

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A LEI 12.403/2011 E SEUS HORIZONTES DESENCARCERADORES:  
UM BALANÇO REALISTA**

**PEDRO DONÁ FERREIRA**

**Rio de Janeiro**

**2017/1**

**PEDRO DONÁ FERREIRA**

**A LEI 12.403/2011 E SEUS HORIZONTES DESENCARCERADORES:  
UM BALANÇO REALISTA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação **do Professor Dr. DIOGO RUDGE MALAN**

**Rio de Janeiro**

**2017/1**

CIP - Catalogação na Publicação

F3831 Ferreira, Pedro Doná  
A Lei 12.403/2011 e seus Horizontes  
Desencarceradores: um Balanço Realista / Pedro Doná  
Ferreira. -- Rio de Janeiro, 2017.  
85 f.

Orientadora: Diogo Rudge Malan.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Lei 12.403/2011. 2. Desencarceramento. I.  
Malan, Diogo Rudge, orient. II. Título.

CDD: 341.43

**PEDRO DONÁ FERREIRA**

**A LEI 12.403/2011 E SEUS HORIZONTES DESENCARCERADORES:  
UM BALANÇO REALISTA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. DIOGO RUDGE MALAN**

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2017/1**

AOS MEUS PAIS,  
SEM OS QUAIS  
JAMAIS PODERIA.

**Rio de Janeiro**

**2017/1**

AGRADEÇO AOS MEUS QUERIDOS AMIGOS FLÁVIO GUÉRCIO, RENAN SALLES E PEDRO MATTOS, PELAS NOSSAS INSTIGANTES CONVERSAS SOBRE POLÍTICA CRIMINAL, E TAMBÉM À PAOLA BALAN, MARIA CLARA, FERNANDO MATOS, FELIPE AVELLAR, ANA ARRUTI E AO RAFAEL BORGES, POR TUDO.

**Rio de Janeiro**

**2017/1**

## **RESUMO**

O texto do projeto que veio a se tornar a Lei nº12.403/2011, desde sua concepção, teve por objetivo reduzir os altíssimos níveis de encarceramento no país, principalmente no que diz respeito aos presos processuais, ou seja, aqueles que ainda não foram condenados por crime pelo qual estão custodiados. O que se vê hoje, seis anos após a vigência da referida lei, é que as novas medidas cautelares por ela inseridas no Código de Processo Penal, não só não foram capazes de reduzir o superencarceramento de presos provisórios, como este continuou crescendo praticamente na mesma intensidade do período pré-aprovação da lei. Buscou-se, então, entender o porquê da inocuidade da Lei nº12.403/2011, que sempre fora permeada por muita expectativa. Assim, chegou-se a conclusão de que seus dispositivos passaram por duas grandes deturpações para que esses resultados fossem atingidos. A primeira diz respeito ao processo legislativo, onde falta técnica e sobra pressão midiática. A segunda se dá no momento da aplicação, vez que no judiciário, Poder responsável pela transposição do texto legal para a realidade, a regra que impera ainda é a primazia da prisão processual sobre a liberdade. A saída não se encontra, portanto, em simples edição de novas leis processuais, mas medidas de fato descriminalizadoras e despenalizadoras.

Palavras-chave: Lei nº 12.403; Encarceramento; Cautelares; Legislativo; Judiciário.

**Rio de Janeiro**

**2017/1**

## **ABSTRACT**

The text of the bill that became Law No. 12.403/2011, from its inception, was aimed at reducing the very high levels of incarceration in the country, especially with regard to procedural prisoners, that is, those who have not yet been convicted of a crime for which they are in custody. What we see today, six years after the promulgation of the Law, is that the new precautionary measures that have been inserted in the Criminal Procedural Code, were not only able to reduce the mass incarceration of provisional prisoners, as it continued to grow practically at the same pace of the pre-approval period of the law. We sought to understand the reason for the innocuousness of Law No. 12,403 / 2011, which had always been permeated by much expectation. Thus, the reached conclusion is that the Law devices underwent by two major misrepresentations processes in order to achieve this unfortunate results. The first concerns the legislative process, where there is a lack of technical and a high presence of media pressure. The second process can be perceived at the moment of the application of the Law by the judiciary power, that has the responsibility for transposing the legal text into reality. In this sense, the rule that still prevails is the primacy of the procedural arrest over freedom. The solution is not, therefore, a simple editing of new procedural laws, but the adoption of decriminalizing and decriminalizing measures.

Keywords: incarceration; precautionary measures; legislative; judiciary

**Rio de Janeiro**

**2017/1**



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1. A DINÂMICA DO PROCESSO LEGISLATIVO E A MAZELA DA ORDEM PÚBLICA .....</b>	<b>13</b>
1.1. Histórico de criação da Lei nº 12.403/2011.....	13
1.1.1. Origem da Reforma, Elaboração do PL e envio ao Congresso .....	13
1.1.2. Tramitação e contextualização.....	17
1.2. A repercussão política pós aprovação da Lei 12.403/2011 .....	23
1.3. A pedra de toque do conceito de ordem pública e econômica .....	30
<b>2. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011 .....</b>	<b>34</b>
2.1. Breve contextualização da criação do Código de Processo Penal – Decreto Lei 3.689 de 1941 .....	34
2.2. A inspiração das medidas cautelares no Direito Comparado .....	37
2.3. A reforma do Código de Processo Penal realizada pela lei 12.403/2011 no âmbito das medidas cautelares diversas da prisão .....	42
2.4. A Exigência da ordem escrita e fundamentada.....	44
2.5. A homogeneidade e imposição de prisão preventiva em razão do descumprimento das cautelares. ....	47
2.6. A possibilidade da decretação de medida cautelar durante a instrução criminal pelo juiz, de ofício. ....	51
2.7. As medidas cautelares pessoais e o binômio Garantismo e Eficiência.....	53
<b>3. A APLICAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM BASE NOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS .....</b>	<b>55</b>
3.1. Não basta a aprovação de uma nova lei se esta não for sucedida pela devida aplicação.....	56
3.2. Juiz independente e decisionismo no processo penal .....	58

3.3. As decisões judiciais que contribuem para manutenção dos níveis de crescimento no encarceramento de presos provisórios e que ainda erigiram um novo tipo de controle penal, que se dá através das cautelares diversas.....	58
3.3.1. Medidas cautelares diversas da prisão decretadas como alternativa à liberdade.....	60
3.3.2. Excessiva cumulação de medidas cautelares diversas.....	64
3.3.3. Inexistência de fixação de limite ou reexame obrigatório da medida decretada.....	65
3.3.4. Descumprimento da medida cautelar e conseqüente decreto de prisão preventiva.....	68
3.4. A inobservância do Marco Convencional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	71
3.5. O “bom senso” e a aplicação das medidas cautelares.....	73
<b>4. CONCLUSÃO – A CULTURA DO ENCARCERAMENTO .....</b>	<b>74</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>87</b>

## INTRODUÇÃO

Desde a primeira comissão de juristas que pensou algumas reformas para o Código Processual Penal, no âmbito das medidas cautelares diversas da prisão, em 1994, muita expectativa foi criada em torno da aprovação de dispositivos legais capazes de garantir a eficiência do processo sem perder de vista os preceitos e garantias constitucionais, ao mesmo tempo em que eles possibilitariam uma redução nos preocupantes níveis de encarceramento.

Pela via processual, portanto, esperava-se conceder aos magistrados instrumentos alternativos que lhes dessem oportunidade de aplicar uma espécie de meio termo entre a prisão cautelar e a liberdade provisória. Eis que, 17 anos após o primeiro anteprojeto e 10 desde o início da tramitação do PL 4.208/2011, as medidas cautelares diversas da prisão, juntamente com uma série de dispositivos que buscavam excepcionalizar ao máximo a prisão cautelar, foram inseridas no nosso ordenamento jurídico através da Lei 12.403/2011.

Neste sentido, através de densa análise do processo legislativo que deu origem à nova lei, percebemos quão baixa é a qualidade argumentativa das justificativas e pareceres apresentados, muitas vezes contrários a conhecimentos estabelecidos em pela comunidade jurídica. Ainda, é notável quanto alguns casos amplamente retratados pela mídia, que geram comoção social, alteram a percepção dos legisladores sobre o objeto e objetivos de seu trabalho, que, via de consequência, tornam a produção legislativa um terreno pouco seguro para a pretensão de mudanças que caminham em sentido contrário à lógica dominante. Em nome do “bom senso”, que na verdade traveste o mero senso-comum, os parlamentares são os primeiros a deturparem as finalidades da lei, através da inserção, manutenção e modificação dos dispositivos redigidos ao longo de um ano por uma Comissão formada por renomados juristas. E aí reside o primeiro problema da pretensão de mudança nos quadros do encarceramento através da criação novas leis: do texto original ao texto final, as modificações feitas no âmbito do Legislativo diminuem a própria força da lei, antes mesmo de sua vigência.

