penal regula aquela, que deve vigorar somente, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

No ordenamento jurídico pátrio, a prisão tem assento constitucional no artigo 5º, inciso LXI, que reza: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Da sucinta análise supra, nítido que a prisão na contemporaneidade representa a pena por excelência, porém originou-se no afinco acautelatório. Decerto, subsistem duas modalidades prisionais, a saber: prisão pena e prisão processual. A utilização desta última, no sistema jurídico brasileiro, tem sido objeto de embate de cunho interessantíssimo.

Diante da Magna Carta de 1988, cujo teor é extremamente garantista, incluindo entre seus postulados fundamentais o princípio da não-culpabilidade, é viável a manutenção cautelar do averiguado ao cárcere? Como mitigar o estigma daquele que tem em seu favor a presunção de inocência?

Como resguardar a segurança social sem, contudo, violar arbitrariamente a liberdade individual?

Certamente, responder as indagações supras é tarefa árdua, que demanda detida análise da prisão aplicada com fundamentalidade na cautela.

1.1 Teoria geral das prisões cautelares

Marco característico da prisão cautelar é provisionalidade, porque deve subsistir somente quando subsistirem os motivos que as determinaram, não perdurando em hipótese alguma após do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em geral, as medidas cautelares são regidas pelo princípio da provisionalidade, porque são provisionais e não apenas provisórias, objetivam tutelar situações fáticas de perigo (LOPEZ JUNIOR, 2013, p. 22). Mister esclarecer que a prisão processual é medida cautelar de natureza prisional.

Ao se afirmar que a prisão cautelar é provisória, não se propõe ser a prisão pena sem lapso certo de duração, mas que aquela pode transmutar-se em pena ou simplesmente ser extinta, portanto, não possui caráter de definitividade.

Consagra Piero Calamandrei (2000, p. 25-26) que os procedimentos cautelares, em geral, se diferenciam de outros procedimentos não pela qualidade de seus efeitos, porém pela limitação dos efeitos em si. Os aludidos procedimentos se caracterizam pela provisoriedade, que se difere de temporaneidade. “Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, [...] provisório é, por sua vez, aquilo que é

estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista”.

No que concerne a cautelar prisional, por seus efeitos trágicos, é necessário cuidado redobrado.

A prisão provisória assume aspectos de justiça primária, consubstancia providência cômoda, proporcionando à comunidade sensação de eficácia do sistema penal, por funcionar como resposta jurisdicional célere, todavia severa, pois é medida humilhante legitimada pelo processo penal (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 11). A prisão provisória emana em meio a um forte clima emergencial, se apresentando como remédio, um analgésico, que beira ao efeito imediato (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 10-11).

A prisão cautelar por excelência é a prisão preventiva (NUCCI, 2014a, p. 86). “[...] sua função é iminentemente processual e não de antecipação da pena, ou seja, destina-se a tutelar o processo” (GIACOMOLLI, 2013, p. 14).

Sob o prisma sociológico e psicológico, consiste a prisão cautelar expiação de culpas coletivas, de modo que, a prisão de uma pessoa acusada de roubar, satisfaz o desejo de vingança latente de todas as vítimas do aludido crime, cujos autores estão impunes. Satisfaz, ainda, expiação de culpas individuais, pois o ser humano, nutrido por um sentimento maniqueísta, se julga bom, em relação àqueles que estão à margem da sociedade. Os aspectos retromencionados fazem da prisão cautelar útil a repressão penal. Entretanto, a prisão provisória deve ser visualizada também sob o ângulo daquele que está provisoriamente encarcerado. Se o indigitado que teve em seu desfavor decretada uma prisão provisória for de fato inocente? (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 12).

Satisfazer os anseios sociais, propiciando a ilusória

segurança através da decretação de prisões de forma célere, sem, por muitas vezes, auferir o caso concreto, pode gerar uma real insegurança, ante o desrespeito de direitos fundamentais. Por certo, o contrário, não decretar prisões cautelares quando se fizer necessário, pode gerar um Estado sem credibilidade, marcado pela ineficácia da legislação vigente.

Patente à instrumentalidade que reveste a prisão cautelar. Sendo o processo não um fim em si mesmo, porém o meio legítimo de se lograr a “justiça” penal, vale-se de mecanismos que possibilitem tal afimco, sendo a prisão cautelar um instrumento útil ao fim aludido.

Afirma com veemência Miguel Tedesco Wedy (2006, p. 68) que as medidas cautelares pessoais são dotadas de instrumentalidade, meio de garantir o eficaz deslinde do processo até que este alcance seu ápice.

Em comparação ao direito substancial, tem a tutela cautelar natureza mediata, “mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça”. Os instrumentos cautelares desvelam instrumentalidade qualificada, são **meios** predispostos para melhor concretização da justiça, considerados instrumentos de um instrumento mais amplo, qual seja o processo (CALAMANDREI, 2000, p. 42).

Atua a prisão cautelar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, não podendo ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia; se deste modo suceder, certamente se desvirtuará a natureza instrumental da prisão provisória (LIMA, 2012, p. 89).

Decerto, ainda que o acusado reste absolvido, sua honra objetiva acaba sendo sensivelmente abalada. Não se ignora que o averiguado somente terá sobre si um decreto acautelatório quando presentes os requisitos da custódia, porém a sociedade

em geral vê como inconciliáveis o fato de alguém está preso e ser inocente (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 14).

Não se pode esquivar que a prisão cautelar corrói a imagem e autoimagem do indivíduo, gerando efeitos prejudiciais na órbita social, advindos da psique afetada do preso, restando mitigada sua dignidade, os efeitos estigmatizadores da prisão o infantilizam, o diminuem, causando-lhe um sentimento de inferioridade, acarretando regresso social (WEDY, 2006, p. 5).

Não é suficiente a enseja a prisão provisória que a mesma seja necessária, exige-se um *plus*: a mesma deve ser imprescindível para a garantia do processo, é medida excepcional, de modo que, verificada urgência e necessidade, só será imposta se não houver alternativa menos drástica capaz de tutelar a eficácia da persecução penal (CAPEZ, 2014, p. 304).

“Saliente-se que a prisão provisória ou cautelar não pode ser vista como um reconhecimento antecipado da culpa, pois o juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade” (PEREIRA; PEREIRA, 2006, p. 67).

1.1.1 Periculum in mora e fumus boni iuris pressupostos da prisão cautelar? Do inadequado paralelismo entre o processo civil com o processo penal

O processo é instrumento de aplicação do direito material, guardando autonomia científica em relação a este, deve, pois, propiciar a solução de conflitos e a efetivação do direito material; tal afirmação não corrobora ser o processo simplório método de *aplicação* do direito material (BASTOS 2010, p. 67).

Corresponde o processo a uma série de atos preparatórios que precedem o ato jurisdicional, conduzindo o mesmo (CALAMANDREI, 2000, p. 17-18).

O processo como instrumento compositivo do litígio não se distingue, quer se trate de uma lide civil, quer se trate de uma lide penal, vez que Direito Processual Civil e Direito Processual Penal são divisões de um mesmo ramo do direito, a saber, o Direito Processual. Processo, em essência, é um só (WEDY, 2006, p. 71).

Em que pese o supramencionado, é certo que o processo civil muito se distingue do processo penal, o que é não prescindível diante do objeto de tutela que as espécies processuais objetivam resguardar.

O legislador impelido por conveniências de ordem prática agrupa as normas processuais em leis específicas, diferenciando-as conforme a natureza das regras aplicáveis à solução dos conflitos (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 2).

“A divisão é de cunho prático, uma vez que o conceito de direito processual é unitário”. A distinção entre o processo civil e o processo penal não se encontra na essência das espécies processuais, mas dependem do campo de direito material a que cada qual se aplica (BONFIM, 2009, p. 7).

O Processo Penal lida com o direito considerado de demasiada relevância e sensibilidade, qual seja, o direito à liberdade. Insofismavelmente, transportar conceitos da seara do processo civil para o processo penal, considerando uma visão unitária do processo, pode ocasionar graves consequências (WEDY, 2006, p. 72-73).

A história do processo penal não é uniforme, prevalecendo em determinado momento ideias de segurança

coletiva e, por via de consequência de repressão, em outro o predomínio de proteção ao acusado, asseverando a preservação das garantias do indigitado. A aludida diversidade desvela a constante busca por um equilíbrio entre o ideal de segurança social e o necessário resguardo dos direitos fundamentais individuais (FERNANDES, 2012, p. 23).

Advoga Michel Tedesco Wedy (2006, p. 73) que o Processo Penal não pode ser visto como uma guerra entre as partes, todavia como meio de assegurar a paz social por intermédio do *decisum* judicial, resolvendo a contenda e obstando o instintivo desejo de vingança.

Para que o Direito Penal lograsse seu atual estágio, passou por distintas fases de aperfeiçoamento, sendo a primeira delas a da vingança privada; nesta, o homem agredido reagia contra o seu agressor. Com o decorrer dos anos, percebeu-se que o Direito Penal com fulcro na vingança privada restava eivado de flagrante injustiça (SILVA, 2010, p. 7).

Exemplifica José Geraldo da Silva (2010, p. 7-8) alguns dos aspectos injustos da vingança privada, *in verbis*:

1. O direito de vingança era exercido pelo próprio ofendido, e a sociedade não participava da medida retributiva;
2. Na maioria das vezes, a vingança ultrapassava a pessoa do agressor, atingindo sua prole, ou qualquer outro familiar. A vingança tão somente satisfazia o ego do agredido;
3. Nem sempre a vingança retribuía à agressão sofrida; na maior parte das vezes,

senão em sua totalidade, ocorria uma desproporção entre a conduta criminosa e a resposta do agredido. Como resposta a um tapa, às vezes o agredido tirava a vida de seu agressor, configurando uma flagrante desproporção entre a agressão e a retorsão.

Na contemporaneidade, o processo penal é marcado por um procedimento dialético, em que há a oportunidade de ser apresentada a tese que se requer, bem como de ser esta respondida, consubstanciando a antítese, possibilitando ao magistrado lograr a síntese. Não se ignora as falhas que sucedem no contexto do Direito Penal, entretanto se faz preciso reconhecer os avanços alcançados, sobretudo no que tange as garantias do indigitado, o que se aprimorou com a Magna Carta de 1988.

Insta salientar que não se concebe como imune de problemas a criação de uma teoria geral do processo, buscando a equiparação entre os processos civil e penal, sobretudo quando se versa o cenário das cautelares. Mormente, em ambos os processos, para a decretação de uma cautelar se exija efetiva situação cautelanda, é certo que, entre as modalidades processuais citadas, há diferenças contundentes. Não obstante tanto o processo civil como o processo penal sejam garantias públicas e estatais de resolução de conflitos, aquele tem como objeto responder a interesses individuais, situando como ramo do direito privado, e este tutela interesses público. “Um dos pontos mais distanciados entre o processo civil e o processo penal está na esfera cautelar. Ora pela dessemelhança de conceitos, ora pela diferença radical dos objetos atingidos pelas medidas cautelares” (WEDY, 2006, p. 75).

As cautelares de natureza processual vigem no afim de garantir o normal desenvolvimento do processo, por via de consequência a eficaz aplicação do poder de punir, de modo que as medidas cautelares tutelam o processo (LOPES JUNIOR, 2013, p. 25). Eis a finalidade das medidas cautelares processuais penais.

Tradicionalmente, tem sido apontado como pressupostos ou requisitos para a decretação de cautelares de natureza pessoal conceitos atrelados ao processo civil, tais como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Porém, a aplicação dos conceitos alhures não se ajustam com perfeição às cautelares constritivas da liberdade (DELMANTO JUNIOR, 2001, p.83).

Equivocada é a aplicação de conceitos literais da doutrina processual civil ao processopenal, principalmente no tocante às cautelares pessoais, devendo haver respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal, não sendo viável analogia (LOPES JUNIOR, 2013, p. 26).

São a fumaça do bom direito e perigo na demora pressupostos coerentes a ensejar a prisão cautelar?

Fernando Capez (2014, p. 336-338) apresenta, sem ressalvas, os pressupostos da prisão cautelar por excelência, qual seja a prisão preventiva, como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Dispõe consistir aquele na prova da existência do crime, cumulado com fortes indícios da autoria, enquanto que o *periculum in mora* consubstancia um dos seguintes pressupostos: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica ou descumprimento da medida cautelar imposta.

Na mesma esteira, dispõe Fábio Martins Pereira e Fernanda Simões Viotto Pereira (2006, p. 73-74) que o *fumus*

boni iuris traduz-se na prova da materialidade dos fatos delituosos e na existência de indícios suficientes de autoria; ausente qualquer dos aludidos pressuposto incabível a decretação da prisão processual. Por sua vez, *o periculum in mora* consiste em circunstâncias autorizadas da decretação da prisão aplicada cautelarmente. No que concerne à prisão preventiva, traduz-se no atendimento aos requisitos estampados no artigo 312, do Código de Processo Penal, a saber, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, asseguuração de eventual pena a ser imposta.

Certamente, consiste em uma impropriedade jurídica e semântica dizer que para decretação de uma prisão cautelar seja necessário *fumus boni iuris*. É possível afirmar que o delito seja a fumaça do bom direito? O delito é a negação do direito, logo, sua antítese (LOPES JUNIOR, 2013, p. 26).

“[...] A fumaça do bom direito e o perigo na demora do processo, diante das peculiaridades da imposição de qualquer modalidade de prisão provisória, não satisfazem” (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 83).

As cautelares de natureza pessoal visam resguardar a obtenção da prestação jurisdicional justa, cuja aplicabilidade deve suceder quando do risco de eventos que atinjam a eficácia e utilidade do julgamento; as mesmas são providências urgentes que devem inviabilizar o aludido perigo. Têm sido apontados como requisitos necessários a medida cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (VARALDA, 2007, p. 136).

Insta salientar que as medidas cautelares pessoais atingem a pessoa humana em seu direito fundamental de liberdade, de modo que, não obstante a inegável contribuição do direito processual civil para a transformação do direito processual penal, no que concerne à prisão cautelar a distinção deve ser consignada, ensejando a formação de um sistema

processual cautelar garantidor dos direitos fundamentais (WEDY, 2006, p. 76).

Na aplicação da prisão cautelar, uma dicotomia se mostra veemente: caso se aplique a cautelar como regra, beira-se o risco do erro judicial; entretanto, se as cautelares pessoais forem abolidas, corre-se o risco da impunidade, do descrédito do sistema democrático, baseado na equidade e na justiça (WEDY, 2006, p. 77).

Certamente, não se almeja retirar do sistema jurídico as cautelares prisionais, no entanto é imprescindível haver fundamentos coerentes, que se ajustem com o consignado na Constituição brasileira, bem como no Código de Processo Penal, para a decretação das mesmas.

Nos moldes elucidados por Roberto Delmanto Junior (2001, p. 84), mais coerentes são as expressões *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, que consistem em provas que indiquem que o indigitado cometeu o delito, cuja materialidade deve estar comprovada; some-se a isto, a liberdade do averiguado deve representar ameaça de conturbar o regular desenvolvimento e julgamento da ação penal.

No mesmo diapasão está a visão de Miguel Tedesco Wedy (2006, p.78) ao salientar ser imprescindível afastar as concepções identificadas como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Não há identificação entre os requisitos das providências cautelares penais e civis. O processo civil atua sobre questões de natureza predominantemente patrimoniais; diametralmente, é o processo penal que lida com a restrição de direitos fundamentais do homem, entre eles o direito à liberdade de locomoção. Fincar como requisito para a prisão cautelar o *fumus boni iuris*, fazendo crer que “onde há fumaça há fogo”, viola a presunção denão-

culpabilidade que o indigitado deve ter em seu favor. O perigo na demora da prestação jurisdicional também não consubstancia pressuposto para aplicação de cautelares pessoais (VARALDA, 2007, p.139).

No processo penal, não é a probabilidade de existência do direito de punir requisito para a decretação de uma medida cautelar coercitiva, porém o *fato* aparentemente punível. Portanto, correto é afirmar que a existência do *fumus commissi delicti* é requisito ensejador da decretação da prisão cautelar, considerado na técnica processual como prova da materialidade delitiva somada a indícios suficientes de autoria, probabilidade da ocorrência de um delito e não de um direito (LOPES JUNIOR, 2013, p. 26).

De igual modo incoerente é afirmar que a cautelar penal tem como requisito o *periculum in mora*; este é o risco derivado do atraso referente ao lapso temporal que deve transcorrer até que o processo seja acobertado por uma sentença definitiva, se afinando com perfeição às medidas cautelares reais, vez que a demora da prestação jurisdicional permite a dilapidação do patrimônio do indigitado; todavia, no que concernem às cautelares pessoais, o risco assume conotação diametral (LOPES JUNIOR, 2013, p. 26 – 27).

Para a decretação das medidas cautelares pessoais, o fator determinante é a situação de perigo, não o tempo. A situação de perigo advinda dos atos praticados pelo acusado. Diante da frustração da função punitiva, de graves prejuízos ao processo ou do risco de um desenvolvimento processual anormal, em virtude da conduta do averiguado, emerge a necessidade de aplicar a prisão processual. Não brotando o perigo do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, por não gerar o perecimento do objeto, mais coerente o fundamento do *periculum libertatis*, decorrente do estado de

liberdade do imputado (LOPES JUNIOR, p. 27).

Isaac Sabbá Guimarães (2014, p. 51-52) traz à baila que o apelo para as medidas cautelares não configura instância novel e autônoma, prévia ou incidental. Esclarece que, não há autonomia processual, vez que as providências cautelares no âmbito penal são decretadas na própria ação, com fim exclusivamente instrumental, portanto, não envolvem interesses em disputa, bem como não envolvem a satisfação de um direito material. A atuação cautelar encontra limites no princípio da presunção de inocência, que obsta que sejam estendidos os efeitos de uma condenação àquele que estiver sob medida cautelar.

Ademais, a representação por medida cautelar pela autoridade policial ou o requerimento pelo Ministério Público, não corresponde a interesse de parte processual. *A priori* aclara-se que a autoridade policial não é parte processual, sua atuação é de cunho administrativo, de modo que, ao representar pela prisão cautelar, almeja garantir as investigações e a segurança pública (GUIMARÃES, 2014. p. 53-54).

O promotor de justiça, do mesmo modo, não é considerado parte propriamente dita, mas interveniente ou sujeito processual. A atuação do Ministério Público, tanto na pessoa do Promotor de Justiça como do Procurador da República, transcende a condição de acusador e direto interessado na condenação penal. Entre suas funções institucionais, inclui-se a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, devendo zelar pelo respeito aos direitos rubricados como fundamentais (GUIMARÃES, 2014. p. 53-54).

Miguel Tedesco Wedy (2006, p. 72) discorre que o caráter dualístico e conflituoso do processo penal por vezes tem edificado uma atuação conservadora e inquisitorial por parte do

Ministério Público, uma atuação descomprometida com os direitos do réu, cujo compromisso limita-se a combater a parte adversa, atuação dita defensora da sociedade e não da fiscalização da lei e das garantias do acusado.

A crítica supra não é de toda incoerente, todavia, não se pode apontar como uma atuação de toda a instituição, Ministério Público, uma falha no desempenho de alguns promotores, sob pena de se cometer verdadeiros despautérios. No que concerne o requerimento de prisão cautelar pelo Ministério, não se vislumbra, via de regra, um conflito entre as partes, não se assemelhando ao que ocorre na processualística civil.

Consigna-se ainda que a medida cautelar penal “pode ser determinada de ofício pelo juiz, quando agindo dentro de sua esfera de discricionariedade, entender necessária para garantia do processo” (GUIMARÃES, 2014, p. 54).

A aplicação da prisão cautelar deve estar estribada no *fumus comissi delicti*, ou seja, na real probabilidade de existência do delito, com claros elementos de prova, que indiquem materialidade delitiva. “[...] Essa postura procura estabilizar a disfunção já referida entre Estado-indivíduo, privilegiando a liberdade como regra, mormente num sistema democrático garantista”. Acrescente-se que, vislumbrando o julgador a existência de indícios justificadores ou exculpadores do delito, afastado resta o *fumus comissi delicti* (WEDY, 2006, p. 80 – 81).

Imprescindível também para a prisão cautelar restar configurado o *periculum libertatis* consistente no perigo advindo na liberdade do averiguado, que esteja destruindo provas, ameaçando testemunhas, colocando em risco a instrução do processo, ou buscando evadir-se. Não se afina aos ditames processuais a concepção de que constitui o *periculum in mora* requisito para as medidas cautelares penais, o que pode

fomentar problemas no processo penal, tais como, a aceleração e antecipação do procedimento final ou produção e aplicação de penas antecipadas. O processo penal, por sua natureza, haverá de ser formal e longo (WEDY, 2006, p. 83).

A forma na processualística penal é garantia; não há espaço para um poder geral de cautela, não existindo medidas cautelares inominadas. O processo penal serve como instrumento limitador do poder punitivo (LOPES JUNIOR, 2013, p. 29).

Decerto, diversos são os motivos que comprovam que no cenário da prisão cautelar não se pode aplicar conceitos da seara civil sem ressaltar diferenças substanciais. O consignado em apertada síntese desvela que não são sinônimos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, respectivamente.

Muito embora considerável gama de doutrinadores do processo penal presente tais conceitos sem perquirir as diferenciações necessárias, o processo penal que se proclame garantista e em conformidade com a Magna Carta de 1988 tem como requisitos o *fumus comissi delicti* e *periculum libertati*. Salienta-se que os aludidos requisitos serão mais bem explanados quando da abordagem da prisão preventiva, adentrando-se nos meandros queos envolvem.

1.1.2 Prisão cautelar e o embate entre o dever estatal de perquirir com eficácia o delito e o dever também estatal de assegurar o âmbito da liberdade individual

A prisão cautelar, como já elucidado, tem caráter instrumental, útil a garantir o escorreito andamento processual,

assegurando que dispêndio estatal não será inútil. Todavia, por vezes a decretação da prisão cautelar, inclusive a prisão preventiva, é decretada sem a rigorosa observância dos seus requisitos legitimadores, o que consiste em arbitrariedade.

O homem é por essência um ser social, nas palavras de Paulo Bonavides (2011, p. 58):

Para viver à margem dos laços de sociabilidade, precisaria o ente humano ser um Deus ou um bruto, algo mais ou menos do que um homem. Os instintos egocêntricos e altruístas que governam a condição humana, o instinto de preservação da espécie, fazem porém que o homem seja eminentemente social.

Decerto, em uma sociedade que clama por justiça e se indigna com a impunidade, se tornou comum a decretação da prisão cautelarmente como se pena fosse.

Sem dúvida, a segurança estatal é medida que se impõe; a sociedade precisa confiar na atuação do Estado, pois do contrário o instintivo desejo de vingança se revigorará. Entretanto, a liberdade individual não pode ser arbitrariamente restringida sob a premissa da segurança social, sobretudo para aquele que tem a seu favor a presunção de não- culpabilidade.

A vida em sociedade demanda imprescindível regulamentação. Indubitável que o ser humano é por essência social, entretanto é também um ser solipsista, o que corrobora a necessidade de controle de seus atos, sobretudo aqueles considerados mais ofensivos à sociedade, quais sejam, os que

constituem crimes.

Jean-Jacques Rousseau (2002, p. 9) já elucidava que ao homem é impossível engendrar novas forças, entretanto é cabível unir as forças já existentes, o que se faz por meio de agregação. Todavia, sendo a força, bem como a liberdade humana, os primeiros instrumentos de conservação do homem, como empregá-la sem que haja prejuízo?

O homem cede parcela de sua liberdade, atuando conforme os ditames sociais, em prol da tão almejada segurança. A restrição à liberdade, entretanto, deve ocorrer nos estritos limites da necessidade, pois a arbitrariedade deve ser combatida e soa como abuso de poder.

Sob a ótica supramencionada, no afincio de proteção à liberdade emana a necessidade de instituir princípios garantidos, denominados fundamentais.

No sistema jurídico pátrio, a Magna Carta de 1988 apresenta um vasto rol de direitos e garantias ditas fundamentais, cuja fundamentalidade é patente. O homem não é objeto de direito, mas sujeito de direito.