Assim, a busca pelo horizonte desencarcerador através incrementos legislativos na lei processual penal, enfrenta o segundo obstáculo à sua efetivação: a atuação do Poder Judiciário. Neste ponto do trabalho, buscamos demonstrar que há uma lógica incrustada na atuação da política criminal, que sempre privilegia o cárcere cautelar como sinônimo de eficiência da atuação do judiciário. Trata-se de raciocínio tão enraizado que uma simples lei, produzida por legisladores pouco ou quase nada capacitados na matéria, não seria capaz de mudar, nem da noite para o dia, nem no intervalo de 6 anos desde sua vigência.

Por conseguinte, tentamos entender como a aplicação dos conceitos e medidas introduzidos pela – já não tão – nova lei foi capaz de, não só contrariar o intento principal, que era a redução do número de presos provisórios, como também contribuir para o aumento do controle penal por meio das alternativas de coação (tomando emprestado o termo português) diversas da prisão. Notamos que isso só foi possível pelo fato das novas medidas serem aplicadas em alternativa à liberdade dos investigados ou acusados, pois, afinal, se a prisão processual ainda é a regra, a liberdade plena é exceção. De tal maneira, se antes a liberdade provisória era concedida depois de avaliada a inaplicabilidade da prisão, as medidas cautelares diversas constituíram um novo filtro no caminho inverso que o judiciário se utiliza para se chegar à liberdade.

Para finalizar, mostramos em números que os resultados obtidos desde entrou em vigor a Lei 12.403/2011 são inexpressivos se considerados sob a ótica do desencarceramento, de tal forma que é impossível dizer se eles foram de fato consequência do advento do dispositivo legal. Ainda, expusemos a enorme inobservância do judiciário para com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, e as próprias jurisprudências da CIDH.

Por fim, indicamos, como ficou claro ao longo do trabalho, que a saída para o superencarceramento não se encontra em alterações legislativas no terreno do Código de Processo Penal, ao menos atualmente, enquanto predomina a crença na prisão. Por outro lado, acreditamos na descriminalização de condutas como instrumento muito mais eficaz e de rápidos efeitos na alteração do alarmante quadro prisional.

# CAPÍTULO 1 – A DINÂMICA DO PROCESSO LEGISLATIVO E A MAZELA DA ORDEM PÚBLICA

## 1.1. Histórico de criação da Lei nº 12.403/2011

### 1.1.1 Origem da Reforma, Elaboração do PL e envio ao Congresso

Em 1994, aproximadamente 17 anos antes da aprovação e entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que instituiu as medidas cautelares alternativas à prisão no Código Processual Penal brasileiro, uma comissão de especialistas, integrada por magistrados, advogados, representantes do Ministério Público e delegados, sob a coordenação da escola Nacional da Magistratura, encaminhou ao Ministério da Justiça 17 anteprojetos (publicados no "Diário Oficial da União" de 16.3.94), que dariam um novo perfil ao processo penal brasileiro, introduzindo importantes inovações, produzindo significativas repercussões nas áreas jurídica e social.

Os anteprojetos refletiam, nas palavras do ex-Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, “*as tendências modernas do processo penal na busca de realizar o interesse público na prevenção e repressão da criminalidade sem descuidar das garantias e dos direitos do acusado, assim como a preocupação com a vítima e seus dependentes*”<sup>1</sup>, atendendo à segurança jurídica e aos direcionamentos do Estado Democrático de Direito, proclamado pela Constituição, que tem na dignidade da pessoa humana seu primeiro e mais valioso fundamento.

Segundo o saudoso Ministro, as deficiências da codificação processual penal residiam basicamente no envelhecimento desta, que em 1994 já vigia há meio século. Além disso, no mesmo ano, na Cúpula das Américas realizada em Miami, “*os governos se comprometeram a adotar as medidas necessárias para remediar as condições desumanas das prisões e reduzir*

---

<sup>1</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma processual penal*. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 mar. 1994.. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/3/27/cotidiano/8.html> Acesso em: 31/05/2017 às 23:00h

*ao mínimo o número de detidos a espera de um julgamento*<sup>2</sup>” (Plano de Ação de Miami, 1994). Surgiam, então, através dos anteprojetos apresentados naquele ano, novos instrumentos de política processual penal, em correspondência aos novos tempos sociais, políticos, econômicos e culturais.

Eis que, em janeiro de 2000, após um intervalo de pouco menos de seis anos sem que fosse dado prosseguimento às discussões no tocante aos referidos anteprojetos, através da Portaria nº61, foi constituída a Comissão que apreciaria os projetos apresentados pelo Ministério da Justiça em 1994.

A Comissão, composta pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, que a secretariou, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneio Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauri Tucci e Sidney Beneti, dentre os quais, oito haviam participado da comissão de 1994, teve como ponto alto de seus debates a III Jornada Brasileira de Direito Processual Penal, ocorrida em Brasília, nos dias 23 a 26 de agosto de 2000.

O pleito pela reforma em muito era oriundo do desvirtuamento da teoria da cautelariedade, evidenciada pelo uso abusivo das prisões provisórias, cada vez mais significativas se comparadas relativamente ao número total de presos, denotando clara instrumentalização das políticas de controle social e estigmatização (BORGES, 2012)<sup>3</sup>.

Tal abuso se justificaria, pois, como nenhum outro expediente do processo penal cautelar, ao antecipar a aplicação das penas, a prisão provisória atribui funcionalidade

---

<sup>2</sup> Cúpula das Américas 1994, Miami, EEUU, Plano de Ação, disponível em: <http://www.summitamericas.org/Miami%20Summit/Human-Rights-sp.htm>. Acesso em: 31/05/2017 às 23:37h.

<sup>3</sup> BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei nº 12.403*. Discursos Sediciosos nº19/20 – Crime, Direito e Sociedade, 1ª edição, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2012, 694 p.

sistêmica ao ordenamento e suscita consensos, (ZAFFARONI/BATISTA, 2003)<sup>4</sup> conseguindo atender prontamente as demandas por celeridade e efetividade.

Em continuação, um ano depois do início dos trabalhos, no dia 25 de janeiro de 2001, o texto do Projeto de Lei elaborado fora enviado ao Presidente Fernando Henrique Cardoso pelo Ministro de Estado e Justiça José Gregori, acompanhado da Exposição de Motivos dos juristas, segundo os quais, o projeto pretendia, no que diz respeito à liberdade provisória, “(...)proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória, e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal.” (BRASIL. PL 4208/2001)<sup>5</sup>.

De tal maneira, segue a exposição, as principais alterações com a reforma projetada, no que concerne ao mencionado necessário ajuste à Constituição, seriam, portanto: o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória; o aumento do rol das medidas das medidas cautelares, àquela época centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança; a manutenção da prisão preventiva, de forma genérica, para a garantia da instrução do processo e execução da pena e, de maneira especial, para acusados que pudessem vir a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa; e, ainda, a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não fosse de natureza cautelar.

Importante pontuar, desde já, diante do exposto acima, que o anteprojeto retirava o conceito de *ordem pública* como motivo que autorizaria a prisão preventiva, previsto no artigo 312 do CPP. Ocorre que, no entanto, ao longo da discussão do projeto na Câmara dos Deputados, a expressão fora reinserida, sendo considerado este o maior equívoco da Lei

---

<sup>4</sup> ZAFFARONI/BATISTA, E. Raúl, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*, Teoria Geral do Direito Penal, Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 121.

<sup>5</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº4028, de 12 de março de 2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558> Acesso em: 31/05/2017 às 23:40h.

12.403/11, que pretendia essencialmente a redução dos presos provisórios, de acordo com o próprio anteprojeto da Comissão.

Findando a exposição de motivos, afirmaram os juristas que compunham a Comissão, que o grande avanço pretendido para o sistema resultaria da ampliação do leque de medidas cautelares diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz a escolha, dentro dos critérios de legalidade e proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso concreto. Além disso, reafirmou-se a exigência constitucional do dever de fundamentação de todas as decisões (art. 93, IX, da CRFB) impondo-se a necessidade de ser motivada a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva.

Em seguida, no dia 08 de março de 2001, através da Mensagem nº214, o presidente Fernando Henrique submeteu o texto do PL, que recebera o número 4.208/2001, ao Congresso Nacional. Via de consequência, o Projeto de Lei fora enviado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), no dia 29 do mesmo mês, pois competente para apreciação da matéria, conforme dispõem os artigos 32, IV e 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

Cumprido esclarecer, antes de abordar a tramitação do projeto, que não só no Brasil, mas também em outros países, os parlamentos em geral possuem um sistema de comissões em sua estrutura.