Incluso expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República de 1988, está o princípio da não-culpabilidade, consagrando que a culpa somente recai a quem for condenando em sentença com trânsito em julgado.

O princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, por sua essência, parece conflitar com prisões decretadas cautelarmente. Porém, insta salientar que a Constituição também respalda a necessária segurança social, que na esfera penal consagra-se, sobretudo, com a eficácia em perquirir o delito, culminando com uma pena imposta ao

infrator.

De modo que o direito fundamental de liberdade deve ser assegurado, pois todos nascem livres, liberdade que não pode ser descomedida. Liberdade que é regra. Não se olvida, entretanto, que a prisão cautelar como instrumento do processo propicia o eficaz deslinde processual, o que é desejável.

No sistema processual a deficiência das medidas cautelares pode resultar no enfraquecimento da função jurisdicional, sobretudo no momento da execução, obstando a justiça, por penúria de medidas “preventivas prontas, enérgicas e completas, de atingir os seus últimos fins” (CALAMANDREI, 2000, p. 213).

Renato Barão Varalda (2007, p. 199), discorrendo sobre os conflitos que emergem entre interesses coletivos e interesses individuais, alude que “os direitos fundamentais de *status* constitucional somente podem ser restringidos com base em normas do mesmo *status* ou com base em normas infraconstitucionais, cuja restrição é autorizada pela própria Constituição”.

Acrescenta ainda que, em nome do interesse público sobre o privado, é possível vislumbrar restrição ao princípio da presunção de inocência em face da prevalência do direito à segurança pública, consistindo em uma limitação não expressamente autorizada pela Constituição, não podendo, de qualquer modo, extrapolar as justas exigências, limitadas à finalidade apregoada em Lei (VARALDA, 2007, p. 201).

Não prescindível uma análise à luz da proporcionalidade, para que se restrinjam garantias individuais em conflito com interesses coletivos, sobrepondo-se em salvaguardar o valor maior em análise. Destarte, para resolver a eventual colidência dos interesses citados, deve-se abdicar de alguns direitos

individuais em prol da supremacia do interesse público (VARALDA, 2007, p. 202).

Saliente-se que “o princípio da proporcionalidade, em sua constituição global, não se reduz à reciprocidade razoável (proporcionalidade em sentido estrito), mas, antes dessa, incorpora outros dois filtros a serem ultrapassados: o da adequação e o da necessidade” (GIACOMOLLI, 2013, p. 38).

Quando se exige a prevalência do interesse público e a relativização do princípio da inocência através da análise de critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade dos atos, está se buscando um aumento da capacidade funcional do Direito Penal para a obtenção de meios e instrumentos mais eficazes de combate à criminalidade complexa, sem abandonar direitos fundamentais historicamente conquistados (VARALDA, 2007, p. 202 – 203).

Ademais, a supremacia do interesse público inculpada no requisito ordem pública legitima a prisão processual com a consequente contenção do princípio da presunção de inocência, quando o indigitado apresentar perigo substancial, o que é constatado por intermédio da gravidade do crime praticado e pela magnitude da lesão que acarrete grave repercussão social (VARALDA, 2007, p. 232-233).

Isaac Sabbá Guimarães (2014, p. 58) reza que “[...] a priorização da segurança pública frente a liberdades, compatível com o regramento contido no original Código de Processo Penal,

já não encontra suporte jurídico, político nem, muito menos, sociológico”.

O Brasil trasmudou-se de um regime de poder autoritário para a democracia; esta, embora de curta existência, tem se consolidado pelo respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Tais direitos apresentam peso que, insofismavelmente, é rival de qualquer iniciativa política criminal que mitigue certas normas de cariz constitucional. Ademais, os avanços tecnológicos possibilitam concomitantemente abrandar as intervenções sobre as liberdades e otimizar a segurança pública² (GUIMARÃES, 2014, p. 58).

O direito processual penal enfrenta problemática que envolve a segurança e a liberdade, decorrente de influxos do modelo de Estado. “[...] as conotações para os componentes do dilema variarão em conformidade com as evoluções da cultura política- jurídica, de maneira que as expressões Segurança e Liberdade individual assumam grandezas distintas segundo cada momento histórico” (GUIMARÃES, 2014, p. 27-28).

Mister expor que:

² O aludido autor apresenta, a título de exemplo, como meio tecnológico que possibilita, a um só tempo, mitigar as intervenções sobre a liberdade e maximizar a segurança pública, a medida coercitiva consistente na monitoração eletrônica, prevista no artigo 319, inciso IX do Diploma Processual Penal. Leciona Renato Brasileiro Lima (2012, p. 404) que a monitoração eletrônica consiste no uso de dispositivos não ostensivos, via de regra, afixado ao corpo da pessoa, que permitem, com respeito à dignidade da pessoa humana, saber permanentemente a localização geográfica do agente, possibilitando o controle judicial de seus atos fora do cárcere.

[...] o ponto de vista da maioria induz a conceber o direito penal essencialmente como um instrumento de defesa social, ou seja, de prevenção dos delitos e de defesa dos interesses da maioria não “desviada”, contra os atentados à segurança trazidos pela minoria dos “desviados”; (FERRAJOLI, 2002).

Conciliar a almejada segurança social, perquirindo com eficácia os delitos perpetrados com a liberdade individual do averiguado, que não tem sobre si um decreto condenatório com trânsito em julgado, demanda observância a rigor dos requisitos que legitimam a cautelar restrição. Não obstante o discurso garantista apregoe que os direitos fundamentais, entre os quais a liberdade emana com alto grau de importância, sejam preservados, não ignora a necessidade da prisão cautelar como sucedâneo necessário do processo penal.

O sistema jurídico penal é composto pelo direito penal substantivo, bem como pelo subsistema de direito penal adjetivo, e ambos se coordenam por meio de fins orientados pela política criminal. Insta salientar que o processo não se limita a instrumento de realização do direito penal; cabe-lhe recepcionar os ditames de uma política criminal dotada de imperiosa dose de funcionalidade e eficácia. “O processo penal deve ser o instrumento de realização efetiva de justiça de maneira razoavelmente satisfatória sob pena de colocar em causa todo o sistema penal” (VARALDA, 2007, p. 234).

Uma enorme tensão no processo penal emana da decretação da prisão cautelar e da imposição de outras medidas cautelares de natureza pessoal, pois são instrumentos extremamente gravosos de que se vale o Estado para assegurar

a perseguição penal, porém, não pode enjeitar o não prescindível respeito a direitos e liberdades individuais, que tão carocustaram para serem reconhecidos e que condicionam a atuação de um Estado que pretende ser Democrático de Direito (LIMA, 2012, p. 137).

No Estado de Direito, a liberdade de locomoção funciona como um dogma, sendo intuitivo que a Constituição da República Federativa estatua regras fundamentais, no afincio de obstar prisões ilegais ou arbitrárias. A excecionalidade é intrínseca a qualquer tipo de restrição à liberdade de locomoção, cuja aplicação deve estar sempre envolta aos parâmetros de estrita legalidade (LIMA, 2012, p. 137).

O modo como são respeitados e aplicados os direitos e garantias fundamentais permitem avaliar os elementos materiais do Estado de Direito e discriminar a civilização da barbárie. “[...] a proteção do cidadão no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária” (LIMA, 2012, p. 137).

Neste sentido, a democracia lograda por determinado Estado é auferida pela consagração e observância dos direitos fundamentais. Contudo, não se pode recobrir determinado direito fundamental com a “manta” da intocabilidade, em detrimento de toda a coletividade, sob pena de se cometer verdadeiros despautérios.

A falha da instrumentalidade do processo ocasiona o descrédito das instituições e, por via de consequência, despertam na sociedade as vias alternativas de reação (VARALDA, 2007, p. 234). “A justiça penal tem uma importante função a concretização da segurança da população” (VARALDA, 2007, p. 236).

Os indivíduos, ao cederem parcela de sua liberdade

natural para a formação da sociedade política, transferiram ao Estado o monopólio legítimo do uso da força. O Estado é, pois, o principal responsável pela manutenção da segurança pública, de modo que um ato seu, se causar insegurança, será considerado ilegítimo e inconstitucional (VARALDA, 2007, 238).

Basilar da segurança é a fundamentação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, vez que garantir segurança não se resume a garantir a persecução criminal ou a incoerência de infrações penais; abrange, dentre diversas facetas, a certeza de uma decisão do julgador fincada nos ditames do sistema jurídico, o que é confirmado pela fundamentação estampada em suas decisões.

As decisões limitadoras da liberdade individual possuem natureza grave e consequências estigmatizadoras, portanto, devem ser devidamente fundamentadas, vez que o processo penal hodierno equivale a um sistema de minimização do poder e maximização do saber judicial, sob pena de incongruência com as garantias constitucionais (WEDY, 2006, p. 123).

Mister salientar que os direitos e garantias atinentes à liberdade de locomoção estão previstos na Constituição Federal, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário e na legislação processual penal (LIMA, 2012, p. 138).

A sucinta análise ora apresentada, concernente ao embate entre o dever estatal de perquirir com eficácia o delito e o dever também estatal de assegurar a liberdade individual, não tem a pretensão de apresentar todos os posicionamentos dos estudiosos do processo penal, tampouco de delimitar com precisão quando será legítimo restringir a liberdade individual face segurança social.

Limita-se a demonstrar que há divergentes

posicionamentos, advogando tanto a prevalência do direito à segurança, da qual decorre a necessária eficácia da persecução criminal, como ideias fincadas na prevalência da liberdade individual, sobretudo em nome do princípio da não-culpabilidade em face do indivíduo que não tem sobre si uma sentença condenatória com trânsito em julgado.

A liberdade é direito fundamental de demasiada importância. De outra banda, perseguir com eficácia as práticas delitivas é medida que se impõe. Não se ignora que a democracia de um Estado é auferida pelo respeito aos direitos fundamentais, o que não significa que os mesmos sejam intangíveis, de modo que, dentro dos limites e parâmetros legais, a prisão cautelar, em quaisquer de suas modalidades, pode ser decretada, possibilitando o correto andamento processual.

Acrescente-se que o processo penal deve ser límpido, o que é corolário lógico de sua consonância com o preceituado na Constituição Federal. Portanto, processo penal correto não é somente aquele que lograr a *persecutio criminis*, culminando ao indivíduo em conflito com a Lei uma sanção penal; processo penal correto é também aquele que respalda sua atuação nos direitos e garantias fundamentais do indigitado. Conforme já disposto, este é sujeito de direito e não objeto de direito, de modo que liberdade individual, quando cerceada cautelarmente, deve suceder nos moldes previamente estabelecidos.

1.1.3 Estigmatização e prisão cautelar

A princípio, cumpre esclarecer o que exprime o termo estigma. O mesmo foi desenvolvido pelos gregos, que possuíam abundante conhecimento acerca de recursos visuais, “para se

referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava”. O estigmatizado tinha seu corpo marcado no afimco de indicar que se tratava de “um escravo, *um criminoso* ou traidor, uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada; especialmente em lugares públicos” (GOFFMAN, 2004, p. 5, grifo aditado).

Contemporaneamente, o termo estigma não mais é, unicamente, utilizado para desvelar a mácula do indivíduo que tem em seu corpo marcas físicas, mas remete-se à própria desgraça humana (GOFFMAN, 2004, p. 5).

A estigmatização, indubitavelmente, é um dos efeitos advindos da prisão cautelar.

A análise concernente à estigmatização do sujeito passivo da prisão cautelar revela os efeitos negativos das medidas cautelares de natureza pessoal (WEDY, 2006, p. 1).

Não obstante a utilização da prisão cautelar seja, por vezes, um mal necessário, muitas são as consequências da aplicação de uma medida cautelar pessoal, desfavorável ao sujeito a que é aplicada, e à sociedade como um todo.

Miguel Tedesco Wedy (2006, p. 3) elucida que muitos são os reflexos sociais e econômicos advindos da estigmatização; o sujeito passivo tem reduzidas suas oportunidades e as possibilidades para buscar uma reinserção social. Sua vida comunitária é seriamente afetada. “Quando se fala em reinserção, não se quer repetir o mito da ressocialização, mas sim buscar as condições ideais para que o sujeito passivo possa retomar minimamente o seu *status* anterior”.

O estigma tem a função segregadora de distinguir quem não é “comum”. Se “difere do preconceito por sua aceitação

social. O preconceito é algo politicamente incorreto, enquanto o estigma é profundamente naturalizado” (REDÍGOLO, 2012, p. 89).

Estribado nas lições de Muñoz Conde, WEDY (2006, p. 3) esboça os motivos erguidos pelos especialistas na questão penitenciária, para impedir a utilização de uma das modalidades de cautelar prisional, a prisão preventiva, *in verbis*:

- a) a prisão provisória não permite levar a cabo uma atividade ressocializadora, já que juridicamente está vedada qualquer intervenção sobre o condenado;
- b) a prisão preventiva é tão estigmatizadora socialmente quanto a própria pena;
- c) a prisão preventiva submete os indivíduos ao regime de vida dos estabelecimentos fechados que, em princípio, se reservam aos delinquentes mais perigosos, tornando-os antissociais;
- d) a prisão preventiva aumenta a população reclusa, com suas consequências desastrosas, além dos custos tradicionais e com o pessoal de vigilância.

No espectro social, o primordial efeito em relação ao sujeito passivo da prisão cautelar é a redução de oportunidades legítimas em decorrência da desconfiança social. O indivíduo passa a ser enxergado como um cidadão de última categoria. Não

é novidade que parcela da sociedade visualiza no desviante um inimigo, uma ameaça à ordem pública e à segurança das instituições jurídicas. A desconfiança social latente aniquila a autoestima do indivíduo cautelarmente preso (WEDY, 2006, p. 4).

Dispõe Natália Carolina Narciso Redígolo (2012, p. 88) que socialmente o estigma é útil para corroborar padrões de normalidade, bem como, garantir um controle social. “Para que o homem viva em coletividade, ele precisa criar uma série de regras, explícitas ou tácitas, e quem foge a essas regras tem que ser demarcado, separado e controlado, para que a regra se mantenha”.

A prisão preventiva marca o indivíduo profundamente. Este passa a ser visto como uma pária, um ser merecedor da repugnância da coletividade. Esta não enxerga constrangimento na punição antecipada e nas crueldades a que é submetido o preso provisório. “O preso, em síntese, é segregado dentro da cadeia e após dela sair, é segregado pela sociedade, como um verme social” (WEDY, 2006, p. 7).

Acrescente-se que o estigma atinge o que traz consigo a marca da prisão, portanto não necessariamente o criminoso é estigmatizado, mas sim o segregado (REDÍGOLO, 2012, p. 89).

Insofismavelmente, o condenado em definitivo não deve ser excluído da sociedade, pois diametralmente é a finalidade da pena, a saber, a reinserção. O segregado cautelarmente tampouco deve ser estigmatizado, entretanto é uma consequência que não se pode escapar. O ser humano é solipsista e julga-se bom face àqueles que rompem com o pacto social.

CARNELUTTI (1995, p.37), discorrendo sobre as penitenciárias, alude que:

Como se faz, então, para distinguir os incivilizados dos civilizados na medida do frágil juízo humano? A primeira coisa que ensina a experiência penal é que a penitenciária não é de fato diferente do resto do mundo, tanto, no sentido que também a penitenciária é um mundo, como no sentido que também o resto do mundo é uma grande casa de pena. A ideia de dentro estarem somente canalhas e fora somente honestos não é mais que uma ilusão; aliás, ilusão é que um homem possa ser todo canalha ou todo honesto. Provavelmente o processo penal, entendido no seu sentido mais amplo, compreendendo o tribunal e a reclusão, é a mais eficaz entre as escolas de psicologia; ou, por que não?, também de filosofia.

Não obstante o supracitado descreva uma realidade, a sociedade assim não enxerga. Descreve WEDY (2006, p. 8) que os egressos da prisão são considerados pela sociedade como perigosos e indesejáveis. O preso provisório tem sua reputação afetada; o estigma permanece mesmo após sua soltura, o que é corolário da depauperação de sua vida social, o “afastamento e isolamento da sociedade, dos conhecidos, dos familiares e, por fim, o estabelecimento de relações degradadas com subgrupos, mormente quando for oriundo dos grupos marginalizados e proletarizados”.

O processo penal deve estar em sintonia com a Magna Carta, vez que aquele é um instrumentário jurídico com demasiada carga de coercibilidade; a operacionalização do processo penal, em menor ou maior grau, implica em intervenção sobre a esfera da individualidade das pessoas e,

consequentemente, sobre bens jurídicos constitucionais. As medidas cautelares patrimoniais e pessoais são, por natureza, providências de coerção (GUIMARÃES, 2014, p. 61).

“[...] Quanto mais *injusta e autoritária* a sociedade, mas ela precisa das prisões provisórias e de punições antecipadas, como meio de controle social e de imposição de poder” (WEDY, 2006, p. 8, grifo aditado). Certamente, a imposição de prisões cautelares no afimco de satisfazer interesses egoísticos da sociedade, não está em harmonia com a Constituição Federal.

Muito embora a legislação nacional possua inúmeras garantias para o preso sem condenação, bem como o discurso doutrinário apregoe que a prisão provisória não é pena, senão uma medida cautelar, a realidade prática confirma a cautelar de natureza pessoal, consistente na prisão, como uma verdadeira pena, vez que restringe direitos e inflige dor e castigo (Elias Carranza Lucero *apud* VARALDA, 2007, p. 61).

Ademais, ainda que breve a prisão provisória, permanecem a nódoa e a vergonha de modo que o preso provisório é envolto em uma redoma estigmatizante que o marcará para sempre. A sociedade não analisa a culpabilidade, apenas enxerga o ex-presos (WEDY, 2006, p.10).

Uma vez preso, o indivíduo carrega um estigma que o afasta da sociedade em geral e pode levá-lo a desenvolver outros tipos de sociabilidades com os estigmatizados como ele. Uma vez caracterizado pelo “mundo do crime” o indivíduo dificilmente consegue se reinserir totalmente no “mundo do trabalho”. Esta prática acaba sendo marcada por um certo determinismo deque o indivíduo nasceu no crime e vai

morrer no crime, e essa propensão ao crime acaba contaminando todos a sua volta, principalmente filhos, pais e cônjuges (REDÍGOLO, 2012, p. 89).

Urge acrescentar que, não obstante os reflexos sociais do estigma, retirar a prisão provisória do ordenamento pátrio é medida temerária. A excepcionalidade deve ser inerente à aplicação da prisão provisória, bem como os princípios da proporcionalidade e necessidade devem ser auferidos à luz do caso concreto. Todavia, retirar do processo penal medida que tem se mostrado útil para consecução dos seus fins é privilegiar a impunidade em detrimento da segurança e eficácia do processo penal, corroborando o descrédito estatal.

Outro ponto nefasto advindo da prisão cautelar é o efeito econômico, principalmente nos países de economia capitalista, porque a força motriz é o indivíduo, célula essencial da força econômica (WEDY, 2006, p. 11).

Já elucidava Cesare Beccaria que (2013, p. 19) “[...] entre os homens reunidos, nota-se a tendência contínua de acumular no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, para só deixar à maioria miséria e fraqueza”.

A economia brasileira é marcada por um regime cruel de concentração de renda nas mãos de uma minoria, de modo que vasta quantidade de cidadãos são eliminados da economia e recorrem, por vezes, à criminalidade como modo de subsistência. A reiteração de condutas criminosas faz com que as medidas cautelares pessoais sejam aplicadas como se regras fossem, causando o estigma do preso e, por via de consequência, a realimentação do sistema criminógeno vigente (WEDY, 2006, p. 12).

A prisão processual atinge a estabilidade do sistema democrático, produz ainda efeitos horríveis para a sociedade e para o sujeito passivo da cautela prisional, na seara econômica. A sociedade é afetada pela neutralização de um contingente de seres humanos que poderiam estar desenvolvendo atividades produtivas, bem como interagindo por meio de políticas sociais. O estigmatizado, por seu turno, sofre preconceitos da sociedade e mitigação de oportunidades profissionais. Ademais, cessa a labuta do sujeito passivo da medida cautelar prisional, que por vezes é também “chefe” de família, gerando problemas econômicos e financeiros (WEDY, 2006, p. 14).

O cautelarmente preso repentinamente tem a total destruição do seu alicerce econômico, a rentabilidade de sua família é deveras afetada. Com a estigmatização, há mitigação de oportunidades legítimas e, por via de consequência, um desvirtuamento, por vezes, de uma vida dedicada ao trabalho e de determinada expectativa de vida, corroborando a aniquilação de um sonho (WEDY, 2006, p. 16).

Decerto, otimista demasiadamente é imaginar que uma parcela significativa de presos, antes do cárcere, dedicava sua vida ao trabalho, principalmente quando se versa crimes contra o patrimônio e o tráfico ilícito de entorpecentes.

Insta acrescentar que o valor que o Estado despense para sustentar o preso provisório não é ínfimo.

[...] grande parte das prisões provisórias existem para proteger a ordem pública, é de se sopesar quão mais útil seria a alocação de recursos gastos com preso provisório, sem qualquer possibilidade de “ressocialização” ou “tratamento”, em políticas sociais. Quantos empregos seriam

gerados? Quantos excluídos seriam incorporados ao sistema social produtivo? Quantas oportunidades legítimas seriam ofertadas aos estigmatizados? *Como seria humanizado o sistema ora vigente!* (WEDY, 2006, p. 16, grifo aditado).

O cerceamento de liberdades individuais é negativo para o sistema capitalista democrático. A intenção de proteger, por intermédio de prisões provisórias, a sociedade dos indivíduos desviantes, propicia a sensação de segurança para apenas uma parcela da sociedade; há um grupo que jamais será atingido, de modo que “[...] surgirá uma demanda irrefreável de ‘segurança’, absolutamente antidemocrática e inatingível” (WEDY, 2006, p. 17).

Os resultados econômicos da estigmatização do sujeito passivo da prisão cautelar são, indubitavelmente, degradantes, porque confirmam e elevam as desigualdades naturais do sistema capitalista (WEDY, 2006, p. 17).

Portanto, diversos são os efeitos desfavoráveis, no aspecto econômico, da aplicação da prisão provisória. A sociedade “perde” indivíduos que poderiam estar contribuindo com o crescimento econômico, e tem ainda um considerável gasto com o segregado.

O indivíduo maculado pelo estigma, por sua vez, durante o período de segregação vê reduzida a renda de sua família; após sua soltura, ainda que tenha a seu favor um decreto absolutório, vê reduzidas, de modo significativo, as oportunidades, pois se para o cidadão livre de qualquer mácula é tarefa árdua conseguir um labor que lhe proporcione uma vida digna, com padrões mínimos de conforto, mais difícil é para aquele que teve em seu desfavor um decreto prisional, ainda que revestido de

cautelaridade.

Aclara-se que a mídia, da forma como tem sido realizada, muito contribui com a estigmatização do cautelarmente preso.

É inegável que, no Estado Democrático de Direito, a liberdade de informação e opinião são garantias primordiais e devem ser preservadas, sendo coerente a assertiva: ondenão há liberdade de imprensa não há liberdade política (WEDY, 2006, p. 17).

No cenário nacional, os meios de comunicação têm se mostrado úteis, de forma extraordinária, para implantar um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, capaz de garantir os direitos fundamentais. Outrossim, têm prestado serviços relevantes para a implementação de políticas sociais e para a moralização da atividade pública, por meio de programas especiais que incentivam a solidariedade comunitária (WEDY, 2006, p. 18).

Acrescenta-se que, ao contrário da falaciosa ideia, por muitos apregoada, que os meios de comunicação deveriam ser de propriedade pública, é certo que a propriedade privada dos meios de comunicação é condição imprescindível para a manutenção da liberdade de opinião, porque possibilita a criação de inúmeras empresas comprometidas com diversas concepções. Diametralmente, quando da propriedade pública dos meios de comunicação, os detentores do poder político acabam por monopolizar a opinião a ser massificada (WEDY, 2006, p. 18).

A atuação política da mídia visa demonstrar uma atuação estatal eficaz; para tanto se vale da exposição de um Estado repressor, insistindo, contudo, no ideário de um direito penal emergencial e fracassado (RODRIGUES, 2011, p. 37).

Frisa-se que avanços tecnológicos proporcionaram o

acesso à informação e, conseqüentemente, os emittentes midiáticos passaram a forte disputa por ouvintes; tal concorrência fez com que muitas das informações prestadas restassem eivadas de vícios com opiniões jornalísticas, de modo a evadir-se a mídia de sua real função informativa, apresentando, em muitas ocasiões, informações sensacionalistas (COSTA; WEBER, p. 320).

Não se olvida os efeitos favoráveis da mídia, bem como a não prescindível necessidade de uma imprensa livre; não se pode, todavia, ignorar os ônus existentes (WEDY, 2006, p. 18). Por vezes, a mídia tem se concretizado em total desrespeito aos direitos e garantias constitucionalmente asseguradas ao sujeito passivo da medida cautelar prisional.

É crescente a importância dada na mídia às mazelas do Processo Penal. Hodiernamente, não são raras as prisões cautelares transmitidas ao vivo pela imprensa, que está sempre no lugar e hora marcados, no afimco de tudo registrar. Imagens que, *a posteriori*, são abundantemente utilizadas pelos “doutrinadores” do direito penal e processo penal a título de informar a população. A mídia deixa em segundo plano a finalidade a que serve a cautelar prisional, a saber, assegurar a eficácia da persecução penal, exibindo a prisão cautelar como ilusória justiça instantânea. As prisões cautelares passam a desempenhar um efeito sedante da opinião pública, exercendo uma finalidade completamente incoerente e proscriita para um instrumento legitimado por sua feição cautelar (LIMA, 2012, p. 141).

Traz-se à baila a lição esposada pelo Min. Marco Aurélio *apud* Renato Brasileiro(2012, p. 141-142):

(...) Ninguém desconhece a necessidade de

adoção de rigor no campo da definição de responsabilidade, mormente quando em jogo interesses públicos da maior envergadura. No levantamento de dados, no acompanhamento dos fatos, no esclarecimento da população, importante é o papel exercido pela imprensa. Todavia, há de ser fazer presente a advertência de Joaquim Falcão, no Jornal *O globo* de 06/06/93. “Ser o que não é errado. Imprensa não é justiça. Esta relação é um remendo. Um desvio institucional. Jornal não é fórum. Repórter não é juiz. Nem editor é desembargador. E quando, por acaso, acreditam ser, transformam a dignidade da informação na arrogância da autoridade que não têm. Não raramente, hoje, alguns jornais, ao divulgarem a denúncia alheia, acusam sem apurar. Processam sem ouvir. Colocam o réu, sem defesa, na prisão da opinião pública. Enfim condenam sem julgar”. Exige-se do Judiciário a equidistância, a atuação desapaixonada, buscando, assim o restabelecimento da paz jurídica momentaneamente abalada.

“Não raro a imprensa denuncia, processa e julga, sem qualquer oportunidade de defesa, em completa alienação ao Estado Constitucional de matriz garantista” (WEDY, 2006, p. 24).

Infelizmente, muitas das informações patenteadas pela mídia são eivadas de parcialidade; muitos são os excessos envolvendo o processo penal, o crime e o criminoso (RODRIGUES, 2011, p. 36).

A forma como a mídia tem abordado a violência é incoerente. Têm-se um discurso generalizador, que enfoca a violência somente como questão de polícia. Limita-se a apresentar uma luta tenaz e implacável entre bandidos e mocinhos, entre Estado e inimigos do Estado e da sociedade, omitindo-se em distinguir violência de criminalidade. “A massa, manobrada pela visão simplista e comercial de certas espécies de jornalismo, acaba por introjetar tais conceitos reacionários, reagindo de forma assemelhada ao fenômeno da criminalidade” (WEDY, 2006, p. 20).

Não raro a mídia faz divulgações que culminam na condenação antecipada do réu, sendo a prisão preventiva decretada com fundamentalidade na ordem pública; essa expressão possui alto grau de abstração, que abarca situações das mais diversas, inclusive passível de ser traduzida na tranquilidade social, ignorando a cautelaridade que a prisão referida necessita observar, por via de consequência, admitindo uma verdadeira execução sumária (RODRIGUES, 2011, p. 32).

A sociedade, em sua maioria, é vulnerável às informações transmitidas pela mídia, e esta decreta e instaura a histeria de suposto estado de violência (WEDY, 2006, p. 20).

Pondera Isaac Sabbá Guimarães (2014, p. 67-69) que se tornou comum entre juristas e sociólogos a denúncia contra o alarmismo provocado pela mídia, sendo habitual afirmar que a imprensa recorre ao sensacionalismo, dramatiza fatos de repercussão e aflora questões como a criminalização de comportamentos desviantes. Acrescenta que busca-se fortificar o argumento que se tem fomentado uma cultura do medo. Todavia, o fenômeno da criminalidade violenta contra pessoas no Brasil não é inventado ou dramatizado pela mídia.

No que concerne, especificamente, à divulgação da imagem de pessoas presas, o que se ver cotidianamente é uma

crescente degradação da imagem e da honra advinda dos meios de comunicação, com a anuência das autoridades estatais. Estas são coniventes com a reprodução da imagem do preso sem que haja sua prévia autorização. Sem que a aludida exibição tenha qualquer finalidade. A exibição da imagem do preso é utilizada como notícia, no afimco de saciar a curiosidade da população (LIMA, 2012, p. 142).

“Os programas sensacionalistas do rádio e da televisão saciam a curiosidades perversas extraíndo sua matéria-prima da miséria de cidadãos humildes que aparecem algemados como verdadeiros troféus” (LIMA, 2012, p. 142).

O cidadão preso deve ter seus direitos fundamentais tutelados de forma eficaz por jornalistas, autoridades policiais, membros do Ministério Público. Todos esses devem se abster de exibir presos à mídia, evitando o desrespeito a direitos personalíssimos do preso, bem como que inocentes sejam identificados como autores de delitos (LIMA, 2012, p. 143).

É função da mídia dar ao público a verdade dos fatos, porém descabe a mesma imporrótulos a supostos autores de infrações penais, de modo a estigmatizá-los. Centenas de cidadãos humildes, “denunciados” pelo jornalismo como autores de crimes graves, têm pelas manchetes sua liberdade cerceada sem fundamentação legítima, porém tão somente pela exibição de sua foto no jornal, pelo estigma e, por vezes, pelo desejo de notoriedade de determinadas autoridades (WEDY, 2006, p. 20-21).

Acrescente-se que a massificação dos meios de comunicação, por vezes, demoniza determinadas condutas e seus atores, estigmatizando-os e rotulando-os como inimigos da sociedade suspeitos ou acusados. A prisão provisória de vários indivíduos é instrumento para satisfazer a vontade da massa, propiciando maior alargamento entre o desviante e os demais

cidadãos. De modo que camadas médias e dominantes da população passam a enxergar o estigmatizado não apenas como um ser diferente, mas também como um verdadeiro desigual (WEDY, 2006, p. 22).

O princípio da presunção de não culpabilidade impõe uma proteção em face da publicidade abusiva e da estigmatização precoce do réu; “deve ser utilizado como limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial”. Não se pode admitir o bizarro espetáculo midiático que por vezes tem sucedido em detrimento da presunção de inocência (LOPES JUNIOR, 2013, p. 24).

Indubitavelmente, a concepção midiática, na maioria das vezes, está em consonância com o pensamento popular, que é contrário a penas alternativas, à soltura de cidadãos averiguados de crime graves, à não decretação de prisão nos casos de crimes hediondos etc. Portanto, empiricamente é possível visualizar que a posição e opinião da mídia e o senso geral coadunam (WEDY, 2006, p. 23).

Infelizmente, “O senso comum, balizado pela mídia, estigmatiza o presidiário e toda a sua rede de relações” (REDÍGOLO, 2012, p. 89).

A pressão imposta pela mídia, como sendo a opinião pública independente e equilibrada, afeta seriamente a seara jurídica. Pressão esta que influencia promotores e juízes claudicantes a ceder à opinião pública, cerceando a liberdade individual e desrespeitando a presunção de inocência, sob o fundamento de resguardar a integridade das instituições estatais. Ignorando a preservação da Constituição e o zelo pelos direitos individuais, deixam de lado a preservação da instrução processual e a garantia da aplicação da lei penal em favor dos preconceitos contra os setores mais necessitados, que compõem

a clientela penal (WEDY, 2006, p. 23).

A mídia do *modus* como tem sucedido tem solidificado a crença nas políticas da força bruta e na punição antecipada, impulsionando atávicos instintos autoritários, o que decorre das imagens de ocorrências criminais nas favelas, bem como a perseguição contínua da polícia aos desviantes pobres. O julgamento antecipado decorre da decretação de prisões cautelares e pela incessante pressão dos meios de comunicação por providências judiciais emergentes (WEDY, 2006, p. 24).

Muitas são as pessoas que são exibidas à mídia como suspeitas de prática delitativa e posteriormente têm sua inocência reconhecida (LIMA, 2012, p. 143).

Porém, em que pesem às falhas cometidas pela mídia, é certo que a liberdade de imprensa é garantia do Estado Constitucional que não pode ser subtraída. Os meios de comunicação apresentam relevância no cenário democrático, todavia, é imprescindível uma atuação mais preocupada com a informação verdadeira e desapaixonada dos eventos cotidianos. A mídia deve ter consciência da necessidade de uma atuação ética, no afimco de mitigar o foco de pressão que clama por punições antecipadas, divergentes do princípio da inocência e de cunho extremamente estigmatizador (WEDY, 2006, p. 27).

Decerto, a globalização propicia que as informações sejam transmitidas por todo o mundo no exato momento da ocorrência fática, o que não pode ser tido com uma conotação negativa.

Certamente a informação é fator positivo; no entanto, o que não pode subsistir no Estado Democrático é uma mídia despreocupada com as garantias individuais, apregoando um discurso “garantista” da sociedade, distinto do preceituado na Carta Maior, expondo de modo inadequado averiguados, cuja

presunção é de não-culpabilidade, como se fossem indignos de sua inerente humanidade.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIOS REITORES DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

Antes de adentrar nos específicos princípios de observância necessária no cenário do processo penal cautelar, em apertada síntese traz-se a baila a noção do que é um princípio.

Originalmente a noção de princípio deriva da existência de um Direito Natural. Sob tal tradição, os princípios eram espécies de supranormas, que atuavam como norteadores da conduta humana, definindo padrões substanciais de justiça. Na visão alhures, o direito não havia se dissociado da amálgama normativa que aglomerava ordens normativas como a moral, a ética, a religião, a economia etc. (FERNANDES, B. 2014, p. 279).

Etimologicamente, princípio traz ínsita a ideia de começo, origem, base, ponto de partida (LENZA, 2014, p. 1395).

Muitos estudiosos do Direito afirmam veementemente que os princípios se distinguem das regras e, no fulcro de comprovar tal assertiva, apontam diversas distinções.

A superação dialética da antítese entre o positivo e o jusnaturalismo diferenciou as normas jurídicas que são regras, nas quais a estrutura lógico-deontica contém a previsão de uma hipótese fática, bem como a consequência jurídica de sua

ocorrência, das normas jurídicas que são princípios, que prescrevem um valor que adquirem positividade (GUERRA FILHO, 2009, p. 63).

Características dos princípios são que possuem maior grau de abstração, “não se reportam, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática, que dê suporte à incidência de norma jurídica” (GUERRA FILHO, 2009, p. 64).

Nos moldes esboçados por Eros Roberto Grau (2006, p. 49), princípios, sejam eles implícitos ou explícitos, constituem normas jurídicas. Estas albergam como espécies, regras e princípios.

Corroborando o entendimento supra Luís Roberto Barroso (2013, p. 147), para quem os princípios lograram o *status* de norma jurídica, restando ultrapassada a ideia de que ocupam dimensão puramente axiológica, ética, todavia sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A trajetória constitucional conduziu os princípios ao centro do sistema.

Os princípios têm a importante missão de dar uniformidade ao sistema jurídico, permitindo que a interpretação e integração dos preceitos jurídicos proporcionem coerência ao sistema normativo (NUCCI, 2014a, p. 12).

Decerto, os princípios têm sua fundamentalidade na busca da justiça, na consistência normativa e na supremacia constitucional. Apresentam, via de regra, maior carga valorativa, o que não significa abstração. A existência e aplicabilidade de princípios no atual Estado Democrático de Direito é indispensável.

“A base principiológica é estrutura e fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico”. No que concerne as cautelares, o estudo dos princípios possibilitará a coexistência

de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência (LOPES, 2013, p. 31).

No contexto das medidas cautelares pessoais, a restrição da liberdade pessoal, seja em maior ou menor intensidade, é uma certeza, o que descortina a necessária fidelidade a alguns princípios (LIMA, 2012, p. 13).

Com a reforma que introduziu as cautelares pessoais, diversas da prisão, foram incorporados princípios de cunho interessantíssimo, aprimorando-se outros que já guarneciam a cautelaridade processual penal.

A guisa de esclarecimento, os princípios adiante explicitados aplicam-se a todas as medidas cautelares pessoais, todavia, não se limitam a esses. Buscou-se abordar os principais, principalmente no que toca a uma das modalidades de cautelar restritiva de liberdade, a saber: a prisão preventiva.

2.1 Dignidade da pessoa humana

A importância que o conceito da dignidade humana desponta na escala de valores filosóficos e jurídicos da sociedade muito revela do patamar democrático por ela alcançado. É também de tal conceito que decorre o direito à autodeterminação e, por via de consequência, à liberdade e à isonomia. Afigura-se ainda marco basal a nortear o vasto rol de direitos fundamentais (MENDES, 2014, p. 1).

A força normativa do princípio da dignidade humana se esparge por toda a ordem jurídica, sendo basilar aos demais princípios penais fundamentais. De modo que a transgressão a qualquer dos aludidos será, por via de consequência, uma

violação ao princípio da dignidade humana (PRADO, 2010, p. 145).

No mesmo diapasão, reza Fernando Capez (2002, p. 12) que “da dignidade nascem os demais princípios orientadores e limitadores do Direito Penal”.

O princípio da dignidade humana é limite à aplicação de medidas cautelares. Muito embora estas visem à preservação do processo, de conhecimento ou execução, não se pode permitir que os provimentos cautelares tornem-se lesivos ao homem que se encontra por trás ou no interior do processo (NICOLITT, 2013, p. 426).

A dignidade da pessoa humana ao lado do princípio do devido processo legal são os princípios regentes de todo o diploma processual penal, é o que assevera Guilherme de Souza Nucci (2014a, p. 33, grifo no original), em suas palavras:

Nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados. Ademais, inexistiria *razão de ser* a tantos preceitos fundamentais não fosse o nítido suporte prestado à dignidade humana.

O princípio da dignidade humana está interligado à ideia de isonomia, de modo que todas as pessoas, pelo fato de serem humanas, são providas de uma peculiar qualidade, inerente a todos em igual medida.

Ninguém deve ser usado como meio ou mero

instrumento, porém com reconhecimento e respeito. De modo a reconhecer que a condição de nenhum sujeito é intrinsecamente superior à de outro (COSTA NETO, 2014, p. 50).

A dignidade humana não pode ceder a interesses comunitários. Do mesmo modo, as medidas cautelares, cujo interesse é a preservação de um processo de conhecimento ou de execução, podem justificar a restrição, limitação ou aniquilamento da dignidade humana (NICOLITT, 2013, p. 428).

Insta salientar que a dignidade humana é um atributo desvincilhado das circunstâncias pessoais de seu detentor, o que implica igualdade, e constitui que todos os seres humanos possuem dignidade. “Nenhuma peculiaridade de um dado ser humano será bastante para afastá-lo da incidência desse direito” (COSTA NETO, 2014, p. 50).

Inexorável que o princípio da dignidade humana apresenta demasiada imprecisão.

Ademais, por vezes, tem sido utilizado imoderadamente, a fundamentar teses absurdas.

A constitucionalização da dignidade humana é vista como pedra angular dos direitos fundamentais e humanos, como o progresso almejado. Entretanto, não obstante haja a constitucionalização do aludido princípio, resguarda-se no Brasil uma grande ambiguidade e imprevisibilidade quanto ao seu conteúdo (COSTA NETO, 2014, p. 113).

É coerente e plausível a afirmativa que a dignidade humana tornou-se invocação comum na atividade judicante do Supremo Tribunal Federal, o que é desfavorável a sua unidade e óbice à delimitação de seu conteúdo sob a ótica conceitual (COSTA NETO, 2014, p.113).

Saliente-se que o recurso exagerado ao aludido princípio

tem criado construções desarrazoadas, de modo que sua absolutização corrobora a anulação de seu conteúdo ideológico (GUIMARÃES, 2014, p. 59).

Tarefa árdua, portanto, é precisar o conceito de dignidade humana; todavia, não tão difícil é visualizar quando ela é violada, o que pode ser feito valendo-se da denominada fórmula de *Dürig*, que constitui a construção teórica que pode ser tida como a mais convincente para a compreensão da dignidade humana (HÄBERLE *apud* NICOLITT, 2012, p. 429).

Nos moldes da “fórmula” supra, “a dignidade humana é atingida quando a pessoa humana se torna um mero objeto do agir estatal”. No que concerne às medidas cautelares, que por essência são instrumentais, imprescindível o cuidado para que por meio delas não se instrumentalize o homem, tratando o indiciado ou acusado como coisa, o transmudando em objeto, fazendo com que perca sua condição de sujeito (NICOLITT, 2013, p. 429).

Não se ignora que o Processo Penal é o meio útil para efetivar o Direito Penal, consistindo na aplicação justa das normas sancionadoras. Independente de quão graves e incômodos sejam os conflitos que emanam da sociedade, é necessário o respeito aos diversos direitos e garantias fundamentais, cuja essência vige no afimco de formar o cenário ideal para a punição equilibrada e consentânea com os pressupostos do atual Estado Democrático de Direito, valorizando-se a dignidade humana (NUCCI, 2014a, p. 33).

A ética utilitarista tem difundido serem cabíveis restrições e agressões aos direitos fundamentais em função dos valores de natureza permanente da comunidade ou da humanidade em seu todo, sob a lógica de que, em prol da felicidade da maioria, legitima-se sacrificar o direito de um. Entretanto, não pode o aplicador das medidas cautelares valer-

se da ótica retro (NICOLITT, 2013, p. 429 – 430).

Mesmo os criminosos que praticam os atos mais cruéis, horríveis e desumanos possuem dignidade humana, de modo que, podem até serem privados de sua liberdade, entretanto, de sua dignidade é inadmissível. Portanto, as medidas cautelares, embora instrumentais, não podem, sob o argumento protecionista da sociedade, sacrificar a dignidade do homem, fazendo deste objeto para se lograr determinados fins. A dignidade faz do homem um fim em si mesmo (NICOLITT, 2013, p. 429 – 430).

2.2 Princípio do devido processo legal

A prisão cautelar é, indubitavelmente, mais agressiva que a prisão pena. Frise-se que aquela está englobada no campo das medidas cautelares de natureza pessoal, consistindo na intervenção do Estado na esfera individual na sua forma mais pungente (NICOLITT, 2013, p. 430).

Cesare Beccaria (2013, p. 29) já elucidava que a prisão deve necessariamente ser posterior à declaração jurídica do delito.

O princípio do devido processo legal apresenta diversos desdobramentos; todos se direcionam a um processo que esteja em consonância com os ditames constitucionais.

O Brasil não mais está sob um regime autoritário, mas sob a democracia que, em curta existência, tem ganhado consistência pelo respeito aos Direitos Humanos e Direitos fundamentais (GUIMARÃES, 2014, p. 58).

O princípio do devido processo legal ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana coordena o sistema de princípios mais relevantes para a garantia dos denominados, direitos humanos fundamentais (NUCCI, 2014a, p. 33).

É certo que uma análise coberta pela coisa julgada, com respeito ao devido processo legal, para ao final aplicar-se uma pena, muito se difere da prisão cautelar, que sumariamente submete o ser humano, em cujo favor vigora o princípio da não culpabilidade, ao mesmo sofrimento do apenado, sem juízo de certeza, sem que tenha havido o esgotamento do devido processo legal (NICOLITT, 2013, p. 430).

Mister esclarecer que o princípio em análise guarda suas raízes no princípio da legalidade e serve de garante ao indivíduo de que somente será processado e punido se houver lei penal anterior que defina determinada conduta como criminosa e respectivamente lhe determine sanção correspondente. Constitui, ainda, o indicativo da regularidade ímpar do processo criminal (NUCCI, 2014a, p. 33).

No cenário de aplicabilidade das medidas cautelares, a observância do devido processo legal denota a observância dos princípios norteadores daquelas.

A priori acrescenta-se que, pela razão fática das medidas cautelares representarem restrição aos direitos fundamentais, no processo penal é inconcebível se falar de poder geral de cautela do juiz, sendo indispensável a taxatividade no rol de medidas cautelares, o que se aperfeiçoou com a Lei 12.403/11 (NICOLITT, 2013, p. 431).

Outro ponto a merecer respaldo é duração razoável do processo. André Nicolitt (2013, p. 431) perfilha não ser possível atribuir um prazo fixo para o fim do processo, todavia, diz ser imperioso que a prisão cautelar tenha prazo de duração, bem

como todas as medidas cautelares desenhadas no escopo processual penal. Arremata que, por tratarem tais medidas de uma intervenção sumária na esfera de direitos fundamentais, notadamente na liberdade individual, é não prescindível a fixação de um prazo. Acrescenta que:

No âmbito das cautelares, o juízo é de mera probabilidade, na maioria absoluta das vezes sem ouvir o requerido. Não se pode olvidar ainda que, na realidade brasileira, as instituições que acolhem os presos provisórios são, em regra, mais indignas do que as destinadas aos condenados. Estes ainda podem ter progressão e regimes diferenciados enquanto a prisão cautelar, via de regra, se dar em regime fechado.

O devido processo legal pressupõe o andamento de um processo coerente com o Estado democrático de direitos, com respaldo nos direitos e garantias fundamentais. A busca pelo *jus puniendi* não pode servir de fundamento a legitimar arbitrariedades.

Não se ignora a necessidade de, no decorrer do processo, em situações excepcionais, serem aplicadas medidas cautelares de natureza pessoal, bem como a mais drástica dessas medidas, a prisão preventiva. Porém, a excepcionalidade não pode ser transformada em regra. Se realmente se mostrar necessária a restrição da liberdade individual de modo sumário, que o processo suceda da forma mais célere possível. Sem dúvidas, quanto maior for o tempo de restrição cautelar ao não culpável, maior será o estigma a que este estará submetido.

2.3 Princípio da presunção de inocência (ou não-culpabilidade)

O estado de inocência é o natural de todo e qualquer ser humano, somente assumindo posição diametral quando houver violação ao direito penal, após o transcurso do devido processo legal, quando lhe for declarado decisão desfavorável.

O princípio da não-culpabilidade foi consagrado a nível constitucional, de modo que a Magna Carta em seu artigo 5º, inciso LVII, reza: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A inserção do princípio supra denota o avanço democrático do Brasil; saliente-se que a presunção de inocência já havia sido consagrada em textos internacionais de direitos humanos, bem como nas constituições democráticas do ocidente (VARALDA, 2007, p. 44).

O princípio da presunção de inocência se estrutura em três dimensões, a saber: regra probatória ou de julgamento; regra de tratamento; regra de garantia. Pertinente ao estudo das medidas cautelares é a feição do reportado princípio como regra de tratamento que mais interessa, de modo que o indigitado não seja diminuído socialmente, moralmente ou fisicamente em face de outros cidadãos não sujeitos a um processo. De modo que o reportado princípio funcione como limitação teleológica à aplicação da prisão preventiva e de todas as medidas cautelares (NICOLITT, 2013, p. 432).