“Estas são entendidas como um espaço de especialização e discussão mais aprofundada na consecução do fim pretendido pelo processo legislativo, que deve ser considerado tanto como instrumento para elaborar a norma, como para buscar respostas que atendam aos principais desafios da sociedade, envoltos em circunstâncias históricas, políticas, sociológicas e econômicas”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Análise encontrada no site da Câmara. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cspcco/conheca-a-comissao>. Acesso em: 31/05/2017 às 23:57.



É nas comissões que de fato ocorre um estudo mais apurado dos projetos de lei e de outras proposições, e onde são realizados os grandes debates sobre temas de interesse da sociedade, incluindo a participação desta.

### *1.1.2 Tramitação e contextualização*

Pouco menos de um ano depois, o Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, presidente da CCJC, concede o parecer acerca do PL 4.208, que é apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados no dia 20 de fevereiro de 2002. No parecer, o parlamentar ressaltou a importância do ajuste das normas referentes à prisão às exigências constitucionais, afirmando que estas teriam lugar em casos previstos destinados a assegurar a aplicação da lei penal e a prevenir a prática de novas infrações criminais.

Ainda, enfatizou a clareza com a qual haviam sido enunciadas as hipóteses de aplicação, descumprimento e substituição das medidas cautelares, destacando que o texto havia deixado para trás as causas indeterminadas, como as já citadas “garantia da ordem pública” e “garantia da ordem econômica” no caso da prisão preventiva. Segundo ele, o artigo 312 havia recebido definições mais precisas das circunstâncias que a justificam.

De mais a mais, o deputado afirmou que o novo sistema asseguraria significativo avanço da justiça criminal ao proporcionar ao juiz alternativas de aplicação das medidas cautelares, estabelecidas em ordem de graduação segundo a intensidade das obrigações impostas ao acusado e sempre de acordo com a solução mais adequada ao caso concreto<sup>7</sup>.

Assim, o parecer finalizou concluindo pela constitucionalidade e juridicidade do PL 4.208/01, reforçando também que o mesmo fora redigido em boa técnica legislativa, recomendando, sob tais aspectos, sua aprovação. Ademais, para mero registro, a única emenda apresentada pelo relator visava corrigir um erro de digitação do Projeto, tendo sido seu conteúdo aprovado integralmente.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº4028, de 12 de março de 2001, cit.

No dia 13 de março, menos de um mês após sua apresentação, o parecer do Sr. Ibrahim foi aprovado por unanimidade em Reunião Deliberativa Ordinária do CCJC<sup>8</sup>, tendo apresentado voto separado o Sr. Luiz Antônio Fleury, que, no entanto, não fora discutido. No mesmo dia, foi aprovado requerimento do Sr. Inocêncio Oliveira para dar Urgência à tramitação do PL.

Faz-se necessário sublinhar que, no ínterim entre a apresentação e aprovação do mencionado parecer, fora criada pela Câmara, sob presidência do Deputado Aécio Neves, a Comissão Permanente de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico (CSPCCOVN)<sup>9</sup>, que em 2004 teve seu nome reduzido para Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO), embora mantidas as suas competências, dispostas no artigo 32, inciso XVI, do Regimento Interno daquela Casa Legislativa.

A criação da CSPCCO deu-se através da Resolução nº27/2002 da Câmara, atendendo a uma das principais recomendações da extinta CPI do Narcotráfico, tendo como principal objetivo o de se tornar justamente um espaço para discutir e cobrar políticas públicas para combater o aumento da violência. A competência da Comissão, prevista no artigo 32, inciso XVI, alínea “f”, do RICD, abrange “sistema penitenciário, legislação penal e processual, do ponto de vista da segurança pública”. Desse modo, é possível inferir que a comissão também detinha competência para avaliar o cabimento e propor sugestões ao PL 4.208. Ainda, a famosa CPI do Narcotráfico, que concluiu pelo indiciamento de mais de 800 pessoas, havia criado grande comoção nacional e conseqüente pressão de alguns setores da sociedade por maior endurecimento das leis, contexto no qual o PL em questão passou a ser visto com maus olhos.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Publicado no diário da Câmara dos Deputados de 14/03/2002, p 08120 COL 02, Letra A

<sup>9</sup> BRASIL. Resolução da Câmara dos Deputados nº.27, 2002. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/2002/resolucaodacamaradosdeputados-27-20-fevereiro-2002-321580-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 01/06/2017 às 00:08h.

De volta à tramitação, extrai-se, dos andamentos disponibilizados no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, despacho do Presidente da Casa, que determinou a apensação do PL 4.208/01 ao PL 4.203/01, ao qual foram apensados diversos outros projetos de lei cujo escopo eram a reforma processual. Não fora apresentada, contudo, justificativa para o apensamento, sendo que, após sucessivos adiamentos da discussão em torno dos Projetos de Lei, no dia 29 de junho de 2004, mais de dois anos após o apensamento, fora deferido o ofício P-80/04, da CCJC, solicitando a desapensação.

Em seguida, praticamente um ano depois do feito voltar a tramitar em separado, durante a Sessão Deliberativa da Câmara, de 07 de maio de 2005, o PL foi retirado de pauta de ofício em razão de não ter havido acordo de líderes para votação. Por diversas oportunidades, o projeto não fora apreciado sob justificativa de encerramento das sessões até que, no dia 03 de julho de 2007, fora emendado.

A Emenda Substitutiva Global, apresentada e encabeçada pelo Presidente da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, João Campos, que liderava o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Processual Penal no âmbito da Câmara, fora apresentada ao Plenário e, de imediato, o relator da CCJC, José Eduardo Cardozo, proferiu parecer favorável à emenda, em razão desta ter sido “fruto de um trabalho árduo” da Comissão composta pelo Deputado João Campos.<sup>10</sup>

Há, todavia, que se ressaltar dois aspectos importantes. O primeiro diz respeito ao contexto fático da apresentação da emenda, enquanto o segundo versa sobre parte do texto do PL que fora substituído.

Cerca de um ano antes da apresentação da emenda, São Paulo vivera um caos de insegurança pública em razão dos ataques orquestrados pelo Primeiro Comando da Capital, o PCC, facção que domina o tráfico no estado. Bases da polícia, bombeiros, agentes penitenciários e policiais de folga foram atacados e o dia 15 de maio de 2006, uma segunda-

---

<sup>10</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº4028, de 12 de março de 2001, cit.

feira, marcou o ápice da onda de violência iniciada alguns dias antes, paralisando a capital e boa parte das atividades no interior paulista.

Não é imprescindível maior profundidade no relato dos atos para que se perceba o quanto eles foram capazes de alterar na agenda política da segurança pública brasileira, influenciada pela extensa cobertura da mídia, da qual era possível traduzir um sentimento de impunidade para com os ditos criminosos que haviam participado dos ataques. Via de consequência, os debates em torno daqueles atos chegaram estenderam-se ao PL 4.208/01, que novamente fora colocado, por diversas vezes, como em contrariedade ao sentimento geral da população, vez que sua aprovação era considerada como um significativo abrandamento do sistema repressivo.

O segundo aspecto, como anunciado, diz respeito ao texto da emenda, justificada em razão da “evolução da jurisprudência”, em comparação a 2001, o que gerou a “necessidade de atualização do projeto”. Ocorre, no entanto, que apesar do texto não alterar nada de maneira significativa no âmbito das medidas cautelares diversas da prisão, comparado ao que havia sido proposto inicialmente, ele reinsere a “garantia da ordem pública” e a “garantia da ordem econômica” no caput do artigo 312 do CPP.

Desta maneira, caminha na direção contrária às justificativas do anteprojeto enviado à Câmara em 2001, que havia sido aprovado pela CCJC, por unanimidade, no ano posterior. De acordo com o texto original do anteprojeto, o artigo 312 apresentava alterações mais profundas no tocante às hipóteses autorizadoras da preventiva. Manteve-se a prisão para garantia da instrução do processo e da execução da sentença foi proposta a substituição da referência ‘garantia da ordem pública’ e da ‘garantia da ordem econômica’, como motivos que autorizam a prisão preventiva, de conteúdo indeterminado, pela existência de fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Análise extraída da Exposição de Motivos do Anteprojeto. BRASIL, Projeto de Lei nº4.208, de 12 de março de 2001, cit.

Como mais à frente será feita discussão específica em relação à pedra de toque das ordens pública e econômica, por hora é essencial frisar que esta mudança, tão importante em comparação ao texto inicial, não foi sequer justificada ao fim do texto da Emenda Substitutiva Global anunciada, que, entretanto, explicava diversas outras mudanças, menos relevantes, sugeridas por meio do texto apresentado pelo deputado João Campos. Também salta aos olhos, como não poderia deixar de ser, que o relator da CCJC e ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, tenha dado parecer<sup>12</sup> favorável ao texto proposto no mesmo dia da apresentação deste, sem questionar ou sequer mencionar a mudança do artigo 312, exaltando apenas que “(...) *por ser fruto de um trabalho árduo e exaustivo de debate e discussão por esse grupo de trabalho, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania é pela legalidade, constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa (...)*”(CARDOZO, 2007).

Desta maneira, o que hoje é considerado o maior pecado da atual lei 12.403/2011, qual seja, a manutenção de tais conceitos no caput do artigo 312 do CPP, à época passou sem alarde e em completa dissonância com o que havia sido originalmente proposto pelo PL 4.208/2001.

Dando seguimento à análise da tramitação do Projeto de Lei, após sucessivos adiamentos, tem-se que no dia 25 de junho de 2008 ela fora finalmente enviada ao Senado, não sem antes ter sido aprovada em Plenário a Emenda Substitutiva Global, que se tornou Redação Final do PL, aprovado em votação, e remetido à Casa Legislativa vizinha. Novamente, não houve qualquer manifestação em relação ao ponto reiteradamente suscitado.

O Senado, por sua vez, devolveu o feito à Mesa Diretora da Câmara em abril do ano seguinte, tendo aprovado, em revisão, o PL 4.208. À exceção da inserção do parágrafo 7º no artigo 282 (BRASIL. CPP, 1941.), que tentou incluir a previsão do reexame obrigatório da decisão que decretasse a cautelar a cada 60 dias, inspirado no direito comparado, não houvera,

---

<sup>12</sup> *Ibidem*. Parecer de José Eduardo Cardozo sobre Emenda Substitutiva Global de Plenário extraído da ficha de tramitação do PL 4.208/2001.

tanto na esfera das medidas cautelares como da prisão preventiva, temática abordada pelo presente trabalho, mudanças relevantes propostas através do substitutivo, mas apenas a inclusão do monitoramento eletrônico no inciso IX do artigo 319 (*Ibidem.*), que prevê as medidas cautelares diversas da prisão.

Deste modo, o texto seguiu para parecer das comissões (CCJC e CSPCCO). Mantidos os relatores José Eduardo Cardozo e João Campos, seus pareceres foram apresentados no dia 17 de julho e 05 de agosto de 2009, respectivamente. Ambos aprovaram a Emenda Substitutiva do Senado, com algumas ressalvas que mais dizem respeito à clareza textual do que ao conteúdo do mesmo. No que dizia respeito ao referido parágrafo 7º do artigo 282, entretanto, houve divergência. Ao passo que o parecer de Cardozo se limitou a se dizer favorável à adoção de tal obrigação, o parecer<sup>13</sup> de Campos discordou da inserção do dispositivo de controle, sob a justificativa de que a diligência é própria da defesa e, “impormos tal ônus ao já assoberbado Poder Judiciário, seria atravancar ainda mais a lenta Justiça em nosso País”.

Ainda, é curioso e merece destaque o fato da exposição inicial dos votos dos relatores ser praticamente idêntica em seus pontos que precederam o parecer, inclusive no de número 1, onde afirmam: “Assim, o projeto introduz e disciplina, detalhadamente, o cabimento das medidas cautelares, consignando que a aplicação das mesmas deverá observar a necessidade constatada na investigação ou instrução criminal, bem como a adequação da medida à gravidade do crime”<sup>14</sup>. No caso, coloca a prisão preventiva como medida excepcional, só cabível quando houver impossibilidade de aplicação de outra medida cautelar (BRASIL. Artigo 282, § 6º, CPP, 1941.)

Infelizmente, por ausência de mais informações, não é possível inferir se os autores realmente acreditavam que a prisão preventiva, mesmo com a volta do conceito de “ordem pública”, seria medida excepcional. Fato é que o Senado tampouco tocou nesse ponto e assim o texto do artigo 312 restou inalterado.

---

<sup>13</sup> Parecer de João Campos sobre Emenda Substitutiva Global de Plenário extraído da ficha de tramitação da PL 4208/2001. BRASIL, Projeto de Lei nº4028, de 12 de março de 2001, cit.

<sup>14</sup> *Ibidem.* Trecho comum aos 02 pareceres supracitados.

Em seguimento aos tramites, foram aprovados por unanimidade os pareceres das comissões e, em abril do ano seguinte, foi votada a aprovada a Redação Final do PL (mantido o texto sem a inserção do reexame obrigatório da medida cautelar pelo juiz ou tribunal que a havia decretado) que, no dia 04 de maio de 2011, seria transformado na Lei Ordinária 12.403<sup>15</sup>, ironicamente batizada de “Lei das Prisões”, conforme consta no site da Câmara dos Deputados.

Importa recordar que, desde a Comissão que redigiu o anteprojeto, em 2000, já eram amplamente conhecidos o déficit prisional e o problema do superencarceramento brasileiro, cujos números eram alarmantes. Ainda assim, após 11 anos de tramitação do projeto, pode-se dizer que ele fora “votado às pressas”, vez que a criação do Infopen, no Ministério da Justiça, integrado pelo CNJ, apresentou uma realidade ainda mais triste e em colapso do que se esperava.

Quando os meios de comunicação divulgaram a informação de que em 11 Estados brasileiros o número de presos provisórios superava o número de condenados definitivos, a Casa Legislativa apressou-se para votar a Lei 12.403/2011, criando as medidas cautelares diversas da prisão em resposta ao problema carcerário.

## **1.2 A repercussão política pós aprovação da Lei 12.403/2011**

Imediatamente após a aprovação do Projeto de Lei 4.208/01 pelo Plenário, o portal de notícias da Câmara dos Deputados publicou texto no qual colocava em primeiro plano, como

---

<sup>15</sup> BRASIL, Lei nº. 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em site: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12403-4-maio-2011-610596-norma-pl.html> Acesso em: 01/06/2017 às 01:17.

não poderia deixar de ser, a criação das medidas cautelares, criadas como alternativa à prisão preventiva<sup>16</sup>.

Destacou a criação “*nove instrumentos à disposição do juiz para limitar direitos do acusado sem precisar prendê-lo, no caso de infrações com menor potencial ofensivo*”<sup>17</sup>, reforçando ainda que, à época, para garantir a ordem pública e o andamento do inquérito ou do processo o juiz tinha de recorrer à prisão preventiva.

A expectativa do Executivo e da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) era clara. Esperavam que as medidas cautelares diminuíssem o índice de presos provisórios do País, que naquele momento representava 44% do total da população carcerária. Tal esperança, como se verá ao longo deste trabalho, nunca se confirmou.

Além disso, através da leitura de discursos proferidos por deputados no Plenário da Câmara, em data próxima à aprovação do texto do Projeto de Lei, é possível concluir que as mudanças promovidas não haviam gerado consenso a respeito da aplicação da nova lei.

A primeira fala<sup>18</sup> registrada no sítio eletrônico da Câmara, datada do dia 15 de junho de 2011, é da Sra. Keito Ota. Segundo ela, a lei favorecia a impunidade, pois, se mesmo antes das alterações no Código de Processo Penal os criminosos não permaneciam presos, “*imaginem agora, com uma ajudinha da própria lei*”. Ainda de acordo com a deputada, quando do início da vigência da Lei 12.403, “*salvo para os crimes considerados gravíssimos, quase nenhum criminoso permanecerá encarcerado após praticar várias espécies de crimes que afetam diariamente a sociedade*”. Conclui-se a partir daí, portanto, que para parte da classe política a lei era sinônimo de impunidade.

---

<sup>16</sup> CRUZ, Saulo. *Plenário aprova criação de alternativas à prisão preventiva*. Agência Câmara Notícias, Direito e Justiça. 12 de abril de 2011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12403-4-maio-2011-610596-norma-pl.html> Acesso em: 01/06/2017 às 01:30.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Comentário da Deputada Keito Ota acerca da aprovação da Lei 12.403/2007. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=153.1.54.O&nuQuarto=94&nuOrador=3&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=17:06&sgFaseSessao=GE&Data=15/06/2011&txApelido=KEIKO%20OTA,%20PSB-SP> Acesso em: 01/06/2017 às 01:35.



Olvida-se, entretanto, que a prisão provisória, como prisão processual que é, tem caráter cautelar, de modo que deveriam ser presos aqueles que efetivamente se apresentassem na condição de perigosos para o processo e sua efetividade, e não para a sociedade, fazendo com que a periculosidade não seja presumida, mas comprovada.