A reforma aplicada com a Lei 12.403/11, em que vige a regra nos moldes ditados pela Lei Maior de tratar o investigado, solto ou preso, como inocente, somente admitindo restrição cautelar quando desvelar imperioso, está em perfeita harmonia

com o princípio da não-culpabilidade (FERNANDES, 2012, p. 316).

A simplória abordagem ora feita não esgota o estudo do aludido princípio e sua importância dentro da pesquisa que se desenvolve, portanto, *a posteriori* se adentrará nos meandros do mesmo, em estudo pormenorizado, sobretudo no tocante ao desrespeito ao alusivo e à consequente antecipação de pena.

2.4 Reserva de jurisdição

A decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal somente será legítima se advier de manifestação fundamentada do Poder Judiciário. Este deve indicar elementos concretos nos autos a ensejar a restrição cautelar (LIMA, 2012, p.21).

O retromencionado denota que a aplicação de medidas cautelares está restrita ao Poder Judiciário. Somente este, pelo princípio da reserva jurisdicional pode efetivamente, diante do caso concreto, resguardando a legalidade, aplicar as medidas cautelares pessoais, de caráter prisional ou não.

“[...] Em sentido rigoroso, *reserva de juiz* significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra, mas também a primeira” (CANOTILHO, 2003 p. 664).

A consagração do princípio em análise pode ser veementemente observada na redação do artigo 282, § 2º do Diploma Processual Penal, que reza: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério

Público”.

Ante o princípio supra, consagra-se que a restrição cautelar, além de resultar de uma decisão do magistrado, deve advir de um procedimento adequado, acobertado por garantias mínimas, a saber: independência e imparcialidade do julgador; contraditório e ampla defesa; duplo grau de jurisdição; publicidade; obrigatoriedade de motivação. Destarte, porque as medidas cautelares de natureza pessoal afetam a liberdade de locomoção, não se admite que possam ser decretadas por Comissões Parlamentares de Inquérito (LIMA, 2012, p. 22).

Insta salientar que a aplicação da reserva de jurisdição não consubstancia a ideia de que a decisão é legítima se tomada por um juiz, sendo indispensável que este esteja no exercício da função judicante. A título de exemplo, bem elucida Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 23), supondo que determinado magistrado esteja sendo investigado pela prática de um ilícito, o juiz corregedor não está legitimado a aplicar medida cautelar pessoal (prisão preventiva), vez que não se encontra na sua função judicante, mas sim na função administrativa; caso o juiz corregedor entenda ser o caso de aplicação de prisão processual, poderá postular pela mesma ao tribunal competente, o fazendo por meio de representação.

Forçoso dispor que a aplicação de medidas cautelares pessoais, por implicar em restrição a direitos fundamentais, estão afetadas exclusivamente à esfera jurisdicional, não sendo passível a intervenção de qualquer outro órgão estatal (NICOLITT, 2013, p. 433).

“A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível”. Entretanto, o pensamento liberal clássico, tendo em vista a imprescindível decretação da prisão cautelar, justifica a violação de diversas garantias fundamentais,

tolerando a prisão cautelar quando necessária e proporcional. Infelizmente, tal instituto sofreu grave degeneração, que raramente será solucionada com mudanças legislativas. O problema maior emana da cultura brasileira, na banalização de uma medida que era para ser excepcional (LOPEZ JUNIOR, 2013, p. 33).

O princípio da jurisdicionalidade encontra sua fundamentalidade no aparato que o Estado deve garantir ao indigitado; não obstante uma possível autoria criminosa possa ser-lhe atribuída, até que se prove definitivamente em contrário, é presumidamente inocente, de modo que muitas decisões judiciais são arbitrárias, porque não revestidas da minuciosa atenção que deveria imiscuir-se o magistrado quando da intervenção sumária na esfera de liberdade do averiguado, aplicando uma medida cautelar de natureza pessoal, prisional ou não. Certamente, excessos seriam ainda mais frequentes se houvesse a possibilidade de outras autoridades aplicarem medidas cautelares pessoais.

2.5 Reserva legal

A priori traz-se à baila que a origem histórica e política do princípio da legalidade está arraigada aos ideais da Revolução Francesa, como medida para enfrentar e limitar o absolutismo. Ideais que dispunham a necessidade de substituição da vontade individual do soberano, bem como dos julgadores por uma vontade geral, que deveria estar contida em disposição normativa advinda do Poder legislativo, com o batismo popular (GIACOMOLLI, 2013, p. 25).

O reportado princípio foi inicialmente consagrado no

artigo 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no sentido de que tudo que não for vedado legalmente não pode ser obstado e que tudo que a lei não obrigue não pode impelir ninguém. Hodiernamente, o aludido princípio integra a maioria dos Estados modernos, primordialmente aqueles consubstanciados sob a forma de Estado de Direito (REMÉDIO, 2012, p. 59).

Leciona José Geraldo da Silva (2010, p. 56) que, em decorrência da inexistência de leis escritas, imperava na Idade Média amplo e irrestrito arbítrio dos magistrados e dos reis, de modo que o princípio da legalidade desponta para coibir e neutralizar o despotismo absolutista e tirânico de tal período.

Todas as Constituições brasileiras, salvo a que data de 1937, expressamente esboçaram o princípio da legalidade. Pode, portanto, ser considerado como pedra angular do Estado de Direito³ (REMÉDIO, 2012, p. 59).

A Magna Carta de 1215 consagrou no art. 5º, inciso II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O Código Penal também não foi omisso quanto ao princípio da legalidade. Reza em seu artigo 1º que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Cesare Beccaria (2013, p. 29), em sua célebre obra intitulada “Dos delitos e das penas”, em apertada síntese, já discorria sobre o princípio da legalidade insito a prisão, em suas

³ Acerca da posição constitucional do princípio da legalidade, nas constituições brasileiras, de cunho interessante e esclarecedor é a abordagem desenvolvida por José Geraldo da Silva em sua obra “Teoria do Crime”, na 4ª edição, 2010, encontra-se nas páginas 57-58.

palavras:

[...] Embora a prisão difira das outras penas, por dever necessariamente preceder a declaração jurídica do delito, nem por isto deixa de ter, como todos os outros gêneros de castigos, o caráter essencial de que só a Lei deve determinar o caso em que é preciso empregá-la.

A garantia do princípio da legalidade noticia que nenhum cidadão será submetido, por parte dos poderes estatais, a crimes, penas e restrições ao direito de ir e vir, tais como prisão preventiva e outras medidas cautelares, que não tenham legitimidade na cidadania (GIACOMOLLI, 2013, p. 26).

Insta salientar que não pode ser aplicada ao cidadão uma medida cautelar criminal não prevista em lei. A reserva legal impõe um limitador na intervenção estatal, bem como impede a incidência arbitrária da mesma, consubstanciando uma garantia do cidadão (PASCUAL, 1999, p. 109-116 *apud* GIACOMOLLI, 2013, p. 27).

Inadmissível, portanto, no processo penal medidas cautelares inominadas, tampouco tem o julgador um poder geral de cautela; sendo a forma garantia na processualística penal, não há espaços para poderes gerais, pois, o poder deve estar estritamente vinculado a limites e à forma legal. “E, nesse contexto, o princípio da legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, haja vista que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 29, grifo no original).

A essência do princípio da reserva legal está na legitimidade, bem como na legitimação do exercício do poder de elencar as medidas cautelares e de aplicá-las nos moldes exigidos pela cautelaridade (GIACOMOLLI, 2013, p. 27).

Acrescente-se que “a transparência no processo de criação das medidas restritivas da liberdade, em sua aplicação e em sua execução, conduz a um ordenamento jurídico confiável aos cidadãos, livre de conveniências subjetivas e de concepções meramente formais” (GIACOMOLLI, 2013, p. 27).

As medidas cautelares, sejam de natureza patrimonial ou de natureza pessoal, geram duras restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, motivo pelo qual se exige estrita observância ao princípio da legalidade e, por conseguinte, da tipicidade do ato material. Não há como se admitir analogias na esfera de restrições a direitos individuais, a legalidade exigida é a legalidade estrita (LOPES JUNIOR, 2013, p. 30).

A exigência à reserva legal impõe limitações ao legislador e ao magistrado, serve ao cidadão como uma garantia. Garantia que transcende o direito penal substantivo, atingindo o processo penal. De modo que o órgão julgador não poderá aplicar medidas restritivas da liberdade, de forma plena ou parcial, que não expressadas legalmente (GIACOMOLLI, 2013, p. 29).

O princípio da legalidade é sempre abordado pelos doutrinadores de direito penal; infelizmente, é não raras vezes ignorado quando da explanação do direito processual. Todavia, seu âmbito de incidência não se limita ao direito substantivo, alcança o direito adjetivo, o que é medida que se impõe, no afim de garantir segurança.

Assim como o ilícito penal necessita ser tipificado como imperativo constitucional, o instrumento e único meio de se

aplicar o disposto na lei material, a saber: o processo penal, também necessita ser delineado legalmente, principalmente no que toca às medidas cautelares pessoais, sejam de caráter prisional ou não; em qualquer das modalidades restará, em maior ou menor grau, mitigados direitos e garantias fundamentais aplicadas ao não culpável.

2.6 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é de cariz constitucional, decorre da estrutura do Brasil em Estado Democrático de Direito, bem como da fundamentação da República na dignidade da pessoa humana e na essência dos direitos e garantias humanas fundamentais preconizadas na Magna Carta. Pode ser inferido do princípio do devido processo legal, obstando a aplicação de regras arbitrárias ou desprovidas de razoabilidade. É, também, um princípio processual constitucionalizado, incidindo no momento da prestação jurisdicional (GIACOMOLLI, 2013, p. 38).

O campo de maior interesse do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias, por intermédio de atos do poder público. Todavia, o domínio lógico de aplicação do princípio em epígrafe estende-se a qualquer espécie de conflitos jurídicos (CANOTILHO, 2000, p. 272).

A aplicação da proporcionalidade como tarefa do julgador tem despertado críticas, porque possibilita ampla discricionariedade.

Por vezes a discricionariedade transmuda os juízes em verdadeiros legisladores. “Esse ‘poder discricionário’ propicia a

‘criação’ do próprio objeto de ‘conhecimento’, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a ‘fonte iluminadora’ do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade” (STRECK, 2013, p. 95- 96).

Urge acrescentar que, conforme alude Miguel Tedesco Wedy (2006, p. 110), a garantia da proporcionalidade deve instituir os balizadores de atuação do julgador no momento de fixar a cautelar pessoal, no propósito de alcançar o equilíbrio, difícil e quase insustentável, entre os direitos individuais e o dever de punir estatal.

O princípio da proporcionalidade norteará a atuação do julgador face ao caso concreto, que deverá ponderar a gravidade da medida a ser aplicada com o fim almejado, sem, contudo, ignorar a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. “Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá converter-se em uma pena antecipada” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 45).

No cenário das medidas cautelares, *a priori* se verifica a possibilidade de o sujeito permanecer em liberdade plena. Havendo a necessidade da cautelar, é indispensável verificar se a mesma atinge a finalidade almejada e se é idônea. Destarte, se labora na perspectiva entre meios e fins, cuja análise deve ser quantitativa e qualitativa, portanto, deve ser verificada a duração razoável da cautelar, a necessidade de uma ou mais medidas cautelares etc. (GIACOMOLLI, 2013, p. 38).

“O princípio da proporcionalidade, em sua constituição global, não se reduz à reciprocidade razoável (proporcionalidade em sentido estrito), mas antes dessa, incorpora outros dois filtros a serem ultrapassados: o da adequação e o da necessidade” (GIACOMOLLI, 2013, p. 38).

Para Sidney Eloy Dalabrida (2011, p. 76), o princípio da proporcionalidade se perfaz como técnica operativa para atingir uma decisão justa. A medida cautelar somente será proporcional quando concomitantemente for adequada, necessária e razoável.

Nos moldes elucidados por Miguel Tedesco Wedy (2006, p. 106), é necessário distinguir proporcionalidade de necessidade, no afimco de se lograr o verdadeiro significado de ambos os princípios.

A proporcionalidade reporta-se a um juízo de valor entre dois bens ou valores em disputa, “a liberdade e ao interesse público em manter a integridade das provas e à garantia da aplicação da lei penal. A necessidade, por sua vez, é relacionada com a situação de efetivacautelaridade, como medida última que guarneça as provas ou a lei” (WEDY, 2006, p. 106).

A distinção não parece bem acentuada.

Explica Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 32) que a necessidade é requisito ou subprincípio da proporcionalidade; é, também, conhecido como princípio da intervenção mínima. Por intermédio dele entende-se que, dentro de diversas medidas passíveis de serem aplicadas, deve se optar pela menos gravosa, que menos interfira no direito à liberdade, porém que seja idônea a proteger o interesse público para o qual foi instituída.

Neste contexto se avulta a importância das medidas cautelares introduzidas com a Lei 12.403 de 2011, que ampliou o rol de medidas cautelares de natureza pessoal, dispostas ao magistrado; este somente se valerá da prisão preventiva quando da imprestabilidade das demais medidas cautelares (LIMA, 2012, p. 33)⁴.

⁴ Aclara-se que a relevância do princípio da proporcionalidade demandaria

Alude Nereu José Giacomolli (2013, p. 39) que, antes de se aplicar as medidas cautelares pessoais, algumas indagações devem ser feitas, *in verbis*:

[...] a) a medida cautelar eleita é o meio idôneo, adequado, para atingir o resultado pretendido? (perspectiva qualitativa – espécie de medida); b) o tempo de duração da cautelar aplicada ou sua acumulação é adequada à finalidade desejada? (perspectiva quantitativa); c) a medida cautelar atende ao critério da conformidade ao sujeito passivo? (individualização).

No momento de aplicar uma medida cautelar o julgador deverá se atentar à relação existente entre a possível sanção a ser aplicada ao suposto delito e a medida cautelar aplicada, obstando que o imputado seja submetido a uma medida cautelar mais gravosa que a sanção, possivelmente, aplicada quando do final do trâmite procedimental (LOPES JUNIOR, 2013, p. 47).

A limitação do direito fundamental liberdade é condicionada à congruência entre o dano e o prejuízo advindo da restrição cautelar e os benefícios advindos com tal restrição. A verificação entre meios e fins é imprescindível, para que suceda a menor ingerência possível ao direito de liberdade, estando legitimada a suceder, excepcionalmente, para

um estudo mais aprofundado, que não será desenvolvido na abordagem ora apresentada. Renato de Lima Brasileiro explana acerca da proporcionalidade discorrendo acerca da adequação, da necessidade, da proporcionalidade em sentido estrito, em sua obra “Nova Prisão Cautelar” (2012, p. 26-39), para a qual remetemos o leitor

salvaguardar interesses gerais e atingir a finalidade cautelar e não de antecipação da pena (GIACOMOLLI, 2013, p. 40).

“Deve-se considerar a imprescindível incidência do princípio da proporcionalidade – sempre conectado que está ao valor dignidade da pessoa humana – no momento da aplicação da prisão cautelar” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 47-48).

Destarte, a gravidade do trágico remédio que é a prisão cautelar requer análise equilibrada e ponderada concernente à proporcionalidade. A prisão cautelar atinge um bem fundamental, liberdade, digno de respeito. A desproporção consubstancia a adoção de medidas cautelares, prisionais ou não prisionais, quando não satisfeitos os requisitos, fundamentos e condições legais que as legitimam (WEDY, 2006, p. 110).

O julgador deve, ainda, “ponderar a gravidade da prisão, seus efeitos estigmatizadores, a influência do transcurso do tempo para a coleta das provas e a conseqüente ameaça à ampla defesa com a finalidade pretendida” (WEDY, 2006, p. 110).

O princípio da proporcionalidade é não prescindível no que tange as cautelares penais de caráter pessoal, vez que atingem de forma grave a liberdade do agente, sendo exposto aos efeitos criminógenos do cárcere, bem como a estigmatização que é desteadvinda. Logo, como medida de “justiça” é condição fundamental a esmerada análise do princípio da proporcionalidade, “sob pena de a custódia traduzir-se em pena antecipada, abusiva e injustificável” (DALABRIDA, 2011, p. 83).

Pontua Dalabrida (2011, p. 83) que a correta aplicação dos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade quando da aplicação da prisão preventiva objetivam mitigar a incidência do instituto cautelar, obstando a decretação da mesma de forma discricionária e autoritária,

impedindo que o averiguado ou acusado suporte, quando lhe favorece o princípio da não-culpabilidade, danos maiores na fase processual que os advindos após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em síntese, a prisão cautelar, sob o manto da proporcionalidade, haverá de ser a última e impostergável medida restritiva, a qual só será adotada em caso último que justifique o cerceamento da liberdade individual e, diga-se por bem, só após a racional, equilibrada e fundamentada análise judicial avaliadora dos custos e efeitos de tal providência (WEDY, 2006, p. 113).

Ante o exposto, é insofismável que o princípio da proporcionalidade é fundamental no cenário da cautelaridade processual penal. Apresenta alguns desdobramentos, devendo ser necessariamente observado.

É certo que, ao se atribuir ao julgador o sopesamento do aludido princípio, alguma arbitrariedade pode ser cometida, pois, é factível que se pronuncie determinado julgador afirmando que a adoção de determinada medida é proporcional, quando a mesma é eivada de desproporcionalidade. Portanto, a proporcionalidade deve ser demonstrada com fatos que se ajustem com perfeição ao caso concreto.

CAPÍTULO 3

AS REPERCUSSÕES DA LEI 12.403/2011 NO CENÁRIO DA CAUTELARIDADE PROCESSUAL

Sob o primado da segurança social, por vezes há a necessidade de restringir a liberdade individual. Entretanto, tal restrição somente está legitimada a suceder dentro dos parâmetros legais. Inexorável que problema de difícil solução é a ausência legislativa de meios que comunguem com a Carta Magna e, por via de consequência, ignore o direito humano, considerado fundamental.

O Estado atua por meio de um controle social institucionalizado, integrado pelo sistema penal. Em decorrência do desrespeito de determinados cidadãos aos direitos e garantias de outros, violação aos bens jurídicos selecionados para a tutela estatal, legitimou-se o Estado a sancionar (ANDREUCCI, 2004, p. 1 - 2).

O direito penal é, pois, útil para proteger valores considerados fundamentais, com fulcro em assegurar a subsistência do corpo social. A proteção é exercida pela intimidação coletiva, através da intimidação aos possíveis infratores, consubstanciando a prevenção geral, porém é também exercida através da celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, de modo que as normas são respeitadas menos pelo receio de punição e mais pela consciência da necessidade das mesmas (CAPEZ, 2002, p. 1).

As lesões aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal acarretam um resultado indesejado, pois toda e qualquer ofensa a interesse relevante para a coletividade é valorado negativamente. “Ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres ético-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade” (CAPEZ, 2002, p. 2).

Decerto, qualquer atuação estatal sob o indivíduo gera uma mácula, portanto o Estado deve atuar cautelosamente, principalmente quando a atuação estatal recair naquele a quem prevalece à presunção de não-culpabilidade.

A atuação estatal deve pautar-se no apregoado na Constituição Federal. Insofismável que, quando se adentra no estudo das cautelares penais de caráter pessoal, se vislumbra a atuação estatal em sua forma mais dilaceradora e, portanto, assim como se atribui ao Estado a possibilidade de por intermédio do processo penal aplicar penas e, ainda, utilizar mecanismo que assegure a aplicação das mesmas, é também imperioso que os meios utilizados sejam adequados e proporcionais.

As reformas processuais têm gradativamente sucedido; muitas corroboram o aprimoramento do processo penal e dão maior efetividade à realização da justiça (NUCCI, 2011, p. 9). A reforma consubstanciada na Lei 12.403/2011 foi positiva, acrescentando ao julgador a possível aplicação de medidas cautelares pessoais, diversas da prisional.

A criação de novas medidas cautelares tem a função de substituir a prisão preventiva, além de mitigar os rigores da prisão em flagrante. Ademais, a lei em comento deu novas faixas para a fixação da fiança, tendo como base o salário mínimo, possibilitando ao juiz que diminua ou eleve os valores

conforme a situação concreta do indigitado. Aindano cenário da fiança, introduziu-se noveis situações para a quebra da mesma, bem como regulou-se o procedimento de devolução do valor (NUCCI, 2011, p. 10).

Com a reforma do artigo 319 do CPP foi estabelecido um regime em que a liberdade é a regra, com distintos níveis de vinculação ao processo, estatuindo um escalonamento em que no topo está a liberdade plena; não sendo esta possível, aplicar-se-á uma medida cautelar alternativa, não prisional, até chegar à base, ou seja, quando nenhuma das cautelares se mostrarem suficientes e adequadas, aplica-se a prisão preventiva. Esta sempre deve ser a *ultima ratio* (LOPES JUNIOR, 2013, p. 176).

Não obstante a reforma supra tenha carreado aspectos positivos, não se olvida que as reformas processuais geram inconsistência e incoerência sistêmica, transmudando o Código de Processo Penal em uma imensa colcha de retalhos. Quando da reforma introduzida com a Lei 12.403/2011, o que se almejava era um Código de Processo Penal novo, elaborado pós-Constituição de 1988, que melhor coadunasse com a matriz acusatória. Todavia, “o sistema carcerário brasileiro está em colapso, e no ano de 2011 superamos a marca dos 500 mil presos, dos quais quase 200 mil são presos cautelares”. Ante esse estado de emergência nasce a aludida reforma processual (LOPES JUNIOR, 2013, p. 14).

A atuação do legislador tem se direcionado no afincio de lograr alternativas ao encarceramento, sobretudo quando diante de indivíduo presumidamente inocente, o que é nítido com a reforma sucedida.

Diversas mudanças foram incorporadas ao processo penal. Insta aclarar que a abordagem que segue direciona-se às mudanças concernentes às cautelares pessoais, logo, longe de esgotar as repercussões que a Lei 12.403/2011 provocou no

processo penal.

3.1 Apontamentos gerais concernentes à introdução no processo penal pátrio de medidas cautelares pessoais de natureza diversa da prisão

O processo penal é o meio útil e imprescindível para a concretização do direito material. Aquele, no afincado de lograr alcançar efetividade, vale-se de instrumentos que assegurem que o dispêndio Estatal não será inútil, porém eficaz.

Sob um manto de uma constituição garantista, que explícita e implicitamente apregoa inúmeras garantias fundamentais, sobretudo no cenário da liberdade individual, a necessidade de algumas mudanças no cenário da restrição cautelar era patente. A necessidade de introduzir mecanismos alternativos à prisão provisória sem, contudo, espriar impunidade e inviabilizar um provimento final era não prescindível para que o diploma processual penal melhor harmonizasse com a Magna Carta de 1988.

Decerto, otimista demasiadamente é imaginar que a introdução de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisional consubstanciaria a solução para todos os problemas que assolam a restrição da liberdade individual, sob a máxima da segurança social, equivalendo à proporcionalidade tão reclamada, entretanto, não se pode retirar o mérito da aludida reforma processual.

Em consonância com o supramencionado está a visão de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 9) para quem a Lei 12.403/2011, trouxe mais vantagens que desvantagens. A introdução das noveis medidas cautelares por vezes substitui a

prisão preventiva, bem como atenua os rigores da prisão em flagrante.

A aplicação de medidas cautelares pessoais diversas da prisional representam uma resposta intermediária, mais amena, porém também limita direitos fundamentais (GIACOMOLLI, 2013, p. 100).

A aplicabilidade das mesmas sucederá sempre que houver necessidade de acautelar o processo; possuem finalidade instrumental e não material. Serão aplicadas quando o recolhimento ao cárcere for uma medida excessiva, desproporcional ao crime praticado, consideradas a necessidade e a adequação (GIACOMOLLI, 2013, p. 101).

Insta salientar que a reforma introduzida com a Lei 12.403 de 2011 mitigou o rigorismo que guarnecia o cenário de aplicabilidade da prisão preventiva. Não havendo no Código de Processo Penal tratamento sistemático das medidas cautelares pessoais, a prisão preventiva era em determinadas hipóteses obrigatória. Tal rigorismo foi atenuado, melhor se afinando aos postulados garantistas constitucionais (FERNANDES, 2012, p. 289).