O deputado Geraldo Resende, por sua vez, fez um discurso<sup>19</sup> mais ponderado, assegurando não ser possível crer na instalação da impunidade por meio das alterações trazidas pelo novo dispositivo legal. Para ele, a lei era fruto da necessidade de se modernizar o sistema penal por meio de novos instrumentos jurídicos, “*de um lado para atender ao princípio das garantias individuais e respeito aos direitos humanos, e, de outro, dispor ao sistema judiciário de meios de limitação dos direitos de acusados sem precisar prendê-lo, no caso de infrações com menor potencial ofensivo*”, uma fala realmente condizente com a explicação de motivos encaminhada pela Comissão de Juristas que formulou o anteprojeto. Então, conclui o parlamentar fazendo praticamente um apelo às autoridades judiciárias, segundo o qual elas deveriam ter “*bom senso*” para que o réu não ficasse preso por anos no aguardo de um julgamento e depois seja absolvido. Em suas últimas palavras, ele afirmou: “*é evidente que prevalecerá a sensatez*”. Acontece, todavia, que com esta fala o parlamentar vaticinou, sem ter a intenção de tal, que as brechas interpretativas presentes no texto da nova lei possibilitariam seu manejo à gosto do judiciário, e não em favor das garantias Constitucionais, como será discutido nos próximos capítulos deste trabalho.

Continuando a análise, o discurso de legislador Domingos Dutra<sup>20</sup> negou o que, segundo ele, estava sendo usado para amedrontar a sociedade brasileira, de que o novo dispositivo legal seria responsável pela soltura de 200 mil presos brasileiros, ou seja, a totalidade de detentos provisórios contabilizado naquela época, fato que ele tratou de repudiar. Em seus dizeres, fica clara a pressão social existente e contrária à aprovação da

---

<sup>19</sup> Comentário do Deputado Geraldo Resende acerca da aprovação da Lei 12.403/2007. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=177.1.54O&nuQuarto=4&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=14:06&sgFaseSessao=PE&Data=06/07/2011&txApelido=GERALDO%20RESENDE,%20PMDB-MS> Acesso em: 01/06/2017 às 01:35.

<sup>20</sup> Discurso do Deputado Domingos Dutra acerca da aprovação da Lei. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=179.1.54.O&nuQuarto=57&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=16:48&sgFaseSessao=GE&Data=07/07/2011&txApelido=DOMINGOS%20DUTRA,%20PT-MA>. Acesso em: 01/06/2017 às 01:42

medida, que inclusive propagava boatos totalmente descolados da realidade, como o supracitado. Afora isso, também é necessário enfatizar que as medidas cautelares diversas da prisão eram frequentemente esquecidas pelo debate, ou, se lembradas, em regra eram tratadas como antônimos de prisão, e, portanto, como liberdade, e não como alternativas de controle acessório à detenção.

A comoção social citada pelo Sr. Domingos Dutra, no entanto, não era espontânea. O deputado Onyx Lorenzoni, um dos maiores contestadores da lei 12.403, fez duras críticas<sup>21</sup>, com base no que havia sido noticiado pela imprensa, de que milhares de prisioneiros estavam sendo liberados das prisões brasileiras porque havia sido praticamente revogado um dispositivo fundamental, no caso, a prisão preventiva. À par o claro desconhecimento do parlamentar acerca desta modalidade de prisão cautelar e de sua legalidade, que estava mantida, nota-se, em suas palavras, que para ele era evidente que a prisão, a partir do advento da nova lei, apenas existiria nos casos em que houvesse condenação transitada em julgado.

Ao fim e ao cabo, o ilustre deputado conclui que a lei 12.403/2011 havia sido aprovada em decorrência da incompetência do Governo brasileiro, “*incapaz de responder à demanda prisional no Brasil*” e, via de consequência, seguindo a sua lógica, como não havia presídios em número suficiente, liberava-se a “*bandidagem*”. Tal argumento, entretanto, era mero reflexo do senso comum, que ainda nos permeia, haja vista que há muito já se sabia que a saída para a superlotação não estava na construção de novos presídios.

Nas palavras de Manoel Pedro Pimentel<sup>22</sup>, ex-secretário de Justiça do Estado de São Paulo, em texto publicado em 1976, ao contrastar a realidade dos números de excesso populacional com o custo para construção de uma penitenciária padrão, para 500 pessoas, e considerando apenas 50% dos mandados de prisão por cumprir, se todo o orçamento do Brasil à época “fosse colocado a serviço dessas construções, como solução tradicional do problema do crime, nós ainda não teríamos resolvido o problema, porque os mandados de prisão

---

<sup>21</sup> Discurso do Deputado Onyx Lorenzoni acerca da aprovação da Lei. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=178.1.54.O&nuQuarto=62&nuOrador=1&nuInsercao=7&dtHorarioQuarto=11:02&sgFaseSessao=OD&Data=07/07/2011&txApelido=ONYX%20LORENZONI,%20DEM-RS>. Acesso em:01/06/2017 às 01:43h.

<sup>22</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. Brasil Rotário, jul. 1976.

crecem à razão de um mil por mês, demandando ainda a construção de duas penitenciárias por mês, o que se fosse possível, em termos econômicos, não seria possível em termos de construção, em termos de engenharia”. Tais números, enfatiza-se, considerando o ano 1976 e apenas o Estado de São Paulo. Desta maneira, não há dúvidas, afora extensa bibliografia crítica do superencarceramento, que a solução para o problema das superlotações por obvio não passava, nem passa, pela existência de presídios em número suficiente ao necessitado (PIMENTEL, 1976).

No mesmo sentido, o Relatório<sup>23</sup> produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em setembro de 2013, destacou que a manutenção de quantidades relativamente grandes de pessoas privadas de liberdade a espera de julgamento não é uma boa prática de gestão penitenciária, em razão dos custos que implica, haja vista que a aplicação da prisão processual não é nem um pouco excepcional, fazendo com que os recursos do sistema penitenciários sejam sempre insuficientes.

Por fim, para finalizar essa extensa exposição de como os legisladores tinham interpretações muito dissonantes a respeito da aplicação da Lei 12.403/2011 entre si, - o que deixa nítidas por si só as indefinições em torno de um conturbado processo legislativo que deu origem ao dispositivo legal - há ainda o discurso<sup>24</sup> do Sr. Carlos Souza, proferido aproximadamente dois após o início da vigência da lei. Das palavras do deputado, percebe-se que não havia dúvidas quanto ao esvaziamento das prisões em virtude da nova lei, e o problema não era apenas esse, já que o parlamentar cita o promotor Marcelo Rovere, segundo o qual “*a pessoa que é presa e colocada imediatamente em liberdade desacredita o trabalho da polícia*”<sup>25</sup>.

Em seguida, o parlamentar ainda afirma que em decorrência aprovação das medidas cautelares diversas da prisão, seria comprometida seriamente a segurança pública, com a

---

<sup>23</sup> CIDH e OEA, Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>. Acesso em 31/05/2017, às 23:39.

<sup>24</sup> Discurso do Deputado Carlos Souza acerca da aprovação da Lei. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=253.1.54.O&nuQuarto=32&nuOrador=2&nuInsercao=40&dtHorarioQuarto=10:33&sgFaseSessao=BC&Data=21/09/2011&txApelido=CARLOS%20SOUZA,%20PP-AM> Acesso em:01/06/2017 às 01:46h.

<sup>25</sup> *Idem*.

possibilidade de elevar drasticamente os índices de criminalidade e violência, aumentando “o sentimento de impunidade e insegurança da população”. Em continuidade, afirma que pelo menos 100 mil presos por foça de prisão preventiva poderiam ser colocados em liberdade ainda naquele ano, reiterando o discurso que associa as medidas cautelares introduzidas através da reforma à liberdade, e não como alternativa a prisão, o verdadeiro motivo pelo qual foram elas inseridas na ordem vigente, de acordo com preceitos previstos constitucionalmente. A liberdade, enquanto bem essencial ao desenvolvimento humano, é a regra. O excepcional está na prisão.

Mais uma vez o que se percebe é um apelo às autoridades policiais e ao judiciário para que sejam “*bastante criteriosos na aplicação dessas medidas, sob pena de tirarmos os bandidos das celas e colocarmos o cidadão de bem atrás das grades*”<sup>26</sup>. Mas, afinal de contas, quais critérios seriam esses que estariam a cargo da discricionariedade do judiciário, e não elencados no dispositivo legal, como havia sido feito através da Lei 12.403/2011?

Para encerrar a presente contextualização em torno da repercussão política dada à aprovação da Reforma Processual, em notícia publicada<sup>27</sup> no portal da Câmara dos Deputados, logo no início da vigência dos novos dispositivos introduzidos através da Lei 12.403, mostrava-se mais uma vez transparente a preocupação em desassociar a lei da soltura em massa de presos, na visão do próprio Presidente da OAB à época, Délio Lins e Silva Júnior. Segundo o jurista, ao tempo em que as medidas cautelares diversas da prisão resultavam em um salto da legislação no que diz respeito aos direitos e garantias previstos na Carta Magna, era falacioso dizer que os presos provisórios seriam soltos, pois aqueles que efetivamente representavam perigo à sociedade permaneceriam em cárcere.

Percebe-se, pelo tom do discurso do ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, clara intenção em conter os alardes que circundavam a aprovação da lei, no sentido de que imenso contingente prisional seria colocado em liberdade. Não obstante, o advogado criticou, por outro lado, o fato de a nova regra em vigor não impor um limite à prisão preventiva e mantê-la nos casos de “garantia da ordem pública”, para o qual, em acordo com

---

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> CRUZ, Saulo. 2011. Cit.

os juristas que compuseram a Comissão que apresentou o anteprojeto da lei, “*trata-se de um conceito abstrato, que abre as portas para a arbitrariedade.*”<sup>28</sup>”

Na mesma matéria, o assunto também foi tocado pelo Deputado João Campos, responsável pela apresentação da Emenda Substitutiva Global de Plenário que havia reinserido os conceitos de ordem pública e econômica no caput do artigo 312 do CPP. Ao afirmar que antes do advento da nova lei o juiz poderia “apenas mandar soltar o acusado e, após, passaram a existir alternativas”, ele insere, primeiramente, as medidas cautelares no contexto de alternativas à liberdade, e não à prisão preventiva.

Depois, ao rebater as críticas que diziam respeito a possibilidade de soltura de pessoas que já estariam presas, o parlamentar afirma que só seria solto quem já deveria ter sido, vez que os fundamentos da prisão preventivas continuavam os mesmos. Trata-se, desta forma, em primeiro plano, de reforçar o argumento da cautelar como mero instrumento de controle imposto sobre aqueles que não justificavam a decretação de uma preventiva e, em segundo lugar, que a preventiva seria prioritária à própria decretação das cautelares, em contrariedade com o parágrafo 6º do artigo 282, introduzido pela própria lei 12.403/2011, que prevê a determinação da prisão preventiva apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Através dessa abordagem contextual, buscou-se rememorar o fato do foco da lei sempre ter sido o de limitar os direitos do acusado sem precisar prendê-lo, na visão dos renomados juristas que redigiram o anteprojeto, aprovado integralmente de maneira unânime pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, logo no ano seguinte à proposição. O desvirtuamento do texto inicial, principalmente no que diz respeito a reinserção dos conceitos de “garantia de ordem pública” e “garantia de ordem econômica” como justificadores da decretação da prisão preventiva, constituiu, no que tange os objetivos deste trabalho, distorção nos desígnios da reforma antes mesmo da sanção da lei, pois realizada durante o processo legislativo. Pós vigência do dispositivo legal, o que se pode diagnosticar são as distorções na aplicação dos novos dispositivos pelo Poder Judiciário, como se verá no Capítulo III deste

---

<sup>28</sup> *Idem.*

trabalho, que geraram resultados no encarceramento opostos aos pretendidos quando da elaboração do anteprojeto e aprovação da lei, tanto em relação à superlotação dos presídios quanto em relação ao respeito aos princípios garantias Constitucionais.

### **1.3 A pedra de toque do conceito de ordem pública e econômica**

Como se viu, ao longo do processo legislativo, que persistiu por mais de 10 anos, do anteprojeto, passando pela discussão do projeto, até chegar à votação do texto final, ocorreram, como é de se esperar, mudanças na redação de determinados dispositivos, frutos das discussões que permeiam a aprovação de uma nova lei.

Verificou-se, não obstante, que uma alteração significativa foi proposta e inserida no texto da lei sem maiores debates e justificativas. Trata-se, como já exposto, da reinserção dos conceitos vazios de garantia de ordem pública e econômica, sugeridos através da Emenda Substitutiva Global de Plenário, apresentada em 2007, cuja justificação geral era a de que proposta decorria da “*necessidade de atualização do projeto*” em razão da “*evolução da jurisprudência*”<sup>29</sup>. A contradição, todavia, reside no fato de que os referidos conceitos nada têm de modernos, vez que resgatados do próprio texto original do Código de Processo Penal, aprovado em 1941.

Originalmente, assim era a proposta para o artigo 312 do CPP:

A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. (BRASIL. Artigo 312, Código de Processo Penal, 1941.)

---

<sup>29</sup> BRASIL. Ficha de tramitação PL 4.208. Cit.

O esforço feito para dar maior cientificidade à prisão preventiva, retirando-lhe conceitos vagos e indeterminados, o que conseqüentemente reduziria a discricionariedade judicial, entretanto, não logrou êxito (BARROS/AMORIM, 2011)<sup>30</sup>.

A prisão para garantia da ordem pública, “*conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico*” (LOPES JR, 2011, p. 648.)<sup>31</sup>, remonta a Alemanha da década de 30, período em que o nazi fascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender (LOPES JR, op. cit.). A recorrência ao conceito e suas acepções mais comuns, como risco à reiteração delitiva e periculosidade, tem raízes históricas em projetos de poder que em nada se relacionam ao nosso processo de construção democrática.

Nas palavras de Amaral, vê-se que o conceito é também reflexo da pós-modernidade. De acordo com o jurista:

“A sociedade atual, por ser uma sociedade surpreendentemente mais complexa e dinâmica que as sociedades precedentes, passou a necessitar de mais dispositivos legais, os quais dispusessem sobre essas novas e surpreendentes situações surgidas. Até então, devido à maior simplicidade das sociedades, e conseqüentemente de suas instituições, o legislador tinha condições de dispor legislativamente sobre as poucas situações existentes, pois eram, como já dito, contexto existenciais mais simples. Na pós-moderna o legislador viu-se esgotado em suas possibilidades, pois é um simples ser humano. (...) E reconhecendo-se limitado para legislar sobre tudo o que se passa nessa sociedade, passou a recorrer como termos genéricos, inserindo expressões de sentido vago nas leis que passou a formular” algo que, inegavelmente, contribui para o controle social. (AMARAL, 2012, p. 96)<sup>32</sup>.

O problema é que os conceitos indeterminados abrem enormes possibilidades de fundamentação de decisão que decreta a prisão preventiva, “*possibilitando o uso de*

---

<sup>30</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães/MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares*, Rio de Janeiro, Editora Del Rey, 2011, 246 p.

<sup>31</sup> LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª ed. atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2015, 1148 p.

<sup>32</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. *Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal*. São Paulo. Editora JH Mizuno, 2012, 182 p.

*argumentos como, por exemplo, a comoção social, a repercussão do fato, a possibilidade de reiteração, bem como a gravidade do fato”*. (BARROS/MACHADO, 2011, p. 4).

Nesse sentido:

Tal é sua vaguidade semântica que segue a ponto de dispensar os demais requisitos previstos no próprio artigo 312 e no artigo 282. Basta que o discurso recorra a determinados argumentos dirigidos a certos fins, que se sustentará a prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública para evitar delitos futuros, para a garantia física do acusado, para acalmar os ânimos da população, para evitar clamor popular, com base na gravidade abstrata do crime, com fundamento da periculosidade presumida do acusado. (AMARAL, 2012, pg. 96).

Atualmente, como bem ressaltou o professor Pacelli, a jurisprudência dá sinais “*de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão*”<sup>33</sup>(PACELLI, 2011, p. 37). Trata-se do risco de reiteração delitiva, geralmente fundada na presumível periculosidade do agente, por convicção extraída da análise da pesquisa de antecedentes criminais do investigado ou acusado, que talvez explique a permanência do conceito.

Quando decretada com base na futurologia da possível reiteração delitiva, a medida cautelar justificada com base garantia da ordem pública fere duplamente o princípio da presunção de inocência. A uma, porque parte da premissa de que o imputado efetivamente praticou o delito pelo qual está sendo julgado, do qual extraí uma “personalidade direcionada ao crime” e justificaria o temor de que ele praticasse outro; a duas, porque deduz que a liberdade do acusado influencia aqueles ao seu redor. (ALMEIDA, 2003)<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Oliveira, Eugênio Pacelli de, *Atualização do Processo Penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2011, p. 37.

<sup>34</sup> ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Afinal, quando é possível a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública?*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 2003, nº 44, p. 75.



Em verdade, a ausência de um referencial semântico para “ordem pública” e “ordem econômica”, permite que a decisão que decreta a prisão preventiva seja utilizada, a fim de preservar a credibilidade do Estado e do Poder Judiciário (BARROS/MACHADO, *ibidem*), confundindo assim a função de segurança pública com a função jurisdicional própria do processo penal. Portanto, desviando das próprias características da cautelaridade, a prisão preventiva ganha contornos de uma pena antecipada, contrária, assim, ao princípio da presunção de inocência.

Em boa parte dos casos, como será visto no capítulo III deste trabalho, o acautelamento não objetiva a tutela do processo e sua utilização serve à antecipação de efeitos típicos da pena. Como registra o Professor André Nicolitt:

(...) quando a prisão cautelar é dirigida a evitar a prática de infrações penais, ou tutelar a ordem pública, o clamor público, a ordem econômica, assegurar a credibilidade da justiça, o que se busca na verdade, diversamente da tutela do processo, é o controle social, a prevenção, geral ou específica, que é o objetivo da pena e não das medidas cautelares. (NICOLITT, 2011, p. 69.)<sup>35</sup>.