Infelizmente, a reforma manteve a prisão preventiva para a garantia da ordem pública e da ordem econômica. O abandono de tais fundamentos para a decretação da prisão cautelar era necessário; a pseudoconstitucionalidade dos mesmos tem sido, por muitos anos, fortemente atacada pelos estudiosos do processo penal, ademais tais fundamentos são encerrados por perigosa porosidade conceitual, porque se valem de conceitos vagos, imprecisos e indeterminados, ausentes de um referencial semântico e claro (LOPES JUNIOR, 2013, p. 15).

A necessidade dos provimentos cautelares está arraigada na possível demora da prestação jurisdicional, “funcionando

como instrumentos adequados para se evitar a incidência dos efeitos avassaladores do tempo sobre a pretensão que se visa obter através do processo” (LIMA, 2012, p. 2).

As medidas cautelares podem ser de três tipos, a saber, medidas cautelares de natureza patrimonial, medidas cautelares relativas à prova, medidas cautelares de natureza pessoal. Esta última espécie subdivide-se em prisional ou não prisional, e podem ser conceituadas como:

[...] aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em maior grau de intensidade (v.g., prisão preventiva, temporária), ora com menor lesividade (v.g., medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 CPP) (LIMA, 2012, p. 3).

As inovações introduzidas com a Lei 12.403/11 estão em harmonia com o texto constitucional atual. A aplicabilidade das medidas cautelares pessoais diversas da prisional, apregoadas na lei supra, é medida necessária para evitar a segregação cautelar automática de presos provisórios, mister considerar a superlotação dos presídios (NUCCI, 2011, p. 26).

Em que pesem as graves falhas da Lei 12.403/2011, advindas, principalmente, do tortuoso processo legislativo que a originou, “cujos interesses políticos nem sempre estão em

sintonia com o nível de evolução dogmática que o Direito Processual Penal atingiu”, a reforma aprimorou o Código de Processo Penal (LOPES JUNIOR, 2013, p. 16).

O princípio da não-culpabilidade deve ser observado, assim como a proporcionalidade, indispensável à aplicação de qualquer medida cautelar. Dizer que a prisão preventiva é a *ultima ratio*; consubstancia aplicá-la em casos excepcionadísimos, quando não houver nenhuma outra opção, pois, se assim não suceder, certamente a prisão provisória será arbitrária.

É mister salientar que “na prisão provisória têm-se os mesmos efeitos da prisionalização ocorrida com o apenado: a adoção de um *modus vivendi* totalitário e pan-óptico e sua conseqüente estigmatização social” (WEDY, 2006, p. 3).

De nada valerá a reforma sucedida na legislação se não houver o rompimento da cultura inquisitorial encarceradora dominante. “Se não houver uma mudança na mentalidade dos atores judiciais, não haverá evolução democrática, e mudaremos tudo para que a situação continue como sempre esteve” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 16).

A introdução da Lei em comento na processualística pátria deu fim à bipolaridade das medidas cautelares de natureza pessoal, o que se vislumbra na leitura do título IX do Código de Processo Penal, antes denominado: “Da prisão e da liberdade provisória”, agora: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória” (LIMA, 2012, p. 4).

A reforma aufere ao julgador a possibilidade de um “meio termo”. Sem olvidar, no período pretérito, a introdução da aludida Lei, o julgador poderia valer-se apenas de dois caminhos, a saber: manter o indiciado ou acusado preso durante o processo; mantê-lo solto, por meio dos mecanismos de

restabelecimento da liberdade, quais sejam relaxamento de prisão, revogação da prisão preventiva ou liberdade provisória (NICOLITTI, 2013, p. 424).

No cenário atual, é legítimo ao magistrado optar por uma das medidas cautelares de natureza diversa da prisão; aliás, o magistrado deve muito bem sopesar o cabimento de uma das medidas cautelares e suficiência destas, e somente posteriormente pensar na aplicação da prisão cautelar, que perde a condição de única para ser a *ultima ratio* (NICOLITTI, 2013, p.424).

Portanto, foi adotado um modelo polimorfo que oferece ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva, rompendo com o modelo binário reducionista a prisão cautelar ou a liberdade provisória (LOPES JUNIOR, 2013, p. 16).

A bipolaridade consiste que, originariamente, o acusado respondia ao processo em total privação de sua liberdade, permanecendo cautelarmente preso, ou então lhe era concedida a liberdade provisória, que podia vir acompanhada da obrigação de comparecer aos atos processuais, quando fosse sem fiança, ou com a obrigação de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que intimado, para atos de inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, proibição de mudar-se de sua residência sem prévia permissão da autoridade processante e, ainda, impossibilidade de ausentar-se por lapso superior a oito dias de sua residência sem comunicar à autoridade o lugar no qual poderia ser encontrado, na hipótese de liberdade com fiança (LIMA, 2012, p. 4).

Inegável que a reduzida gama de opções a que se podia valer o magistrado era prejudicial tanto à liberdade de locomoção do agente, como também da eficácia do processo penal (LIMA, 2012, p. 4).

Na contemporaneidade, o juiz, entre a liberdade e a prisão, possui diversas medidas que podem se mostrar adequadas e cuja aplicação deve preceder a prisão preventiva. Nítido no cenário atual que o processo cautelar está segmentado em três (NICOLITT, 2013, p. 424- 425).

As noveis medidas cautelares possibilitam ao julgador a opção da medida que se mostre mais adequada ao caso concreto, dando maior efetividade aos princípios da legalidade e razoabilidade (LIMA, 2012, p. 4).

É preciso atentar que as medidas cautelares pessoais, ainda que não prisionais, ocasionam um constrangimento no imputado, uma restrição em seus direitos fundamentais (GIACOMOLLI, 2013, p. 101).

Portanto, no seu nascedouro objetivam propiciar mais liberdade no transcurso do processo, restringindo a liberdade do indigitado em raras possibilidades. Sempre devem ser aplicadas com fundamento na cautelaridade e instrumentalidade; inadmissível valer-se das mesmas como forma de, em menor ou maior grau, punir.

Não é porque se tratam as medidas cautelares não prisionais de uma atuação menos dilaceradora que devam ser sempre aplicadas. A análise do magistrado não pode ser restrita a aplicar a prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa da prisional. A regra é a liberdade plena.

“[...] As medidas cautelares, inclusive a prisão, não representam uma antecipação da tutela penal material, mas se situam na perspectiva de assegurar a instrumentalidade do devido processo legal” (GIACOMOLLI, 2013, p. 101).

A guisa de esclarecimento, se aduz que há distinções substanciais entre tutela cautelar e tutela antecipada. Conforme

consagra Hugo Nigro Mazzilli (2014, p. 70), a primeira destinase a assegurar o resultado prático do processo, bem como a viabilização do direito. A tutela antecipada, por sua vez, “busca conceder, antecipadamente, o próprio provimento jurisdicional ou seus efeitos”.

Nos moldes elucidados na Lei 12.403/11 e constantes do artigo 319 do Código de Processo Penal, as medidas cautelares diversas da prisão são as seguintes:

- a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distantes desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- d) proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução: de acordo com o art. 320 do CPP, a proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se se o indiciado ou acusado

para entregar passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas;

- e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do código Penal) e houver risco de reiteração;
- h) fiança, nas infrações que a admitem. Para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em casos de resistência injustificada à ordem judicial;
- i) monitoração eletrônica.

A aplicação das medidas supramencionadas deve estar em consonância com os valores constitucionais, sendo não prescindível uma interpretação prospectiva no afimco de produzir mais liberdade no decorrer do processo, deslocando a prisão processual a excepcionalidade estrita, de modo a aproximar o dever normativo ao mundo real, que é o ser. Para tanto, a tutela da liberdade e a efetividade da presunção de

inocência devem servir como referenciais interpretativos, para que se logre transmutar a realidade carcerária brasileira (NICOLITT, 2013, p. 426).

Inexorável que a reforma processual penal consistente na introdução da Lei 12.403/11 vige no afimco de aproximar o sistema processual penal aos ditames vigentes na Constituição atual. Não se ignora, contudo, que ao intérprete cabe à precípua função de dar aplicabilidade às normas introduzidas. Não se pode admitir, portanto, decisões solipsistas, que de tão genéricas em seus fundamentos denotam desrespeito aos postulados da Magna Carta.

CAPÍTULO 4

PRISÃO PREVENTIVA

Já restou consignado que as medidas cautelares se descortinam no processo penal pátrio, embasadas legalmente, com fulcro em assegurar o ideal andamento do processo e consequente aplicabilidade da pena. Todavia, o uso de medidas cautelares deve ocorrer quando a cautelaridade se mostre consistente, sob “pena” de violação aos ditames da Magna Carta brasileira.

Entre as medidas cautelares de natureza prisional, indubitável ser a prisão preventiva a principal, vez que não se trata de um instituto processual de pouco uso, mas de constante aplicabilidade, motivo pelo qual, uma análise atenta acerca da natureza jurídica da mesma é não prescindível para que o Estado não incorra em verdadeiros despautérios, ferindo os ditames legais, mediante rótulos genéricos de que presentes estão os pressupostos que legitimam a decretação da mesma.

Com a reforma introduzida com a Lei 12.403 de 2011, a prisão preventiva sofreu algumas alterações, no entanto, mais do que alterações no instituto da prisão em si, muitas foram as alterações no cenário da cautelaridade, repercutindo direta e indiretamente nos moldes de aplicação da prisão preventiva.

A aludida prisão pode ser conceituada como “medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no tocante à instrução, sejam

referente à segurança pública e aplicação concreta da lei penal” (NUCCI, 2014b, p. 85-86).

Trata-se de espécie de prisão cautelar que pode ser decretada pela autoridade judicial, quando houver representação, ou ainda mediante requerimento do Ministério Público (LIMA, 2012, p. 247).

Quanto à decretação da prisão preventiva pelo magistrado *ex officio*, dúvida paira quanto tal possibilidade.

Reza o artigo 311 do Código de Processo Penal que: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Decerto, a redação do artigo supramencionado não é das mais claras. Ademais, diante de proposição que por sua natureza já causa polêmica, não é surpreendedor que os estudiosos do processo penal discutam acerca da possibilidade de tal decretação, independentemente de representação ou requerimento, conforme o caso.

No que pertine à decretação da prisão preventiva, não prescindível é distinguir duas fases procedimentais, a saber, fase administrativa e fase processual. A autoridade policial poderá representar pela prisão preventiva na primeira fase; tal representação passará pelo Ministério Público, sendo por fim decidida pela autoridade judicial. Na primeira fase, o Ministério Público também poderá postular pela decretação da prisão preventiva. Na fase processual propriamente dita, possuem legitimidade para requerer à prisão preventiva o Ministério público, o querelante e o assistente de acusação (GIACOMOLLI, 2013, p. 81).

E o julgador está legitimado a decretar a prisão preventiva independente de qualquer postulação?

O legislador brasileiro insistiu em possibilitar a prisão preventiva decretada de ofício pelo julgador, ignorando regras inerentes ao processo acusatório constitucional e de imparcialidade do magistrado. Decerto, a Lei 12.403/2011 não aprimorou o sistema processual em tal aspecto, possibilitando a decretação da prisão preventiva de ofício pelo julgador, se no curso do processo penal (LOPES JUNIOR, 2013, p. 86).

Da atual Constituição Brasileira emerge um sistema processual penal fulcrado em garantias, princípios e postulados de um Estado Democrático. O modelo republicano está assentado no princípio da dignidade humana e na proteção aos direitos fundamentais. Nos moldes retro, a função, precípua, do magistrado é realizar o *decisum*, portanto, sua atuação é posterior à iniciativa das partes, não estando contíguo das vontades almejadas pelas mesmas. O interesse de acautelar o processo é, pois, do Estado acusação e não do magistrado, que deve julgar com imparcialidade (GIACOMOLLI, 2013, p. 82).

De cunho interessante é a proposição mencionada; no entanto, será que a decretação da prisão preventiva pelo magistrado é faticamente um absurdo jurídico, violador das garantias do processo penal constitucional? Ante a inércia Ministerial ou do querelante, conforme o caso, ainda que presentes as hipóteses legitimadoras da prisão preventiva e diante da possibilidade de restar o processo seriamente afetado, é ideal cercear qualquer possibilidade do magistrado agir?

Elucida Guilherme Nucci (2014b, p. 86) que a prisão preventiva em nenhuma hipótese deveria ser decretada de ofício pelo magistrado, vez que se trata de medida drástica, devendo para sua decretação sempre haver exposto pedido da parte interessada. Todavia, aclara ter a Lei 12.403/2011 aprimorado o

processo penal em tal aspecto, obstando a atuação de ofício do magistrado anterior ao processo penal, em seu sentido técnico. Contudo, alude que a jurisprudência pátria tem admitido a decretação da prisão preventiva pelo magistrado de ofício, ainda que na fase administrativa.

Importa lembrar o enunciado no art. 310 do Código de Processo Penal que reza:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

O artigo supra não ressalva a necessidade de manifestação Ministerial concernente à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; também não aborda acerca da representação da Autoridade Policial pleiteando a prisão preventiva. Contudo, o citado artigo deve ser interpretado em consonância com todo o diploma processual penal. Decerto, se o Delegado entender necessária conversão do flagrante em preventiva, fará desde logo a representação; do mesmo modo,

o Ministério Público requererá a conversão do flagrante em preventiva⁵

Ademais, conforme dispõe o artigo 306 do CPP, quando da prisão em flagrante será o Ministério Público imediatamente comunicado.

Dispõe Aury Lopes Junior (2013, p. 86) que a decretação de ofício da prisão preventiva desvela uma característica inquisitória do processo; a imparcialidade do julgador é, deveras, afetada.

“Uma leitura constitucional e convencional do processo penal afasta a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva sem requerimento expreso do Ministério Público ou do querelante” (GIACOMOLLI, 2013, p. 82).

Não obstante a crítica concernente à aplicação *ex officio* da prisão preventiva pelo magistrado seja coerente, ante o sistema constitucional brasileiro, é certo que se trata de um permissivo legal, que somente pode ser suprimido mediante declaração de inconstitucionalidade, através de procedimento adequado.

4.1 Requisitos para a decretação da prisão preventiva

No tópico 1.1.1 foi abordado acerca do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*; foi consignado, contudo, que a abordagem mais específica acerca dos conceitos que os

⁵ Em consonância com o entendimento esboçado está a posição de Renato Brasileiro de Lima em sua obra “Nova Prisão Cautelar”, 2012, p. 254.

envolvem seria feita em momento adequado. Pois bem, eis o aludido momento.

Os requisitos para a decretação da prisão preventiva são ao menos três, quais sejam, prova da existência do crime, que consiste na materialidade delitiva somada a fortes indícios de autoria, e um requisito variável: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal (NUCCI, 2014b, p. 88).

No Código de Processo Penal, os requisitos ou, como prefere denominar parcela da doutrina, pressupostos para a decretação da prisão preventiva estão dispostos nos artigos 312 e 313.

Para a decretação da prisão preventiva, indispensável restar configurado o *fumus commissi delicti*, devendo ser entendido como prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, e o *periculum libertatis*, que envolve a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e segurança de aplicar lei penal (GIACOMOLLI, 2013, p. 73-80).

Esclarece-se, desde já, que o legislador não definiu ou detalhou o que é cada um dos pressupostos da prisão preventiva. Provavelmente não o fez para continuar permitindo que o juiz seja o protagonista da conceituação à luz do caso concreto, pois, intervir delimitando o sentido e alcance de tais fatores poderia ensejar o cerceamento no uso da prisão cautelar (NUCCI, 2014b, p. 89).

Para a decretação da prisão preventiva, necessária é a análise dos elementos fáticos do caso concreto, “que emergem da situação processual concreta, e não de um planogenérico e abstrato, após uma ponderação judicial séria e motivadamente

comprometida” (GIACOMOLLI, 2013, p. 73).

“Essa busca pela concretude do fato é o dever do juiz, a fim de não banalizar a decretação da prisão cautelar, que é uma exceção, não a regra” (NUCCI, 2014b, p. 89).

O primeiro requisito legitimador da decretação da prisão preventiva está estampado na primeira parte do artigo 312, que concerne à ordem pública.

A prisão com fundamentalidade na ordem pública é aplicada no afincio de obstar que o ingitado solto permaneça delinquindo (CAPEZ, 2013, p. 342).

A garantia da ordem pública envolve a segurança pública, “demanda quesitos básicos como a gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com associação ou organização criminosas” (NUCCI, 2014b, p. 89).

Pode traduzir-se ainda, conforme disciplina Tourinho Filho (2013, p. 554), na paz e tranquilidade social. Várias situações podem embasar a prisão preventiva com fundamento na ordem pública, por ser termo demasiadamente vago.

Todavia, o clamor social, isoladamente, não é suficiente para a decretação da prisão preventiva (CAPEZ, 2013, p. 342).

A prisão, por ser medida restritiva de liberdade carreada de gravidade extrema, por diversos motivos já explanados, deve ser revestida de elementos condizentes com a mesma.

“O clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime. Sob tal pálio, muita injustiça, pode ser feita” (CAPEZ, 2013, p. 343).

Para André Nicolitt (2013, p. 461), o requisito ordem pública é inconstitucional e a decretação da prisão preventiva sob tal argumento é antecipar os efeitos da pena. A seu ver, a ordem pública serve para a prevenção geral ou especial, que deve ser protegida pela prisão pena. A decretação da prisão cautelar com o pretexto de manter a ordem pública é inadequada e desvia a cautelaridade que a reveste.

Outro fator que não autoriza a decretação da prisão preventiva é o argumento que averiguado estará mais seguro custodiado, porque pode ser alvo de vingança. A custódia cautelar não é útil a tal fim; o “acusado” deve se proteger da forma como melhor lhe convir (NUCCI, 2014a, p. 554)⁶

As medidas cautelares são instrumentos úteis ao processo de conhecimento ou de execução, no entanto, se as cautelares do processo penal forem utilizadas de forma satisfativa, o princípio da presunção de inocência restará atingido (NICOLITT, 2013, p. 461).

Não obstante a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública desperte muitas críticas, porque deveras abarca muitas possibilidades prisionais, é certo que a fundamentação coerente e embasada em fatos cessará muitas das críticas da prisão fundamentada na ordem pública, pois mitiga a abstração que envolve a aludida expressão.

Mister esclarecer que, majoritariamente, tem sido advogada a possibilidade da decretação da prisão preventiva

⁶ No mesmo sentido leciona Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 262), para quem a prisão preventiva fundamentada no clamor público, no aspecto de a população almejar linchar o denunciado, não pode ser admitida. É função estatal garantir a integridade física e psíquica do acusado. Acoimar um decreto cautelar sob tal fundamento é desviar a finalidade proposta legalmente, admitindo a incompetência do Estado.

tendo como requisito a ordem pública, no afimco de resguardar a sociedade da reiteração de crimes, vislumbrando-se a periculosidade do agente(LIMA, 2012, p. 259).

“Hoje, no Brasil, a prisão para a garantia da ordem pública está prodigalizada como uma panacéia para curar a ânsia de segurança do povo” (WEDY, 2006, p. 163).

Portanto, a noção de ordem pública como fundamento da prisão preventiva deve ser extirpada do ordenamento jurídico pátrio, porque não se compatibiliza a instrumentalidade que deve revestir o aludido decreto prisional; vigora, pois, em flagrante violação do sistema garantista, que não pode admitir a adoção de penas antecipadas (WEDY, 2006, p. 168).

Certamente, é necessária uma dose de cuidado quando da aplicação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública.

Outro requisito leigitimador da prisão preventiva é a preservação da ordem econômica.

Foi introduzida a aludida possibilidade no art. 312 do CPP por força do art. 86 da Lei 8.884 de 1994 (Lei Antitruste); trata-se de repetição do requisito ordem pública (CAPEZ, 2013, p. 343).

Foi inserido para tutelar o risco advindo de condutas que, levadas a cabo pelo agente, atingiriam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, no afimco de cessar a reiteração de práticas que acarretem perdas financeiras ou que coloquem em risco a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro. Desde já, aclara-se que a prisão preventiva com fundamento na ordem econômica é de rara aplicabilidade; quando invocada, o é para justificar o abalo à ordem pública (LOPES JUNIOR, 2013, p. 94).

A ordem econômica e financeira está inserida na Constituição Federal no Título VII, na concepção de tutelar a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Ante tal perspectiva, indaga-se: “O recolhimento preventivo ao cárcere possui tão nobre funcionalidade? Terá alguma atividade ilícita, a potencialidade de colocar em risco a ordem econômica de um município, Estado ou da Nação?” (GIACOMOLLI, 2013, p. 78).

A prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem econômica visa impedir que o agente causador de um abalo de natureza grave na seara econômica permaneça em liberdade. O criminoso de “colarinho branco” não deve ser equiparado ao delinquente que realiza um roubo em face de um indivíduo qualquer. O abalo da justiça, quando da liberdade daquele que desviou vultosas quantias dos cofres públicos em detrimento da sociedade, é evidente (NUCCI 2014a, p. 555).

Os delitos contra a ordem econômica são verdadeiramente repugnantes e desvelam a falibilidade do caráter humano de forma incontestável. Sem almejar fazer qualquer juízo de valor quanto à conduta de qualquer dos que os cometem, é certo que o indivíduo que subtrai quantias de uma instituição financeira ou mesmo de um órgão do Estado, por vezes valendo-se da confiança que lhe é depositada, realiza conduta muito mais censurada do que a de um cidadão que não teve as melhores oportunidades e para satisfazer um desejo, ou quiçá uma necessidade, furtou, roubou, ou coisa que o valha.

Todavia, não deveria ser a reprovação de uma determinada conduta, tipificada como crime, requisito ensejador da prisão cautelar, porque não se ajusta com perfeição à cautelaridade processual.

O artigo 312 do Código de Processo Penal elenca, ainda, como requisito para adcretação da prisão preventiva a garantia da instrução criminal e a segurança de aplicabilidade do direito

material.

A prisão cautelar em prol da conveniência da instrução criminal é motivação tipicamente cautelanda, “tem por função acautelar a produção da prova e a prática normal, sem obstaculização, de atos processuais, até a sentença penal”. A prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal é decretada quando da prática de atos do averiguado que interfiram no sossegado transcurso processual (GIACOMOLLI, 2013, p. 79).

Objetiva impedir que indigitado interfira no límpido andamento do processo, através de determinados atos que causem obstáculo ao mesmo, tais como ameaça a testemunha, destruição de vestígios do crime, de documentos, entre outros (CAPEZ, 2013, p. 343).

Delibera Guilherme de Souza Nucci (2014a, p. 555) que a conveniência da instrução criminal decorre da necessidade do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência é que todo o processo seja equilibrado e imparcial, logrando a verdade real.

Insta expor que conveniência é um termo aberto, possibilita ampla discricionariedade, portanto, é incompatível com a prisão preventiva, que é fulcrada na excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade (LOPES JUNIOR, 2013, p. 94)⁷

⁷ Esclarece Renato Brasileira de Lima (2012, p. 272) que, muito embora o legislador tenha utilizado o termo conveniência, a prisão preventiva não pode ser decretada com base em mera conveniência é não prescindível a necessidade ou indispensabilidade da medida cautelar. No mesmo diapasão, Fernando Capez (2013, p. 343) elucida que deve se entender conveniência como se estivesse escrito necessidade.

Aclarara-se, que não se justifica a prisão do imputado, fundamentando-a na conveniência da instrução criminal, para forçá-lo a participar de algum ato probatório. O imputado não é objeto de investigação, devendo ser resguardado seu direito ao silêncio, bem como o direito de não produzir prova contra si mesmo (LOPES JUNIOR, 2013, p. 95).

A prisão preventiva pode, ainda, ser decretada para garantir a aplicação da lei penal. “[...] No caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena. Se o acusado ou indiciado não têm residência fixa, ocupação lícita, nada, enfim, que o radique no distrito da culpa, há um sério risco para a eficácia da futura decisão” (CAPEZ, 2013, p. 343)⁸.