A supressão e, portanto, a proibição expressa do uso do conceito legal, enfraqueceria, pensava-se, a força normativa de grande parte das medidas cautelares estabelecidas pela Lei nº 12.403/11, mas o que se verificou na prática foi que a manutenção do conceito, em contrapartida, que prejudicou a força das cautelares, como se verá adiante.

Assim, pode-se concluir que a medida cautelar motivada pela garantia da ordem pública, independentemente de sua justificação concreta, transcende ao caso penal ao qual deveria estar vinculado e “*Apela para valores difusos e sentimentalismos. Não há referência a proteção de testemunhas, da vítima ou a qualquer outro elemento sensível de prova. É puro exercício do poder de polícia.*” (BORGES, 2012. p. 448)

---

<sup>35</sup> NICOLITT, André Luiz. *As Medidas Cautelares elencadas no Art. 319, CPP, introduzido pela Lei nº 12.403/11, O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal*, Rio de Janeiro, EMERJ, Elsevier, 2011, p. 69.

Neste sentido:

“Aplicar a prisão para solucionar problemas alheios à esfera judicial é compactuar com o encolhimento do Estado Democrático de Direito, cobrir suas deficiências e incapacidades e estimular a manutenção do status quo. A recorrente utilização dos fundamentos da garantia da ordem pública e da ordem econômica militam nesse sentido, uma vez que são ligados, essencialmente, a fins materiais penais próprios da pena.”<sup>36</sup>

Ao homenagear a manutenção da ordem pública e econômica, o texto da lei 12.403/2011, que buscava reduzir a incidência de prisões provisórias através de medidas cautelares, ou seja, inserindo-as como alternativa à prisão antes do término do processo de conhecimento, teve seu objetivo frustrado.

Como se vê, essa imprecisão de sentido não passou despercebida e recebeu diversas críticas da abalizada doutrina, “*mas os interesses políticos nem sempre estão em sintonia com o nível de evolução dogmática que o Direito Processual Penal atingiu*” (LOPES JR, 2011, p. 03), conforme extrai-se redação do voto em separado do Deputado Luiz Antônio Fleury, único membro da CCJC a votar contra o parecer que havia aprovado o anteprojeto na integralidade: “*o Projeto está abolindo a ordem pública como circunstância ensejadora de preventiva, o que reduzirá dramaticamente a possibilidade de prisão provisória, fragilizando a proteção do corpo social e beneficiando tão somente criminosos violentos*” (BRASIL, Diário da Câmara dos Deputados, 2002).

## **CAPÍTULO II - ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011**

### **2.1. Breve contextualização da criação do Código de Processo Penal – Decreto Lei 3.689 de 1941**

---

<sup>36</sup> CAZABONNET, Brunna Laporte. *Punitivismo e medidas cautelares pessoais: uma análise criminológica e processual da expansão do controle penal*. Porto Alegre, 2013. 204 f. Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais.

O Código de Processo Penal brasileiro, quando editado e sancionado, 66 anos atrás, fora feito em um “*contexto autoritário e de presunção de culpa, com a adoção sem critérios das ideias das Escolas Positivista e Técnico Jurídica e sob influência do Código Rocco*” (MENDONÇA, 2015. p. 15)<sup>37</sup>. Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, nosso CPP foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. Sua análise histórica a partir do contexto no qual foi editado comprova que, em sua redação originária, não se protegia a liberdade de maneira adequada. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de Motivos, como bem sublinha o professor Pacelli. (OLIVEIRA, 2014)<sup>38</sup>.

Extraí-se, desta maneira, que o princípio fundamental norteador do Código de Processo Penal era o da presunção de culpabilidade. “*Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente?*” (OLIVEIRA, ibidem, op. cit.) O raciocínio do mencionado jurista, evidentemente, só pode ser explicado a partir do pressuposto de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, pois, já que ninguém acusa quem é inocente, presume-se a culpa.

À luz de ideias como esta, a regra era a prisão ao longo do processo e a liberdade a exceção. O legislador assumia perigo em face de determinadas categorias de pessoas, que eram consideradas ameaças constantes. (MENDONÇA, 2015). De acordo com Pacelli, na redação primitiva do Código de Processo Penal, até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de apenação da infração penal (o antigo art. 596, CPP). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente

---

<sup>37</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Análise crítica da prisão preventiva na Lei 12.403/2011: proposta à luz de modelos estrangeiros e da Convenção Americana de Direitos Humanos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: doi:10.11606/D.2.2015.tde-13102015-140437. Acesso em: 01/06/2017 às 03:07.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Direito Penal*, 18 ed. rev. e ampl. atual, São Paulo, Editora Atlas, 2014, 1067 p.

cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automática e obrigatoriamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse (OLIVEIRA, 2014.), em um evidente autoritarismo.

No contexto do encarceramento, por sua vez, o tema da prisão foi o que mais sofreu alterações e mutações no regime do CPP. Estas decorreram basicamente de quatro movimentos: “*o desenvolvimento das ideias de processo penal constitucional, a proteção internacional dos direitos humanos, as noções de cautelaridade e as ideias de prisão-pena como ultima ratio (despenalização)*” (MENDONÇA, *ibidem*. p. 19) sendo os dois últimos focos deste trabalho. Por hora, cumpre ressaltar que estes movimentos trouxeram ganhos para o acusado, pois conseguiram impor certos limites à prisão preventiva.

A partir da Lei nº 12.403, de 5 de maio de 2011, mais e melhor foi esclarecida a natureza acautelatória de toda restrição de direito no curso do processo penal, vez que também foram exigidas, inexoravelmente, ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. As cautelares pessoais, que incluem a prisão preventiva, dependem, para seu decreto, de fundamentação judicial, conforme se vê do texto expresso do art. 283, caput, CPP, atualizado em virtude do advento da lei.

Apesar das atualizações inseridas no texto da lei, os intuitos manifestos deste novo dispositivo legal não conseguiram surtir efeitos na realidade. Se no Brasil os resultados das leis, independente da sua temática, são muitas vezes classificados entre o “pegou” e o “não pegou”, poderia se dizer que a lei 12.403 ainda “não pegou”, ao menos se colocados os resultados produzidos ao lado dos pretendidos. Contudo, não há o que se estranhar. Em virtude das origens do nosso Código de Processo Penal, fundado numa cultura de poder autoritário, como aquela do regime fascista da década de 1930, no qual predominava o estado de polícia, foram produzidas várias gerações de juristas e de aplicadores do Direito para os quais a ideia da prisão processual é regra, sendo que, ainda hoje, persiste essa lógica.

Tal cultura jurídica mostra por si só que, diante de tal cenário, por mais que fossem necessárias as medidas cautelares diversas da prisão para proceder o ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes ao cárcere e à liberdade provisória, a mudança efetiva nos horizontes de encarceramento não deveria perpassar exclusivamente, como foi o caso, mas nem sequer preferencialmente, pela crença no poder judiciário, que conduz o processo penal e está envolto pelas tradições autoritárias já explanadas.

Ainda assim, as alterações realizadas pela Lei 12.403/2011, principalmente no que diz respeito às medidas cautelares inseridas no texto legal, não foram realizadas sem devida inspiração no direito comparado, cujos sistemas de países como Itália e Portugal já haviam apresentado possíveis saídas para o problema da falta de sincronia da prisão processual com as garantias constitucionais.

## **2.2 A inspiração das medidas cautelares no Direito Comparado**

De acordo com as justificativas explicitadas na Explicação de Motivos encaminhada juntamente com o anteprojeto da lei, os Juristas que fizeram parte da Comissão, que redigiu diversas propostas de reformas processuais penais através de intensos debates ao longo de um ano, buscaram proceder ao ajuste do sistema às demandas constitucionais relativas à prisão e à liberdade provisória. Desta maneira, colocaram o sistema em consonância com legislações estrangeiras, de moldes constitucionais próximos aos nossos, que inspiraram diretamente a lei 12.403/2011, vez que os países haviam passado por reformas semelhantes buscando reduzir o encarceramento, como são os casos de Itália, Portugal e Chile. Dessa forma, o Direito Comparado pode ser definido como o “*campo jurídico destinado à investigação pelo método comparativo dos vários sistemas vigentes de outros países, num processo de construção, para fins de aprimoramento do direito pátrio*”<sup>39</sup> (BIZINOTTO, 2014, p.16).