O asseguramento da aplicação da lei penal, ao lado da conveniência da instrução do processo penal, é motivo de natureza cautelanda, direciona-se a garantir a execução da sanção penal, portanto diante de uma futura condenação, se o averiguado demonstrar risco de fuga, justificada restará a prisão preventiva (GIACOMOLLI, 2013, p. 80).

Ilógico se ajuizar um processo com o objetivo de concretizar a lei penal ao caso *sub judice*, e manter-se inerte quando o réu age contra o aludido propósito. Uma atitude que desvela o desinteresse do réu em colaborar com a justa aplicação da lei penal é quando o mesmo foge (NUCCI, 2014b, p. 556).

Insofismavelmente, ante a atitude do réu que

⁸ Todavia, não é simplesmente porque o indigitado não comprova endereço fixo ou emprego estabelecido que está configurado o requisito ensejador da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal; não se olvida que muitas das pessoas investigadas são pobres, residem em favelas, sem endereço certo, bem como não possuem emprego (NUCCI, 2014b, p. 97).

deliberadamente demonstra que irá fugir, a prisão preventiva deve ser aplicada, vez que se trata de medida cautelar destinada a garantir o eficaz deslinde processual. Conforme exposto em momento pretérito, o processo não é um fim em si mesmo; subsiste para garantir a aplicabilidade do direito material, logo, a medida cautelar de natureza prisional encontra respaldo quando para garantir a aplicação da lei penal.

Consigna-se que o risco de fuga não pode ser presumido, imprescindível que esteja fundado em evidências concretas. Insuficiente é a invocação da gravidade abstrata do delito, pois a análise nestes moldes pode ocasionar decisões deslocadas do contido nos autos⁹ (LOPES JUNIOR, 2013, p. 95).

A título de ilustração Aury Lopes Junior (2013, p. 95) alude:

é bastante comum que alguém, tomando conhecimento determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição ao agente daquilo que está sentindo quando se coloca em situação similar. Logo, é comum juízes presumirem a fuga, pois, (in) conscientemente, estão se identificando (ficar idem) com o imputado, e a partir disso, pensam da seguinte forma: se eu estivesse no lugar dele, tendo praticado esse crime e com as condições econômicas que tenho (ele tem), eu fugiria!

⁹ No mesmo sentido, Nereu José Giacomolli (2013, p. 80) reza que “a gravidade do crime, por si só, não justifica a necessidade da prisão para assegurar a aplicação da lei penal, mas as circunstâncias da prática deste poderão enunciar a necessidade da prisão preventiva”.

Ora, por mais absurdo que isso pareça, é bastante comum e recorrente. A decisão é tomada a partir de ilações (e projeções) do juiz, semqualquer vínculo com a realidade fática e probatória.

É imprescindível para a decretação da prisão preventiva, para garantir a aplicação da lei penal, diante do risco de fuga, a efetiva demonstração do risco por meio de elementos fáticos; não bastam meras conjecturas e presunções. A motivação com fatos concretos propiciará a fundamentação jurídica (GIACOMOLLI, 2013, p. 80-81).

Com a Lei 12.403 de 2011 foi inserido um parágrafo único ao art. 312 do Código de Processo Penal, que reza: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)”.

O acréscimo objetiva consolidar a viabilidade de se intimidar quem está cumprindo medida cautelar diversa da prisional; para que se logre êxito na aplicabilidade das mesmas, é necessário que o averiguado saiba da importância que elas têm, não as desprezando (NUCCI, 2014b, p. 97).

A hipótese em epígrafe trata-se da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, a ser decretada excepcionalmente; quando não cabível a substituição da medida por outra medida cautelar, diferente da prisional, será, pois, aplicada a prisão preventiva quando da resistência do acusado em arcar com a imposição processual, de natureza diversa da prisional (CAPEZ, 2013, p. 343).

Antes de decretar a prisão preventiva, é necessário que sejam sido superados ao menos três filtros, quais sejam: ausência

de justificação do descumprimento da medida; impossibilidade de substituição da medida descumprida por outra; inviabilidade de cumular outra medida alternativa à descumprida. Quando ultrapassadas as possibilidades retro, o juiz, nos moldes da novel sistemática introduzida com a Lei 12.403 de 2011, está autorizada a decretar a prisão provisória. A motivação fática para a decretação da mesma será constituída pelo somatório dos três requisitos (GIACOMOLLI, 2013, p. 86).

Importante não se obliterar que a prisão preventiva é sempre a *ultima ratio*. Todavia, é certo que, quando justificado o descumprimento da medida imposta, não deve ser decretada a prisão preventiva, porque o acautelado demonstrou a colaboração com o escorreito andamento processual, não merecendo um decreto prisional de natureza tão extremada, que é a prisão preventiva. De outra banda, é viável decretar outra medida cautelar quando o averiguado descumpra a que foi imposta? Cumular outra medida à já imposta e não obedecida é medida eficaz?

É preciso uma análise atenta a cada caso concreto. O processo é, indubitavelmente, o instrumento viabilizador da “justiça” penal; não pode ser formado de atos eivados de inutilidade, dissonantes do célere andamento processual. Não se almeja que o processo seja ágil em detrimento das garantias constitucionalmente ratificadas, porém não coaduna com o processo penal constitucional a prática de atos inservíveis.

A depender do caso, a situação pode ser, perfeitamente, tutelada por outra medida cautelar, sendo prescindível valer-se da prisão preventiva. Portanto, é essencial que o julgador atente para a proporcionalidade no momento da modificação. É preferível, no caso do descumprimento da medida cautelar imposta, a cumulação com outra medida ou adoção de outra mais grave, poupando a prisão preventiva para os casos excepcionais

(LOPES JUNIOR, 2013, p. 97).

Os requisitos estampados nos art. 312 do CPP – garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; asseguaração da lei penal – são os fundamentos legais no quais o juiz vai posicionar o decreto preventivo.

A decretação cautelar, conforme explanado, somente é possível diante do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Abordou-se, em breves linhas, acerca do *periculum libertatis*. Incutir-se-á, neste momento, o que compreende a expressão *fumus commissi delicti*.

A fumaça do cometimento de um delito consiste na presença de indícios suficientes da autoria cumulados com a prova da existência da prática de um crime, devendo haver predominância da prova afirmativa da existência e da autoria em relação a elementos excludentes. Logo, é necessário haver uma expectativa razoável a ser protegida (GIACOMOLLI).

Propõe DALABRIDA (2011, p. 91) que a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria são os pressupostos fundamentais para o decreto da prisão preventiva.

Insta salientar que, na doutrina pátria, discussão paira quanto à possibilidade de decreto prisional preventivo no curso do procedimento investigatório; trata-se de uma possibilidade legal e de aplicabilidade cotidiana.

Todavia, se para a prisão preventiva é necessária prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, pressupostos necessários para a deflagração da exordial acusatória, como pode subsistir a prisão preventiva no curso do inquérito policial? Ora, se presente a prova da materialidade e

indícios suficientes de autoria, porque decretar a prisão preventiva e não iniciar o processo propriamente dito?

Logo, para a decretação da prisão preventiva necessária é a demonstração da viabilidade da acusação, inadmissível em prol do princípio *in dubio pro societate* o decreto prisional preventivo, quando improvável a existência do crime e da autoria criminosa (CAPEZ, 2013, p. 342).

Imprescindível é a verificação dos elementos que formam a figura típica, porque somente haverá materialidade delitiva quando diante de um tipo penal incriminador. Necessário averiguar a possibilidade de adequação da conduta típica com o preceito primário da norma penal incriminadora, bem como a identificação dos elementos objetivos, subjetivos e normativos, ausente a necessária adequação inviável é o decreto prisional preventivo (DALABRIDA, 2011, p. 91).

Após a verificação da existência de um tipo penal com todos os seus componentes, quais sejam: conduta humana voluntária e destinada a uma finalidade específica, nexocausal, tipicidade e resultado, restando afastada as causas justificantes ou de exclusão de culpabilidade, cumpre permear se restam configurados indícios suficientes de autoria (DALABRIDA, 2011, p. 93).

No que concerne à autoria, o que deve ser entendido por indícios? A expressão retro possui dois significados. Ora é utilizada para indicar provas indiretas, ora no sentido de prova semiplena, aquela que possui menor valor persuasivo (LIMA, 2012, p. 255-256).

Leciona Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 417) que “os indícios suficientes de autoria constituem elementos idôneos, convincentes, capazes de criar no espírito do juiz a convicção provisória de que o imputado é o autor da infração”.

O fumus comissi delicti é constituído, portanto, dos elementos: prova da materialidade e fortes indícios de autoria. A conduta, supostamente praticada pelo agente como típica, ilícita e culpável, deve ser apontada pelo magistrado com provas que apoiem sua convicção. A lei processual é clara ao exigir prova da materialidade, logo, quando de crimes que deixam vestígios materiais, é necessário o laudo pericial (LIMA, 2012, p. 255).

Não há muita dificuldade quanto à identificação do que consiste prova da materialidade e indícios suficientes de autoria; decerto maior dificuldade há na análise diante de um caso concreto se os mesmos restaram configurados, o que deve ser feito como devido zelo para que não seja decretada uma prisão processual sem os requisitos mínimos indispensáveis.

4.2 Pressupostos para a decretação da prisão preventiva

Pressupostos podem ser entendidos como antecedentes necessários, condicionantes preliminares a ser analisados para a decretação da prisão preventiva. Podem, também, ser analisados para previamente excluir o objeto (GIACOMOLLI, 2013, p. 67).

Reza o artigo 313 do Código de Processo Penal que:

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;

O artigo supra elenca os pressupostos para a decretação da prisão preventiva¹⁰. Nas linhas que seguem, sucintamente se analisará os mesmos.

O inciso I do artigo 312 consagra não ser possível o decreto prisional preventivo quando da prática de crimes culposos. O que é coerente, vez que, ao final do processo, ainda que advenha um provimento condenatório, o imputado não será conduzido ao cárcere, em razão da pena que possibilitará a substituição por restrição de direitos (GIACOMOLLI, 2013, p. 68). O crime deve, pois, ser doloso e a pena privativa de liberdade superior a quatro anos.

Mister evocar que não mais se sonda a **natureza** da pena, reclusão ou detenção, devendo ser observado, “apenas”, o **quantum** da pena cominada ao delito. A mudança está em

¹⁰ Para André Nicolitt (2013, p. 454) trata-se das hipóteses de **cabimento** da prisão preventiva, conforme alude a prisão preventiva deve ser analisada em três etapas, a saber: hipóteses legais de cabimento, elencadas no artigo 313; pressuposto, correspondendo a segunda parte do artigo 312 e, fundamentos, art. 312, primeira parte, todos do Código de Processo Penal.

consonância com o princípio da proporcionalidade, evitando que o mal causado no transcurso do processo seja desarrazoado ao causado quando do advento do provimento final; deste modo, impõe-se a homogeneidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida (LIMA, 2012, p. 276).

“Ser processado preso e ser posto em liberdade após uma condenação é uma situação incongruente” (GIACOMOLLI, 2013, p. 69).

Para o decreto prisional preventivo, é importante observar os casos de concurso de crimes. Em caso de concurso material de crimes e de concurso formal impróprio, deve ser observado o somatório das penas, para a decretação da prisão preventiva. No concurso formal próprio e no crime continuado observar-se-á a majoração. As qualificadoras também devem ser observadas. No que tange as causas de aumento e diminuição, considerando que o artigo aufere a possibilidade de decreto preventivo com base na *pena máxima*, deve ser levado em consideração o *quantum* que mais aumente ou, na hipótese de causa de diminuição, o *quantum* que menos diminua. As agravantes e atenuantes não devem ser levadas em consideração (LIMA, 2012, p. 277)¹¹.

Outra hipótese de cabimento da prisão preventiva é quando o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso com trânsito em julgado. Portanto, imperioso que se trate de réu reincidente em crime doloso. Ressalva-se o disposto no inciso I do artigo 64 do Código Penal, considerado como período de caducidade (NUCCI, 2014b, p. 99).

Na hipótese supra, ainda que a pena máxima cominada

¹¹ Sobre o aludido assunto, importantes são os apontamentos de Nereu José Giacomolli (2013, p. 69-70)

seja igual ou inferior a quatro anos, será possível a decretação da prisão preventiva (CAPEZ, 2013, p. 344).

Para Aury Lopes Junior (2013, p. 100), a consagração da prisão preventiva para os reincidentes em crime doloso consiste na linha de máxima estigmatização do reincidente, configura inaceitável *bis in idem*.

O inciso III do art. 312 do CPP autoriza a prisão preventiva em casos de violência doméstica e familiar em face de vítimas consideradas “vulneráveis”. O objetivo da aludida possibilidade é garantir a aplicação das medidas protetivas de urgência, portanto, não necessariamente perdurarão por toda a instrução criminal (NUCCI, 2014a, p. 558).

Quando o crime for de ameaça, o decreto prisional preventivo deve ser muito bem controlado, porque a pena cominada ao dito crime varia de três a seis meses (ou multa). Um prolongamento da cautelar restritiva de liberdade pode gerar um processo teratológico (NUCCI, 2014a, p. 558).

Traz-se à baila, ainda, o enunciado no parágrafo único do art. 312 do CPP, *ipsis litteris*:

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.

Explana Lopes Junior (2013, p. 102-103) que aqui se tem um “terreno fértil” para abusos. Aduz que, por uma questão de proporcionalidade, a prisão preventiva na hipótese supracitada necessita ser interpretada à luz do estatuído no inciso I do art. 313. De modo que, a título de exemplo, incogitável decretar a prisão preventiva em caso de crimes culposos.

Ademais, não deve ser feita uma leitura isolada do parágrafo único do art. 312 do CPP autorizando uma prisão preventiva para averiguações. O *periculum libertatis* não pode ser reduzido a uma presunção de perigo advinda da ausência de identidade civil (LOPES JUNIOR, 2013, p. 103).

Em posição diametral estão os ensinamentos de Fernando Capez (2013, p. 344), para quem “pouca importa a natureza do crime ou a quantidade da pena”.

A identificação do indigitado é imprescindível para que o Estado possa deflagrar a persecução penal. Caso haja incerteza quanto a identidade civil da pessoa, quando a mesma não fornece elementos que a esclareçam, cabível será a prisão preventiva em prol de assegurar a aplicação da lei penal e para conveniência da instrução criminal, no afimco de evitar erros judiciais (LIMA, 2012, p. 285).

Preconiza Guilherme de Souza Nucci (2014b, p. 101) que o direito ao silêncio não é aplicável no contexto da identificação do indigitado ou réu, podendo o acusado que não colabore com a autoridade para sua identificação responder por desobediência.

Afirmar que há o direito ao silêncio concernente a identificação pessoal, sob pena de violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, é, deveras, um exagero, todavia desvela exagero de igual monta designar tal conduta como criminosa. Não se pode equiparar, contudo, a situação daquele que opta por

manter-se inerte, nada dispondo que possa esclarecer sua identificação, com a situação ativa daquele que, exemplificativamente, se identifica com nome falso.

As hipóteses citadas são as que possibilitam o decreto prisional preventivo, não se pode olvidar que as mesmas devem ser somadas ao *fumus commissi delicti* e com o *periculum libertatis*.

Portanto, pode-se fazer o seguinte raciocínio para o decreto da prisão preventiva: Verificar se estar provada a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria; posteriormente, analisar os pressupostos (hipóteses de cabimento); por fim, constatar o *periculum libertatis*, podendo se auferir no caso concreto a possível decretação da prisão preventiva.

Urge advertir que não será decretada a prisão preventiva quando o magistrado verificar pelas provas que constam nos autos estar o agente que cometeu o crime acobertado por alguma excludente de ilicitude (NUCCI, 2014b, p. 103).

Outro ponto consignado legalmente é que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva deve ser sempre motivada (art. 315 do CPP). Reza ainda o artigo 316 do CPP que: “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”. Portanto, a prisão preventiva é *rebus sic stantibus*¹².

¹² Dizer que a prisão preventiva é *rebus sic stantibus*, significa afirmar que ela somente deve perdurar enquanto subsistirem os motivos que a ensejaram, bem como que, surgindo a “necessidade”, a mesma poderá ser decretada. Tudo a depender do “estado das coisas”. Piero Calamandrei dispõe que a cláusula *rebus sic stantibus* destina-se a perdurar até o

Nas linhas supramencionadas abordou-se, de forma sucinta, os principais artigos do Código de Processo Penal que disciplinam a prisão preventiva, buscando-se explanar, primordialmente, as hipóteses de cabimento e a fundamentação para o decreto da citada prisão. Esclarece-se, desde já, que longe restou de ser esgotado o assunto.

Os apontamentos feitos são de cunho importante para, de forma concreta, saber quando a prisão preventiva poderá ser aplicada. Como já salientado, a prisão preventiva é a medida cautelar prisional por excelência, devendo estar sempre revestida da cautelaridade que lhe é inerente. Para que tal aspecto não fosse abordado em termos abstratos, buscou-se elucidar o assunto por intermédio dos dispositivos legais.

Insofismavelmente, um dos aspectos mais problemáticos no que tange a aplicação da prisão preventiva é o fator tempo, porque não há a prazo determinado de duração da mesma. Cumpre perquirir se a indeterminação de prazo para a prisão preventiva fere o princípio da presunção de inocência, culminado na odiosa antecipação de pena.

4.3 Prisão preventiva e a Lei 11.340 de 2006

A Constituição Federal em seu artigo 226 § 8º reza que: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

No propósito de efetivar o apregoadado constitucional

momento que não suceda variações em certas circunstâncias de fato (200, p. 26).

nasce a Lei 11.340 de 2006, com a missão de enfrentar um problema que inflige uma parcela significativa de mulheres. Não é de pequena monta o número de mulheres que sofrem agressões de seus esposos, humilhações morais, culminado, por vezes, em agressões físicas. O lar ambiente que deveria ser de respeito, afeto e harmonia, trasmuda-se, por vezes, em local de violência (BASTOS, 2006, p. 3).

Com o propósito de mitigar a violência doméstica é elaborada a “Lei Maria da Penha”, originada, indubitavelmente, do fracasso dos Juizados Especiais Criminais que, em razão dos institutos despenalizadores, tornou sem eficácia a reprimenda penal no tocante aos delitos que ocorrem no seio familiar. Saliente-se que não se pode atribuir tal fiasco ao legislador, porém, aos operadores do direito, juízes e promotores de justiça, que colocam em série enunciados firmados de forma descompromissada, no intuito de reduzir os trabalhos dos juizados especiais criminais (BASTOS, 2006, p. 3).

A afirmativa supra não é completamente incoerente, mas certo é que os operadores do direito se valem do estatuído legalmente; logo, se parcela da culpa da ineficácia de determinadas normas pode ser atribuídas aos juízes e promotores, parcela também pode ser atribuída aos legisladores, que não raras vezes elaboram diplomas legislativos dissonantes da realidade descortinada.

Consiste uma utopia crer que todo o contido em determinadas leis terá eficácia, sobretudo quando da ausência de recursos viabilizadores.

Fato é que foi criada a Lei 11. 340, de 7 de agosto de 2006, criando mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica ou familiar contra a mulher, bem como estabelecendo proteção diferenciada ao gênero feminino (FULLER, 2013, p. 343).

O aludido diploma insere-se no plano das ações afirmativas, também adjetivadas de ações positivas, que visam compensar as reais desigualdades existentes entre determinados grupos, no caso, em apreço das desigualdades entre homens e mulheres, objetivando promover a almejada isonomia (FULLER, 2013, p. 343).

Incluiu-se na lei protetiva ao sexo feminino medidas cautelares alternativas à prisão, bem como medidas cautelares de caráter extrapenal e administrativas de proteção à mulher, constantes nos artigos 11, 22, 23, 24 (BASTOS, 2006, p. 12).

O artigo 42 da Lei 11.340 acrescentou o inciso IV ao artigo 313 do Código de Processo Penal, criando hipótese de custódia preventiva quando o crime relaciona-se à violência doméstica e familiar contra a mulher, no afimco de garantir a execução das medidas preconizadas no aludido diploma legislativo. A decretação da prisão preventiva nos moldes estatuídos pela legislação indicava serem dispensáveis para o decreto prisional a satisfação dos requisitos estampados nos artigos 312 e 313, ambos do CPP (CABETTE, 2006).

Com a introdução da Lei 12.403 de 2011, o inciso IV do artigo 313 do Código de Processo Penal foi revogado.

Dispõe Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 279) que, não obstante o silêncio legislativo, a aplicação da prisão preventiva inserida pela apelidada “Lei Maria da Penha” estava subordinada à redação anterior do art. 313 do CPP, logo, somente se aplicava a crimes dolosos.

A revogação do IV do artigo 313 não exclui a possibilidade de decretação da prisão preventiva nas hipóteses de violência doméstica; houve uma transportação do que enunciava o inciso retro para o inciso III do mesmo artigo, que passou a vigorar com a seguinte redação:

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

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;

Da simples leitura do artigo supramencionado, fica nítido que a reforma implementada ampliou as possibilidades da prisão preventiva nos casos de violência doméstica.

Consagra Guilherme Nucci (2014c, p. 708) que somente são imprescindíveis os requisitos consagrados no artigo 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva nos casos de violência doméstica quando a mesma destina-se a perdurar por todo o processo; no entanto, quando destinadas para o período que se executam as medidas protetivas, dispensam-se os elementos formais enunciados no citado artigo.

Leciona Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 280) que a prisão preventiva poderá ser aplicada como *ultima ratio* para compelir o agente a obedecer às medidas protetivas previstas na Lei 11.340; todavia, necessário é a presença de ao menos um dos fundamentos que a legitimam, logo, os constantes no artigo 312 do Código de Processo penal.

Urge acrescentar que a Lei 11.340 (Lei Maria da Penha) esboça dispositivo específico possibilitando a prisão preventiva nos casos de violência doméstica, *in verbis*:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

O dispositivo retro não versa uma nova espécie de prisão preventiva, apenas aplica a prisão preventiva disciplinada no Código de Processo Penal nas infrações penais decorrentes de violência doméstica e familiar em face da mulher. Sendo, portanto, aplicados ao caso em epígrafe todos os dispositivos que rezam acerca da prisão preventiva, quais sejam: *periculum libertatis* – garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; garantia de assegurar a aplicação da lei penal, somada à prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria (BASTOS, 2006, p 16).

O artigo 313, inciso III, do CPP, *in fine*, salienta ser cabível a decretação da prisão preventiva quando do descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Para assegurar a obediência às medidas fixadas para proteger a mulher que sofre agressões em seu âmbito doméstico, poderá ser decretada a prisão preventiva. Todavia, ainda que no cenário da violência doméstica é possível aplicar uma das cautelares dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva é sempre medida excepcional

(GIACOMOLLI, 2013, p. 89).

Portanto, a prisão preventiva quando do descumprimento das medidas protetivas não deve ser a primeira opção. Imprescindível analisar se há a possibilidade de substituir a medida cautelar por outra; posteriormente, analisar a suficiência para o caso concreto de cumular outra medida; e, por fim, aplicar a prisão preventiva. Logo, a prisão preventiva não deve ser a primeira opção do magistrado; poderia até ser a assim visualizada no período pretérito a introdução da Lei 12.403/2011 (GIACOMOLLI, 2013, p. 89).

A prisão preventiva em casos de violência doméstica encontra aparato legal, no entanto, necessária é cautela quando de sua aplicação. A medida é obstinada a assegurar a execução das medidas protetivas de urgência, não destinada a vigorar durante todo o transcorrer da instrução criminal. Exemplificasse: “decreta-se a prisão cautelar do marido, que agrediu a esposa, para que esta possa sair em paz do lar, consolidando-se a separação do casal. Não mais que isso” (NUCCI, 2014a, p. 558).

Infelizmente, muitos são os episódios de violência doméstica que guarnecem a realidade pátria. Muitas são as vítimas que sofrem agressões de todo gênero no âmbito doméstico.

O legislador, no afimco de reduzir tão repugnante e triste realidade, bem como de maior credibilidade dar ao sistema penal no combate à criminalidade contra as mulheres no seio familiar, criou a Lei “Maria da Penha”. Esta não estatui tipos penais incriminadores, mas estabelece mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, buscando a eficácia do texto constitucional, especificamente, ao que concerne ao art. 226 § 8º.

O diploma legislativo dispôs, também, sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, alterou o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

Trouxe dispositivo em seu corpo versando sobre o decreto prisional preventivo, não pairando dúvida quanto à citada possibilidade.

Indaga-se: a aplicação da prisão preventiva enunciada no art. 313, inc. III do código de Processo Penal, se sujeita aos requisitos estampados no art. 312, do mesmo diploma legal?

A forma como estão dispostos os artigos no CPP parece indicar que a resposta à indagação supramencionada é afirmativa. Vejamos: o inciso III do art. 313 alude ser admitida a prisão preventiva 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. Ora, o artigo 313 remete ao artigo 312. Logo, poderá ser decretada a prisão preventiva disposta no inciso III do artigo 313, se observado o contido no art. 312.

Por outro lado, certo é que, se o indigitado descumpre medidas protetivas a ele impostas, desvela-se a possibilidade da decretação da prisão preventiva pelas razões enunciadas no artigo 312, inclusive, fácil a justificativa da decretação da prisão preventiva pelos fundamentos tão criticados da ordem pública, porque a não obediência às medidas decretadas pelo judiciário causa descrédito e insegurança de todo o Estado e, portanto, um abalo a ordem pública.

4.4 Presunção de inocência e prisões cautelares: a difícil coexistência

Conforme consignado no item 2.3, o princípio da presunção de inocência foi consagrado a nível constitucional, insculpido no rol de direitos e garantias fundamentais. A observância do aludido princípio no Ordenamento Jurídico pátrio é, pois, medida que seimpõe.

Conforme alude Aury Lopes Junior (2013, p. 23), a qualidade de um sistema processual é verificável pelo nível de eficácia lograda pelo princípio da não-culpabilidade.

O princípio em epígrafe, contudo, não possui valor absoluto, devendo ser balizado com os demais valores também consagrados a nível constitucional (VARALDA, 2007, p. 14).

A terminologia presunção de inocência, analisada em seu rigor, proibiria qualquer espécie de suspeita sobre a culpabilidade dos averiguados; por via de consequência, obstaría a antecipação de medidas investigatórias e a de decretação de medidas cautelares, levando à inconstitucionalidade da instrução criminal e de qualquer medida constritiva de liberdade anterior a sentença condenatória definitiva (VARALDA, 2007, p. 14).

Esclarecendo os limites do princípio da presunção de inocência, Guilherme de Souza Nucci (2014a, p. 33-34) alude que o mesmo “significa que todo acusado é presumidamente inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado”. Pressupõe, principalmente, que o ônus da prova incumbe ao Estado acusação, vez que todas as pessoas nascem inocentes, consistindo em um estado natural que só pode ser quebrado com provas suficientes de culpa. O aludido princípio confirma, ainda,

a excepcionalidade e necessidade das medidas cautelares de prisão. Os indivíduos inocentes não podem ser levados ao cárcere senão quando útil à instrução criminal e à ordem pública.

Acerca do derradeiro aspecto consagrado supra é que se pretende perquirir.

Todo indivíduo é inocente, presunção que privilegia o dever estatal de salvaguardar a liberdade individual. Mister considerar que o princípio aludido perdura até eventual sentença penal condenatória definitiva. Porém, de nada vale um Código Penal, bem como leis penais especiais que busquem punir o delinquente, resguardando a paz social e a convivência em sociedade, se tais diplomas legislativos não tiverem a devida observância e eficácia; portanto, em prol de não decair em um Estado em que prevalece a impunidade, há possibilidade de mitigar o princípio da presunção de inocência admitindo-se a aplicação de medidas cautelares pessoais, inclusive de caráter prisional.

Certamente, muitos são os aplicadores do direito que ignoram o princípio da presunção de inocência, dando pouca importância ao texto constitucional que o consagra, o que se denota de muitas decisões que optam por decretar prisões preventivas por se tratarem de crimes graves, que assolam a sociedade, ainda que escassas as circunstâncias que indiquem ser de fato o indigitado autor do crime.

Por certo, não é tarefa fácil, em um agitado “mundo” de criminalidade, acreditar na inocência de indivíduos que possuem uma folha de antecedentes criminais “recheada”, que mentem com naturalidade e fazem da criminalidade sua profissão.

Todavia, o princípio da presunção de inocência é “fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se de pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois, sem

dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos”. Tal opção é de elevada relevância e advém da consciência do altíssimo preço pago pela prisão prematura e desnecessária de algum inocente, sobretudo considerando o sistema carcerário brasileiro (LOPES, 2013, p. 23).

Afirma Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 450) que a prisão sem pena consiste em uma execução cautelar de natureza pessoal.

A presunção de inocência almeja um equilíbrio; o processo penal através de seu *iter* procedimental, no afimco de constatar se o indivíduo concretizou algum tipo penal, gera um desequilíbrio em desfavor do cidadão, pois se vale de atos persecutórios que restringem direitos fundamentais (PACHECO, 2012, p. 4).

Acrescente-se que “o princípio da presunção de inocência surge para assegurar ao acusado as garantias de ampla defesa, combatendo o princípio da culpabilidade defendido pela inquisição” [...] (VARALDA, 2007, p. 18).

Para concretizar uma investigação criminal, dois são os sistemas passíveis de serem adotados: sistema inquisitivo e sistema acusatório. As características do primeiro são:

[...] concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa (NUCCI,

2014a, p. 69).

O sistema acusatório, por seu turno, caracteriza-se por:

Possuir nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra (NUCCI, 2014a, p. 69).

Fala-se ainda de um sistema misto, consistente na união dos aspectos positivos dos sistemas supramencionados, caracterizado pela secessão do processo em duas fases: a primeira, de instrução, marcada pelo sistema inquisitivo; a segunda, de julgamento, com predominância do sistema acusatório (NUCCI, 2014a, p. 70).

Majoritariamente, tem sido doutrinado ser o sistema do processo penal brasileiro de cariz acusatório. É sabido, contudo, que a fase administrativa na qual o processo propriamente dito é embasado tem características similares as do modelo inquisitorial.

A investigação de uma infração penal, via de regra, sucede por intermédio do inquérito policial. Conforme declina

Guilherme de Souza Nucci (2014a, p. 122), este é por natureza inquisitivo, vez que não garante ao averiguado ampla defesa, apresentando recursos, alegações etc.

Há que se falar em um processo acusatório quando a prova da materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria, que fundamentou a exordial acusatória, emanaram de um procedimento que não preenche todas as características do sistema acusatório?

Registre-se, desde logo, que se fosse observado exclusivamente o apregoado na Magna Carta não haveria dúvida quanto à adoção pelo Brasil do sistema acusatório; sucede que o processo penal brasileiro data de 1941, foi elaborado em nítida ótica inquisitorial. O confronto da CF e do CPP resultou no hibridismo atual. A “junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto” (NUCCI, 2014a, p. 70).

Na transição dos modelos históricos do processo penal, a saber, inquisitório para acusatório, a presunção de inocência logrou relevante alteração em sua função estrutural (GIACOMOLLI, 2013, p. 18).

Decerto o princípio da presunção de inocência é de viés garantista e se adequa ao sistema acusatório.

Foi positivado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 9º. A *posteriori*, foi consagrado na Declaração Americana de Direitos e Deveres, art. 26, e, ainda, no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³ (BONFIM, 2009, p. 44).

¹³ Acerca dos apontamentos históricos do princípio da presunção de inocência, interessante é a abordagem pontificada por André Nicolitt em seu Manual de Processo Penal, 2013, p. 55-56. São também de cunho interessantíssimo os aspectos aludidos por Renato Barão Varalda em

O contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no tocante ao princípio da presunção de inocência referia-se, principalmente, ao tratamento do acusado no curso do processo: “presumia-se inocente até a declaração de sentença judicial, em que haveria uma decisão de condenação ou absolvição”. Deste modo, se mitigou restrições às liberdades individuais, sobretudo no tocante às medidas cautelares decretadas no decorrer da fase instrutória, aplicação da prisão preventiva sem prazo certo e aplicação de maneiras antecipatórias de pena, tais como o suplício. “*O processo inquisitorial dá lugar ao processo penal acusatório, com uma fase preliminar escrita, secreta e sem contraditório e uma fase instrutória, com a oralidade, a publicidade e o contraditório*” (VARALDA, 2006, p. 20-21, grifoaditado).

Aspecto relevante é sobre a discussão que paira acerca da terminologia adequada ao princípio supra, havendo divergências se as expressões presunção de inocência e não-culpabilidade se equivalem ou se, embora apresentem aproximação teórica, se diferenciam.

Renato Barão Varalda (2007, p. 27) explicita que, nos moldes apregoados por JoséLuiz Vazquez Soletto, “[...] não há equivalência nos efeitos práticos da fórmula negativa (‘o imputado não é considerado culpável’) e a fórmula positiva (‘o imputado é presumível inocente’), não tendo sido, irrelevante a fórmula adotada pelo legislador constituinte”.

Para Nereu José Giacomolli (2013, p. 21), as expressões são equivalentes “independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*”.

Foi em decorrência do embate entre as distinções de

“Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência”, cap. 2.

significado e alcance do princípio da presunção de inocência e/ou princípio da não-culpabilidade que várias constituições não se valeram da expressão presunção de inocência, optando a expressão “não será considerado culpado”; a título de exemplo, cita-se a Constituição Italiana e a atual Constituição Federal Brasileira (NICOLITT, 2013, p. 56).

A preferência italiana pelo termo “não culpabilidade” resultou em um estado distinto para o indivíduo processado; não podendo ser considerado culpado, tampouco inocente, seria simplesmente acusado (VARALDA, 2007, p. 27).

Contudo, afirmar que o sujeito no processo penal não é culpado, mas imputado, é o mesmo que afirmar que o sujeito é *semi-inocente*. Muito embora a presunção de inocência seja *iuris tantum*, não se pode desvirtuar o regramento probatório e a proteção de liberdade (GIACOMOLLI, 2013, p. 21).

A adoção da expressão “não-culpabilidade” em detrimento da expressão “presunção de inocência” esvaziou, ou ao menos fragilizou, o significado da mesma como regra de tratamento do imputado; obstinada a restringir ao máximo as restrições a liberdades individuais, também mitigou o aludido princípio como “regra de juízo”, que impõe que, na dúvida, deve prevalecer a absolvição e, ainda, que o dever de prova é do Estado acusação. Hodiernamente, o princípio da presunção de inocência foi restabelecido (Luigi Ferrajoli *apud* Renato Barão Varalda, 2007, p. 27)¹⁴.

Deveras, “[...] **negar o direito a presunção de inocência significa negar o próprio processo penal**”. Este existe para garantir a presunção de inocência, pois, em um Estado Democrático de Direito, é o processo penal o exclusivo

¹⁴ Na presente abordagem, as expressões presunção de inocência e não-culpabilidade foram, a todos os momentos, utilizadas como sinônimos

instrumento de que pode se valer o Estado para, legitimamente, considerar uma pessoa culpada (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 64, grifo no original).

A presunção de inocência é um princípio elevado a potencial jurídico, mas também político. É, pois, um indicativo basilar do processo penal e interfere diretamente nas limitações a liberdades individuais. “Quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa” (GIACOMOLLI, 2013, p. 22-23).

Desde que obdecido o devido processo legal, admite-se a prisão cautelar ao presumidamente inocente (MACHADO, 2009, p. 31).

Nos moldes apregoados por Odone Sanguiné (2014, p. 185), a prisão cautelar pode ser harmonizada com o princípio da presunção de inocência, desde que aplicada com as diversas garantias jurídicas e complacentes com os limites delineados pelos direitos fundamentais.

A presunção de inocência é compatível com a prisão preventiva e demais medidas cautelares introduzidas com a Lei 12.403/2011 porque não representam uma antecipação de pena, desde que encontrem seus limites no apregoado constitucionalmente e estejam diretamente ligadas às exigências processuais (GIACOMOLLI, 2013, p. 23).

Em razão da limitação do encarceramento, por ordem constitucional e processual penal, as prisões preventivas são caracterizadas pela marca da excepcionalidade (exceção da exceção) e da necessidade, devendo ser confrontada com os demais princípios exaltados a nível constitucional, inclusive

com a duração razoável do processo penal (GIACOMOLLI, 2013, p. 23).

A prisão cautelar não pode apresentar-se como uma prisão pena, pois, em face de um indivíduo presumidamente inocente, não se pode impor a odiosa antecipação de pena (OLIVEIRA *et al.*, 2015, p. 40).

Infelizmente, conforme denota Renato Varalda (2007, p. 59), “a realidade processual parece demonstrar que o princípio da presunção de inocência não passa de um mito, uma vez que os dispositivos processuais preveem medidas de conteúdo tendentes a presunção de culpabilidade”.

Não há suporte constitucional, por exemplo, para restringir a liberdade do presumidamente inocente em razão da gravidade da imputação, em nome da defesa social e da credibilidade das instituições estatais. Somente a razão para o decreto preventivo em nome da cautelaridade do processo penal, na sua função instrumental (GIACOMOLLI, 2013, p. 24).

Indubitavelmente, aplicar o princípio da presunção de inocência, inclusive como dever de tratamento, é tarefa árdua. Demanda uma sensibilidade daqueles que labutam diariamente com os mais horrendos crimes.

É certo que o diploma processual penal deve estar em consonância com a Constituição Federal de 1988, que consagrou de forma expressa o princípio da presunção de inocência, mesmo que sob as vestes da expressão “não-culpabilidade”. Necessário que seja ampliado o sentido e alcance do aludido princípio.

No que concerne ao princípio em epígrafe como dever de tratamento, o fato de a prisão preventiva não ter prazo certo de duração, perdurando por vezes por eslastecido tempo, é fator de inquietação.

Coaduna com o Processo Penal Constitucional a indeterminação de prazo certo para a aplicação da prisão preventiva?

4.5 A indeterminação de prazo máximo de duração da prisão preventiva

A prisão preventiva perdura no processo penal pátrio por prazo indeterminado, o que decerto corrobora um aspecto do diploma processo penal dissonante das garantias constitucionais.

Não obstante a prisão cautelar seja acobertada pelo princípio da provisionalidade, não é carregada de provisoriedade, salvo a prisão temporária, concernente ao fator tempo. Toda prisão cautelar deveria subsistir por breve lapso temporal, não assumindo contornos de pena antecipada (LOPES JUNIOR, 2013, p. 37).

A indeterminação de prazo da prisão preventiva é um dos mais graves problemas do sistema cautelar brasileiro; não tendo sido disciplinado um prazo certo de duração da mesma, perdura a prisão preventiva enquanto o julgador entender existir o *periculum libertatis* (LOPES JUNIOR, 2013, p. 37).

O supramencionado desvela que a ausência legislativa deixa nas mãos do julgador fixar um prazo que deveria ter sido fixado legalmente.

Quando os juízes suprimem omissões dos legisladores em matéria que reclamam alguma regulamentação ou naquelas que demandam maior interesse do judiciário, tem-se uma manifestação do denominado ativismo judicial, consistente em um “movimento de magistrados que optaram por uma ideologia

da constitucionalização de matérias jurídicas” (GUIMARÃES, 2014, p. 93).

Consigna Elival da Silva Ramos (2013, p. 129) que o ativismo judicial deve ser entendido como o exercício da função jurisdicional que ultrapassa o ordenamento jurídico. Ao Poder Judiciário “competete” resolver litígios de feições subjetivas, bem como controvérsias jurídicas de cunho objetivo. O ativismo possui uma conotação negativa, pois as práticas ativistas desnaturam a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes.

Muitas são as críticas à atividade judicante considerada ativista, críticas de cunho político, ideológicas e de capacidade sistêmica do judiciário. Críticas que não devem ser ignoradas, porque despontam importância. Certo é que, com a “criação judicial do direito”, expandiu a atuação do julgador, tornando-a mais discricionária. “Em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador” (BARROSO, 2013, p. 40-41).

Reza Barroso (2013, p. 41) que o aludido acontecimento “[...] a despeito de algum grau de subversão ao princípio da separação de Poderes, trata-se de uma inevitabilidade, a ser debilitada à complexidade e ao pluralismo da vida”.

O ativismo judicial é um fenômeno que se desvela, primordialmente, através de uma atuação proativa dos juízes, sendo advogado por muitos e repudiado por outros. A indeterminação de prazo para a prisão preventiva e a entrega de tal tarefa ao julgador demanda do mesmo, insofismavelmente, uma postura judicial ativista.

Aury Lopes Junior enuncia que a Proposta de Lei n. 4.208/2001, tentou fixar um prazo máximo de duração da prisão cautelar, tendo, inclusive, redigido um artigo – 315-A – que

rezava: “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa a demora”. Todavia, tal pretensão de fixar um prazo máximo para a prisão preventiva não logrou êxito: o mencionado dispositivo foi vetado na Lei 12.403/2011, perdurando um problema histórico (LOPES JUNIOR, 2011, p. 38).

De igual modo, a jurisprudência buscou construir limites globais, por intermédio dosomatório de prazos que compõem o procedimento aplicado ao caso. Estipulando que, sesuperados 81 (oitenta e um) dias, o imputado permanecesse preso, sem conclusão do procedimento ordinário, não havendo sentença de 1º grau, restaria configurado o excessode prazo, que poderia ser sanado pelo remédio constitucional do *habeas corpus*; a liberdade do indigitado deveria ser restituída sem prejuízo ao prosseguimento do processo. Aclara-seque a aludida pretensão jurisprudencial não foi bem-sucedida (LOPEZ JUNIOR, 2013, p. 38)¹⁵.

A Lei 9.034 de 1995 disciplinava que a instrução criminal, quando de organização criminosa se tratasse, deveria ter seu fim em 81 (oitenta e um) dias; com a novel Lei de Crime Organizado (Lei 12.850 de 2013), o lapso temporal foi alargado para 120 (cento e vinte) dias, podendo, motivadamente, ser prorrogado por igual período (NICOLITT, 2013, p.470).

O art. 22 da Lei 12.850/2013 dispôs que os crimes nela previstos e conexos observarão o procedimento ordinário do CPP; o parágrafo único do aludido dispositivo acrescenta que a instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, que no caso de réu preso não pode ser superior a 120 (cento e vinte)

¹⁵ No mesmo sentido está o magistério de Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 288), em sua obra estipulada “Nova Prisão cautelar”

dias, admitida a prorrogação, justificada, quando da complexidade da causa ou em razão de fato procrastinatório atribuível ao réu. Doravante, não tenha sido fixado legalmente um prazo para a prisão processual, a mesma não pode ultrapassar 120 (cento e vinte) dias ou, em casos de excepcional necessidade, 240 (duzentos e quarenta) dias (NICOLITT, 2013, p. 473).

Insta aclarar que o prazo supra é um parâmetro para o rito ordinário, posterior a novel Lei de Crime Organizado. A soma de prazos globais para se fixar um prazo máximo para a prisão preventiva pode apresentar diversas variáveis, conforme o rito procedimental, conforme a fase do procedimento em que compute o prazo, entre outras peculiaridades¹⁶.

Dispõe Sidney Eloy Dalabrida (2011, p. 117) que, em razão dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da proporcionalidade, o decreto preventivo não pode ser ilimitado no tempo, mas pode perdurar quando presentes todos os seus pressupostos por prazo razoável, necessário para instrução e decisão da causa.

Não tendo o CPP estipulado expressamente um limite para a duração da custódia cautelar, a jurisprudência, baseando-se nos prazos legais previstos para diversos atos processuais, havia estabelecido o prazo de 81 (oitenta e um) dias. Porém, com o transcurso do tempo, a orientação jurisprudencial foi se afastando da postura garantista, privilegiando a supremacia do interesse repressivo estatal em detrimento do direito à liberdade e à dignidade humana, admitindo a manutenção da prisão provisória, ainda quando ultrapassados os prazos legais

¹⁶ Sobre uma interpretação sistemática do sistema para se fixar um prazo razoável para a prisão provisória a partir da Lei 12.850 de 2013, leciona com maestria André Nicolitt em seu “Manual de Processo Penal” (2013, p. 469-475).

(DALABRIDA, 2011, p. 118).

Poderia-se adentrar nas especificidades que contornam os prazos para realização dos atos processuais, sobretudo no que concerne as alterações introduzidas com a Lei 12.850 de 2013; todavia, é certo que o desrespeito dos prazos para realizações de atos processuais, em sua maioria, não comportam maiores consequências; ainda que determinado prazo descumprido, isoladamente, possa comportar uma “sanção”, o sistema de aferição de prazos globais não logrou êxito, vez que os atos processuais em sua maioria não são peremptórios.

Nesse sentido, explica Aury Lopes Junior (2013, p. 38-39) que os prazos para os atos processuais podem ser indicados como parâmetro para verificar o eventual excesso de prazo; entretanto, são prazos cujo a não observância não comporta sanção, logo, beira o risco da ineficácia.

A prisão cautelar, por não possuir prazo definido em lei, por vezes mantém-se durante todo o *iter* procedimental; portanto, para não violar o princípio da presunção de inocência, necessário é o célere ritmo dos atos processuais, sob pena de se configurar uma antecipação de pena. Para tanto, deve-se valer dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade (NUCCI, 2014b, p. 107).

Mister expor que “[...] não é o simples somatório aritmético dos prazos abstratamente considerados na lei processual penal que servirá de balizamento para fins de delimitação do excesso de prazo na formação da culpa”. A natureza do delito, bem como a complexidade das diligências necessárias no curso do processo, é passível de justificar eventual excesso de prazo (LIMA, 2012, p. 296).

No mesmo sentido são as lições de DUARTE; SANTIAGO (2010, p. 245), para quem a justificativa plausível

para validar a ideia de duração razoável do processo norteia-se basilarmente na formação da culpa, que consiste na colheita de elementos de materialidade e autoria delitiva, podendo haver variação de acordo com a complexidade da causa, pluralidade de acusados, expedição de cartas precatórias etc. Destarte, configurada a demora processual, não será considerado excesso de prazo na formação da culpa. No entanto, quando ausente justificativa, o alargamento do processo deve ser considerado como constrangimento ilegal e, por conseguinte, ocasionar o relaxamento da prisão processual.

Para Delmanto Junior (2001, p. 335), a única justificativa plausível para, em tese, justificar o excesso da custódia cautelar é a complexidade da causa.

Denota Renato Brasileiro Lima (2012, p. 298) que os prazos para o encerramento do processo não têm natureza peremptória (sendo este o entendimento dos tribunais), de modo que o desrespeito aos aludidos não configura, necessariamente, constrangimento ilegal. Subsistem como referencial de razoabilidade, entretanto, podem ser excedidos. No Brasil, somente em casos excepcionalíssimos tem sido considerado caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa, a saber:

- a) Quando a mora do processo decorrer, exclusivamente, de diligências requeridas pela acusação;
- b) Quando a demora processual advir da inércia do Poder Judiciário, em afronta a direito à razoável duração do processo;
- c) Quando a lentidão processual for incompatível com o princípio da razoabilidade, configurando um excesso abusivo, desarrazoado e desproporcional.

Adverte Roberto Delmanto Junior (2001, p. 326, grifo no original) que é preciso estar atento “à *massificação da jurisprudência e ao comodismo de aplica-la como regra*, principalmente nos casos de não revogação de prisão cautelar por excesso de prazo transformando a atividade interpretativa em verdadeira atividade mecânica”. Uma atuação nesses moldes, por vezes, distancia-se do verídico sentido de julgar com a devida justiça.

Impera no processo penal nacional uma absoluta indeterminação de prazo de duração da prisão preventiva, o que faz com que a mesma assuma contornos de pena antecipada. A prisão preventiva, no que concerne à duração de um lapso temporal, é oposta à prisão temporária; esta tem prazo de duração certo¹⁷. A prisão preventiva, do modo como disposta, assume caráter de verdadeira pena definitiva, afastando-se da cautelaridade, imprescindível para sua decretação. Não é característica da prisão preventiva a provisoriedade (LIMA, 2012, p. 287).

Para mitigar os efeitos da indeterminação do prazo da prisão preventiva, necessário é que o processo suceda de forma célere, evitando o indesejado cumprimento antecipado de pena. Aduz Guilherme Nucci (2014b, p. 107) que:

A prisão cautelar – exceto a temporária – não tem prazo definido em lei, razão pela

¹⁷ A Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989 em seu artigo 2º reza que: “A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

qual, decretada a preventiva, mantem-se durante todo o transcurso do processo. Impõe-se, portanto, o célere ritmo dos atos processuais, sob pena de se perpetrar a segregação cautelar, a ponto de representar o cumprimento antecipado da pena, situação afrontosa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

A indeterminação do prazo da custódia preventiva propiciou que diversos absurdos fossem cometidos, em notória violação à cautelaridade que deve revestir a prisão provisória, transmutando a prisão preventiva em inaceitável antecipação executória da pena, o que sucedeu por intermédio de subversão aos fins que a legitimam, em patente violação ao princípio da presunção de inocência e do direito a razoável duração do processo (LIMA, 2012, p. 288).

A constante vulgarização da prisão preventiva denota uma subversão do processo; antecipando-se a pena do cautelarmente custodiado, o processo perdura anos a fio, funcionando como um constante mecanismo de controle social nas mãos do poder constituído (GOMES, 2010 p. 20). “O encarceramento preventivo tornou-se cada vez mais demedida excepcional em medida automática” (GOMES, 2010, p. 21).

Por ser a prisão preventiva instrumento de largo uso no processo penal, o ideal seria que o legislador houvesse estipulado prazo de duração da mesma, não deixando a atribuição de manter o averiguado custodiado exclusivamente ao judiciário.

Urge expor que o princípio da provisionalidade é insuficiente para garantir as prerrogativas individuais do indigitado. Não se ignora a existência de critérios objetivos de

observância obrigatória para que a prisão preventiva seja decretada e que, cessados estes, a mesma deve, imediatamente, cessar; porém, é certo que não há revisão periódica para auferir a subsistência dos motivos ensejadores da cautelar prisional preventiva.

A análise do tempo na seara jurídica é fundamental, vez que o processo deve desenvolver-se em determinado lapso temporal (WEDY, 2006, p. 174).

Miguel Tedesco Wedy (2006, p. 186) aborda que o tempo do direito deve ser rationale não emergencial, deve estar em consonância com as garantias constitucionais, acrescentado que:

Só dessa forma será possível criar-se um critério de provisionalidade autêntica, que limite a duração das prisões provisórias enquanto as mesmas ainda possuírem as condições de cautelaridade, bem como propiciará a adoção de critérios objetivos de provisoriedade, que limitem a prisão cautelar com um prazo máximo, a fim de amenizar a estigmatização do sujeito passivo.

Com a reforma sucedida com a Lei 12.403/2011, perdeu-se uma oportunidade de solucionar o problema da indeterminação de prazo para duração da prisão preventiva, bem como de se estatuir a previsão de uma sanção processual em caso de excesso (imediate liberação do detido); tal previsão, certamente, limitaria os excessos cometidos (LOPES JUNIOR, 2013, p. 41).

Para Medeiros (2014, p. 21), não obstante o legislador, quando da reforma, tenha se omitido em fixar um prazo razoável para a duração da medida cautelar prisional, não se pode afirmar que a mesma possa perdurar por prazo indeterminado.

Aclara-se que a reserva legal não se circunscreve ao direito penal material; entende-se ao direito penal instrumental, principalmente quando este limita o pleno exercício do direito a liberdade. Entretanto, no que toca à manutenção cautelar do acusado, a legislação processual brasileira é deveras lacunosa (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 267).

Não prescindível é a previsão legal de prazo máximo de duração da custódia cautelar, sobretudo em um Estado dito Democrático de Direito, baseado no primado da dignidade da pessoa humana, que exalta a nível constitucional os direitos da legalidade estrita, presunção de não-culpabilidade e ao julgamento em prazo razoável. Inadmissível atribuir ao judiciário discricionariedade quanto à definição do tempo da prisão provisória (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 340).

O Brasil possui elevadíssimo número de presos provisórios, o que demanda análise minuciosa acerca do prazo de duração da prisão cautelar. Se a existência do processo está submetida a um prazo razoável, por óbvio a prisão processual, traduzida na mais grave agressão do Estado na esfera individual, deve ter prazo certo de duração (NICOLITT, 2013, p. 469).

Denota Guilherme de Souza Nucci (2014a, p. 552) que a união dos critérios razoabilidade e proporcionalidade formam o quadro ideal para controlar a duração da prisão cautelar, sendo razoável a prisão cujo lapso temporável é o menor possível, ante a situação concreta de cada processo. Para tanto, impende analisar critérios como a complexidade da causa, número de réus, atuação do juiz e das partes, números de processos que

tramitam nacomarca etc. Proporcional, por seu turno, “é a prisão cautelar cujo período de duração não excede os limites da pena mínima prevista para o delito” e que não supere os prazos para a concessão de benefícios de execução.

Sem demérito ao autor supramencionado, que com muita maestria ensina Direito Penal, analisar proporcionalidade nos moldes supra configura uma evidente antecipação de pena, ferindo desarrazoadamente o princípio da não-culpabilidade.

Não é viável considerar proporcional **toda** prisão cautelar que não ultrapasse os prazos mínimos da pena abstratamente considerada para o delito e que não supere prazos relativos à concessão de benefícios de execução penal. Sem dúvida, tais parâmetros podem se ajustar com perfeição a determinado caso concreto, mas inexorável não ser possível estatuir taxativamente a proporcionalidade tendo como embasamento a pena mínima aplicável ao delito, o que se faz, possivelmente, com fulcro na política da pena mínima, através da crença de que a condenação é certa e que a pena a ser aplicada não excederá o mínimo cominado legalmente.

O cerceamento cautelar somente deve ocorrer quando a condenação se mostrar viável, porém, não deve ser a “futura” condenação embasamento da proporcionalidade, sob pena de se cometer verdadeiros despautérios.

A teoria do não prazo que assevera o não estabelecimento de um prazo certo para o processo penal, devendo ser respeitado a razoável duração do mesmo, não se ajusta à prisão provisória; imperioso é estabelecer o prazo máximo que a mesma pode perdurar (NICOLITT, 2013, p. 469).

Não é incomum serem mantidas ou decretadas prisões processuais em desrespeito à proporcionalidade; logicamente, não é proporcional a prisão provisória quando a medida

definitiva a ser aplicada, em razão de mecânicos despenalizadores, não será a prisão pena (NICOLITT, 2013, p. 476). A recíproca, entretanto, não é verdadeira; não o é porque, ao final, provavelmente será decretada a prisão pena que a prisão cautelar é proporcional.

Infelizmente, proporcionalidade é um termo demasiadamente impreciso, que demanda do julgador enorme carga valorativa. Os intérpretes do direito penal objetivam, pois, delimitar seu sentido e alcance, certamente, no afincio de evitar arbitrariedades.

A despeito de ser a prisão cautelar mais severa que a prisão pena, vez que nesta houve o juízo de cognição amplo, seguido de uma decisão transitada em julgado, enquanto a prisão preventiva consiste no encareçamento com embasamento em simplório juízo de probabilidade (NICOLITT, 2013, p. 469), o ordenamento jurídico em vigor é escasso em mecanismos que possibilitem compatibilizar a prisão cautelar com as garantias da razoável duração do processo e da presunção de inocência (NICOLITT, 2013, p. 471).

A demora processual decorrente do acúmulo de serviço deveria consistir na imediata liberação do cautelarmente preso, vez que tal fator não é justificativa para a segregação cautelar (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 320).

Não havendo prazo certo de duração da prisão preventiva, imprescindível recorrer ao princípio da razoabilidade para se estatuir os contornos de duração da aludida restrição cautelar, bem como para se verificar eventual constrangimento ilegal (MEZZALIRA, 2009, p. 2638).

No processo penal, a adoção de um procedimento célere tem por finalidade resolver a questão suscitada na exordial acusatória, de modo que é indiferente para o princípio da

duração razoável do processo o resultado advindo (DUARTE; SANTIAGO, 2010 p. 244).

“A razoável duração do processo está, assim, pela primeira vez, em nosso sistema de direito, elevada de forma explícita ao patamar de imposição jurídico-constitucional, dotada de ampla eficácia e efetividade, pelo que não é dado ao intérprete restringir seu conteúdo” (DUARTE; SANTIAGO p. 2010, p. 244).

São exigências de um processo penal republicano, comprometido com a Magna Carta, que a prisão cautelar seja fundamentada em motivos coerentes; é também não prescindível a fixação de duração máxima da prisão preventiva e, ainda, que sejam realizadas revisões periódicas (GIACOMOLLI, 2013, p. 92).

Em razão da inexistência de regras específicas, além da verificação do tempo previsto em lei para a prática de atos processuais de acusados presos, outros critérios têm sido buscados no sistema processual penal, no afincado de obstar a indeterminação da prisão provisória, tais como: duração da pena privativa de liberdade e tempo necessário à progressão de regime (DALABRIDA, 2013, p. 93).

A prisão preventiva certamente é um dos instrumentos que possibilita a eficácia do processo penal, bem como seu escoreito deslinde. Todavia, não se olvida das consequências gravosas ocasionadas pela mesma, sobretudo para o indivíduo que é aprioristicamente considerado inocente.

A indeterminação do prazo máximo para que o decreto prisional perdure é, insofismavelmente, um dos pontos de maior tensão entre a aplicação da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, porque em nenhuma hipótese se pode admitir a antecipação da pena. É também importante trazer à

baila que a fixação de um prazo certo poderia, da mesma forma que a indeterminação do prazo, ocasionar diversos problemas.

Um processo alargado é um processo que preza pela maximização dos direitos e garantias fundamentais. A fixação de um prazo certo, portanto, poderia corroborar a redução de garantias em detrimento do averiguado.

Muito embora o critério escolhido pelo legislador, não fixando um prazo certo de duração da prisão preventiva, mereça inúmeras críticas, é necessária cautela ao se advogar uma ou outra posição.

Efetivamente, a determinação de prazo para a prisão preventiva é medida de mitigação das consequências, negativas para o averiguado, advindas da mesma? Qual seria o critério de fixação do prazo?

Muitas são as indagações a que se deve atentar. Talvez o critério selecionado pelo legislador não seja o pior, é deveras impreciso e a segurança jurídica é sempre almejada. Os termos legais permitindo o decreto prisional preventivo sempre que necessário se desvelar podem parecer demasiadamente vagos. Mas, talvez o maior problema esteja na prática forense que, para atender os reclamos de uma sociedade que clama por “justiça”, por vezes vale-se de uma “justiça primária”.

O poder judiciário está cada vez mais abarrotado, o que impede que as coisas sucedam como se idealiza. Muitos dos custodiados cautelarmente são “esquecidos” no cárcere, quando já cessaram os motivos determinantes do decreto prisional preventivo.

Infelizmente, tão cruel realidade atinge a maioria dos custodiados, estes desprovidos de um patrono que vigorosamente lute por seus direitos, maioria que, por motivos

diversos, se envolveram no “mundo” do crime, maioria que, provavelmente, nunca terá uma expectativa de vida distinta da já experimentada.

Mister que o decreto preventivo, bem como sua duração, esteja restrito aos limites legitimadores. Não se está propondo que não deva ser fixado um prazo máximo para que perdue a prisão preventiva, mas, enquanto isso não suceder e os critérios selecionados como possíveis soluções não se mostrarem adequados, que as proposições legais sejam úteis para que a prisão seja efetivamente a *ultima ratio* e *rebus sic stantibus*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou consignado que a prisão preventiva não pode ser extirpada do ordenamento jurídico pátrio, pois tem sido instrumento útil para as finalidades apregoadas legalmente, a saber: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Todavia, por vezes tem sido decretada e subsistido de modo arbitrário, porque não advém da estrita necessidade e razoabilidade disposta legalmente. Ademais, a proporcionalidade que se exige para o decreto prisional preventivo trata-se de expressão demasiadamente aberta, possibilitando ao julgador ampla discricionariedade, o que não coaduna com o princípio da legalidade, cujo âmbito de aplicabilidade não se restringe ao direito substantivo, mas também alcança o processo penal.

A cautelaridade exigida para o decreto prisional preventivo não se trata de rótulos genéricos que afirmem estarem presentes os requisitos legitimadores; é imprescindível a análise fática de cada caso concreto, para que o embasamento da prisão preventiva seja coerente e respeite os direitos fundamentais do averiguado, observando o princípio da não culpabilidade, elevado a potencial constitucional.

Para o julgador, em um meio social tão violento, tornou-se mais fácil um discurso protecionista da coletividade; todavia, o princípio da não-culpabilidade não coaduna com tal discurso. Inexoravelmente, muitas situações reclamam, para fins de efetividade e tranquilidade social, a decretação da prisão

preventiva, mas, a exceção não pode transmudar-se em regra. A ponderação de princípios, tais como: liberdade individual e segurança social, devem ser analisada em cada caso concreto, e a prisão processual efetivamente deve revestir-se de cautelaridade. Ademais, não existe segurança social sem que haja segurança individual.

A decretação da prisão preventiva sob rótulos genéricos não pode subsistir. Uma análise apurada da real necessidade da decretação desta espécie de medida cautelar consubstanciará em uma redução da prisão processual. A Lei 12.403/2011 vige no afincado de, por vezes, substituir a prisão preventiva. Entretanto, não tem corroborado uma verdadeira mitigação desta.

A prisão é forma de restrição ao direito de liberdade e, este desponta no arcabouço constitucional como o segundo direito mais importante. Mister salientar que a prisão pode ser decretada, após vasta cognição, sob a rubrica de prisão pena. Pode, também, ser decretada de modo sumário, em momento pretérito ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como meio instrumental; trata-se da prisão processual.

A cautelaridade, tão reclamada para legitimamente decretar a prisão preventiva, somente logrará êxito quando os parâmetros seguidos forem adequados. Decerto, não obstante o processo seja em essência uno, o legislador o diferenciou, por questões de conveniência, conforme o objeto que o mesmo perquiria. No que tange ao processo penal, por ser o exclusivo meio legítimo de aplicar o direito penal material, determinadas diferenças devem ser consignadas, sob pena de se cometer verdadeiros despautérios.

No que concerne ao cenário das cautelares penais, não há identidade com as cautelares civis; o direito civil permite cautelares de cunho satisfativo, enquanto, na processualística penal as cautelares, sobretudo as de caráter pessoal, sempre

serão, ou pelo menos deveriam ser, de caráter instrumental, evitando a odiosa antecipação de pena.

Inviável transmudar conceitos como *fumus boni iuris* e *periculum in mora* da seara civil para a seara penal sem fazer ressalvas; para a decretação da cautelar prisional, ofundamento deve estar arraigado no *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

A sociedade clama por segurança e, inofismavelmente, esta é imprescindível para durabilidade harmônica da sociedade; sem segurança, a retroação para o estágio da vingança privada é certa. Entretanto, a segurança coletiva não pode ser desculpa para decretos prisionais preventivos de modo arbitrário, pois, se assim suceder, partir-se-á da premissa de que todo o preso cautelar é culpado; certamente nesses moldes não haveria que se falar em princípio da presunção de inocência, mas de presunção de culpabilidade.

Acrescente-se que a prisão provoca um estigma no cautelarmente preso, que repercute na concepção que a sociedade tem do mesmo, vez que para esta é inimaginável que alguém esteja preso e seja inocente. O estigma atinge também a autoimagem do preso.

Muitas são as conseqüências nefastas da prisão preventiva, de modo que a subsistência da mesma à luz do princípio da não-culpabilidade é deveras tormentosa, sobretudo nos moldes legais do Código de Processo Penal Brasileiro, que não estatui prazo certo de duração da mesma, apresentando requisitos, pressupostos e critérios avaliativos que deve nortear o julgador no momento do decreto prisional; no entanto, resta latente a indagação:

A inexistência de um prazo determinado para a prisão preventiva pode consistir em uma indevida antecipação de pena,

ferindo o princípio da não-culpabilidade e, conseqüentemente, o Processo Penal Constitucional?

O legislador, no afimco de mitigar o encarceramento de forma preventiva, introduziu no Código de Processo Penal, no ano de 2011, medidas cautelares pessoais não prisionais, o que sucedeu com a Lei 12.403.

A atuação legiferante demonstra uma preocupação na restrição da liberdade individual do presumidamente inocente, todavia, as benesses legais por vezes privilegiam alguns culpados, que descumprem as medidas impostas, por vezes se evadem, obstando que o processo penal logre aplicar a lei penal, gerando a sensação de impunidade. Não se olvida, entretanto, que é preferível absolver diversos culpados que condenar um só inocente.

A indeterminação do prazo máximo para a prisão preventiva é, sem sombra de dúvidas, um dos pontos mais controvertidos quanto a tal instituto prisional. A fixação de um prazo não foi estatuída com a reforma sucedida com a Lei 12.403/2011, como por muitos era esperado; não se sabe declinar o porquê da decisão legislativa, no entanto, afirmar ser a mesma incoerente pode não consubstanciar a melhor opção.

Uma possível solução para quiçá não deixar ao arbítrio do julgador a prisão dcautelaramente preso seria considerar os prazos instrutórios como peremptórios.

É preciso atentar que a prisão preventiva consiste em uma prisão processual, cujo fulcro é assegurar uma futura pena, bem como garantir um escoreito processo. Todavia, a Magna Carta apregoa o princípio da não-culpabilidade, que não coaduna com uma prisão processual que não tem prazo determinado, perdurando por vezes até eventual sentença condenatória ou absolutória.

Insta esclarecer que os prazos instrutórios são impróprios. Portanto, para mitigar a afronta dessa prisão cautelar decretada ao presumidamente inocente, os prazos processuais deveriam, para efeito de duração da aludida prisão, serem considerados próprios, de modo a estar evitada de ilegalidade a prisão processual que ultrapasse os prazos legais instrutórios.

Ademais, é imprescindível que somente seja decretada a prisão preventiva como *ultima ratio*, o que demanda fundamentação consistente. É evidente que decretar tão drástica medida, sob fundamentos genéricos de que presentes estão os pressupostos legitimadores, ofende a Constituição Federal. A restrição à liberdade individual de modo sumário, em prol da segurança coletiva, deve ser muito bem sopesada.

Se no período da prisão preventiva os prazos processuais instrutórios forem observados em seu rigor, de modo a considerar ultrajante e ilegal a prisão processual quando do desrespeito dos prazos instrutórios, se assegurará que os presos provisórios não permaneçam enclausurados indefinidamente.

A sociedade também não estará abalada no que concerne à segurança. Não se nega que a realidade brasileira seja descortinada por um judiciário abarrotado, todavia, a liberdade individual não pode ficar à mercê de prazos impróprios para fins de medida cautelar prisional. Se não houve preocupação do legislador em estabelecer um prazo determinado para a prisão preventiva, que o judiciário, que deve sempre pautar sua atuação como garante da Magna Carta, não ignore que o preso provisório é considerado não culpável até eventual sentença condenatória. Antecipar a pena do presumidamente inocente é um despautério que não pode subsistir.

Portanto, se quando da aplicação da prisão preventiva forem observados os estritos limites legais, bem como se houver cautela quanto à duração da prisão preventiva, revogando-a

sempre que não subsistirem os requisitos legitimadores, o fator tempo, indeterminado, não configurará uma antecipação de pena. Não obstante o princípio da não- culpabilidade seja um direito fundamental, é preciso atentar que não existe direito absoluto, logo, a ponderação com a segurança social, dentro dos parâmetros legais, viabiliza a prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

- ADREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. AURY, Lopes Junior. **Prisões Cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O Processo Judicial Como Elemento Integrativo do Direito Litigioso**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. Teoria do Processo: Panorama Mundial. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – Lei – “Maria da Penha” – Alguns Comentários**. 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2015.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
- BRASIL, Constituição Federal, 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>.

Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 mai. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 04 ago. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 de set. 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Anotações Críticas Sobre a Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8822/anotacoes-criticas-sobre-a-lei-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. 1. ed. Campinas/SP: Servanda, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/asmieriasdoprocessopenal.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

COSTA NETO, João. **Dignidade Humana: Visão do tribunal constitucional alemão, do STF e do tribunal europeu**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, João Paulo Silveira; WEBER, Felipe Rocha. **A Influência da Mídia na Decretação das Prisões Preventivas com Fundamento na Ordem Pública e o Intuito de Mitigar o Clamor Social**. In: 2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 2013, Rio Grande do Sul. Anais.. Rio Grande do Sul: UFSM, 2013. p. 320. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-2.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUARTE, Ana Caroline Pinho; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Um Conceito de Duração Razoável do Processo Penal. **Novos Estudos Jurídicos, Santiago/CL**. V. 15, n. 2, p. 242-256, mai-ago 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2596/1798>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Discursos Seditiosos: Crime, direito e sociedade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal**

- Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Lei de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher**. In: ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio Araújo; BARROSO, Darlan (Coords). Leis Penais Especiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GOFFMAN. Erving. **Estigma - Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/308878/mod_resource/content/1/Goffman%20%20Estigma.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- GOMES, Marupiara Cesar Ferreira. **Prisão Preventiva e o Princípio da Presunção de Inocência**. Fortaleza/Ceará, 2010. 57f. Monografia (Especialização em direito penal e direito processual penal) - Universidade Estadual do Ceará-UECE, 2010. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.penal-d.proc.penal/prisao.preventiva.e.o.principio.da.presuncao.de.inocencia\[2010\].pdf](http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.penal-d.proc.penal/prisao.preventiva.e.o.principio.da.presuncao.de.inocencia[2010].pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2015.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

- GUIMARÃES Isaac Sabbá. **Prisão Preventiva: STF e a Política Criminal sobre a Restrição Cautelar de Liberdade**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MACHADO, Juliana. **Prisão Preventiva: Periculosidade do Crime em abstrato como fundamento para a prisão**. Biguaçu, 2009. 93f. Monografia (Bacharel em direito) - Universidade Vale do Itajaí, Biguaçu, 2009. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Juliana%20Machado.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MEDEIROS, Maria Carolina Felipe Villarinho Medeiros. **A Abusividade da Aplicação da Prisão Preventiva e as Medidas Cautelares Alternativas à Prisão provisória**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MariaCarolinaFVMedeiros.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio. In: COSTA NETO, João. **Dignidade Humana**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MEZZALIRA, Ana Carolina. **O Tempo da Prisão Preventiva: a questão sob o prisma da reforma do Processo Penal e do Princípio da Razoabilidade**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71245-ANACAROLINAMEZZALIRA.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2015.

NICOLITT André. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: As Reformas Processuais Penais Introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: As Reformas Processuais Penais Introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014c.

OLIVEIRA, Gisele Souza; JUNIOR BRASIL, Samuel Meira; SOUSA, Sérgio Ricardo; SILVA, Willian **Audiência de Custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PACHECO, Maíra Santana. **O Princípio da Presunção de Inocência**. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2390/1750>> Acesso em: 16 ago. 2015.

PEREIRA, Fábio Martins; PEREIRA, Fernanda Simões Viotto. Breves Apontamentos sobre as Modalidades de Prisão Cautelar no Sistema Processual Penal Brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina/PR. V. 1, n. 1, p. 63-77, jan-abr 2006. Disponível em Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11582>>.

Acesso em: 09 ago. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REDÍGOLO, Natalia Carolina Narciso. SISTEMA Penitenciário e Seus estigmas: O Caso Paulista. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência e Segurança**, Marília/SP. v.15, n.9, p. 82- 96, 1º sem. de 2012. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/2238>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

REMÉDIO, José Antonio. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

RODRIGUES, Havine Santos. **Prisão Preventiva: Constituição e Mídia**. Rio de Janeiro, 2011. 42f. Monografia (Especialista em direito e processo penal) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K218722.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2015.

ROUSSEAU Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SAGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar**: Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Geraldo. **Teoria do Crime**. 4. ed. São Paulo: Millennium, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – Decido Conforme Minha**

Consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TREODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: prisão preventiva e a ordem pública**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.