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988 ficou constituído um sistema de amplas garantias e direitos individuais, a começar pela excepcionalidade da imputação de

---

<sup>39</sup> BIZINOTTO, Willa Rogério. O novo regime jurídico das Medidas Cautelares como Alternativa à Prisão Cautelar. EMERJ, 2015. 21 p.

qualquer penalidade, principalmente daquelas que privam o indivíduo de sua liberdade antes de condenação. Além disso, a antecipação da culpabilidade e da periculosidade, que eram características do Código de Processo Penal de 1941, teoricamente, em razão do advento da presunção de inocência, deveriam ter sido abolidas.

Assim, devido à inegável tendência na diminuição ou contenção responsável do encarceramento, “*em virtude dos malefícios evidentes de sua aplicação e execução, sobretudo em sistemas penitenciários incapazes de respeitar condições mínimas de existência humanamente digna, passou-se a adotar, aqui e mundo afora, medidas alternativas ao cárcere*”<sup>40</sup>. A expectativa era que, entre prender e soltar, o juiz pudesse ter soluções intermediárias.

Então, a partir da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, esperava-se que a regra passasse a ser a imposição preferencial das novas medidas cautelares, “*deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa*”, como bem salienta Pacelli. (OLIVEIRA, 2014, p. 504). Por conseguinte, a prisão preventiva passou a ocupar o último grau (*ultima ratio*) das preocupações do processo, somente tendo cabimento quando *inadequadas*<sup>41</sup> ou *descumpridas*<sup>42</sup> as medidas cautelares diversas da prisão. Esta orientação, atual norte da legislação processual penal brasileira, como já dito, tem inspiração em dispositivos que já constavam nos códigos processuais penais de Portugal e da Itália.

Assim sendo, nota-se que as medidas cautelares pessoais no Brasil se espelharam na legislação portuguesa, “*conforme se lê do art. 197 e seguintes do Código de Processo Penal de Portugal, lá tratadas como medidas de coação*”, e que, por sua vez, “*se inspiraram no Código de Processo Penal italiano e suas medidas coercitivas previstas no artigo 280 e seguintes.*” (OLIVEIRA, 2014, p. 508)

---

<sup>40</sup> BRASIL .SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Projeto de Lei n.156/2009. Acesso em 01/06/2017 às 3:46.

<sup>41</sup> BRASIL. Artigo nº 310, inciso II, Código de Processo Penal, 1941.

<sup>42</sup> BRASIL. Artigo nº 312, parágrafo único, Código de Processo Penal, 1941.

Temos que no Código de Processo Penal italiano as medidas cautelares pessoais são: proibição de sair do território nacional sem autorização judicial (art.281), obrigação de se apresentar a Polícia Judiciária em dia e hora determinados pelo juiz (art. 282), obrigação de deixar imediatamente a casa da família e dela se afastar e não retornar sem autorização judicial (art. 282-bis), proibição de se ausentar sem autorização judicial (art. 283), prisão domiciliar (art. 284), prisão cautelar (art. 285) e internação cautelar (art. 286 e 286-bis).

O Código português, como dito, prevê medidas de *coação*. Verifica-se que lá a prisão preventiva constitui a última das medidas de coação a ser aplicada, só cabendo quando inadequadas ou insuficientes medidas menos severas. A Espanha também coloca a prisão como exceção, apenas tendo lugar quando as demais medidas cautelares não forem suficientes. Arrola, entre outras, a proibição de frequentar locais específicos ou residir em determinadas localidades. O país, no entanto, ainda não abarca várias medidas, como as que foram introduzidas pela lei brasileira. No Chile, por sua vez, artigo. 155 do Código de Processo Penal, que elenca as medidas cautelares diversas, prevê um total de oito delas.

A reforma operada pela lei 12.403/2011, entretanto, perdeu uma grande oportunidade de resolver o problema da falta de definição em lei da duração máxima da cautelar e também da previsão de uma sanção processual em caso de excesso. Desse modo, Aury Lopes Jr. ressalta que “*o limite aos excessos somente ocorrerá quando houver prazo com sanção. Do contrário, os abusos continuarão.*” (LOPES JR, 2014, p. 601).

Infelizmente, por motivos políticos atinentes ao processo legislativo, foi desperdiçada a chance de inserir dispositivo que dispusesse sobre o reexame obrigatório, por parte do juiz ou tribunal, da medida cautelar decretada. Infere-se que o Senado, ao apresentar sua emenda substitutiva, em consonância com o Direito Comparado, havia inserido o parágrafo 7º ao artigo 282, que previa:

O juiz ou tribunal que decretou ou manteve a medida cautelar, inclusive a prisão preventiva, a reexaminará, obrigatoriamente, a cada 60 (sessenta) dias, ou em prazo menor quando situação excepcional assim o exigir para,

fundamentadamente, avaliar se persistem os motivos que a ensejaram. (BRASIL. 2009, Ficha de Tramitação PL 4208/2001).

Apesar do parecer favorável à mudança, apresentado pelo relator da CCJC, José Eduardo Cardozo, a análise apresentada pelo relator da CSPCCO, que restou acatada neste ponto quando da aprovação do texto final da Lei, foi contrária à inserção do mencionado dispositivo. Segundo o parecer, a defesa, seja privada ou pública, já exercia esse papel deste controle. Não obstante, ainda acrescentou que:

O reexame dos motivos da manutenção da medida cautelar carece da existência de condição ou fato novo, cuja diligência é própria da defesa e, impormos tal ônus ao já assoberbado Poder Judiciário, seria atravancar ainda mais a lenta Justiça em nosso País, motivo pelo qual discordamos da alteração em tela. (CAMPOS, 2011).

A previsão do reexame obrigatório fixado por prazo, entretanto, melhor contemplaria os princípios da provisoriedade/precariedade, vez que impor ao magistrado olhar permanente sobre a realidade que esteve na origem do acautelamento seria mais adequado para promover o uso racional e verdadeiramente cautelar dessas medidas. Além disso, é necessário relembrar que com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, a efetiva prestação jurisdicional foi erigida a princípio fundamental, uma vez que fora acrescentado o inciso LXXVIII, ao art. 5º da Carta Magna, que estabelece o direito ao processo penal no prazo razoável. Evidente que a falta de imposição mais específica ao magistrado, no que tange o reexame periódico da cautelar, também contribui para a não observância deste preceito fundamental.

No que tange a revisão da medida, o sistema português apresenta maior evolução, prevendo o reexame a cada três meses. Chile e Espanha disciplinam a revisão com base na pena do delito que originou a medida, enquanto o Brasil permanece apenas como uma tímida previsão de acerca da revisão<sup>43</sup>, sem estabelecer prazo ou circunstâncias, aumentando imensamente a tendência de que não seja cumprida.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Artigo nº. 282, parágrafo 5º, Código de Processo Penal, 1941.



Quanto a duração da medida, que carece de previsão no ordenamento brasileiro, bem como o é a falta de uma sanção processual em caso de excesso, os sistemas europeus analisados demonstram alto grau de evolução, “*disciplinando, no caso português à exaustão, a estrita duração da medida, que varia de acordo com a espécie do crime ou a finalidade da prisão*”<sup>44</sup> (CIZABONNET/FALAVIGNO, 2015, p. 206). A exemplo da Espanha, o tempo da custódia provisória é pautado, em regra, pela necessidade e manutenção dos pressupostos que a originaram, mas, para evitar abusos, se estabeleceram períodos máximos, tais como: a) de até 3 meses, quando a pena cominada for de 7 a 15 fins de semana; b) de até 1, quando a pena cominada for de 6 meses a 3 anos; c) de até 2 anos, quando a pena cominada for superior a 3 anos.

Na Alemanha, a regra geral é a de que a prisão cautelar não possa durar mais de 6 meses, com exceção quando a especial dificuldade ou a extensão da investigação ou outro motivo atrase a prolação da sentença e justifique a constrição. Já em Portugal, o prazo é menor, a cada 3 meses o juiz tem a obrigação de revisar a cautelar determinada e se ainda permanecem os motivos e pressupostos que autorizam a medida. Na Itália, por fim, o Código de Processo Penal determina o critério de quantidade da pena em abstrato para determinar o tempo máximo de duração da prisão cautelar e para isso existe uma grande variedade de prazos, conforme a gravidade do delito e a fase em que encontra o processo. Há outras normas ligadas às medidas cautelares no direito comparado que poderiam ter servido de espelho para o Brasil. Nesse sentido, na Alemanha a prisão não poderá exceder um ano, só podendo ser prorrogada pelo tribunal superior diante da necessidade de investigação, mas pelo prazo de três meses, havendo um controle periódico independente de requerimento da parte.

Conclui-se, diante de exposto, que foi forte, importante e definidora a inspiração no Direito Comparado na influência da elaboração desta reforma processual penal, da qual vários dispositivos, principalmente os que regem as medidas cautelares diversas da prisão, beberam das fontes portuguesas e italianas. Necessário realçar, entretanto, que, não obstante os estímulos internacionais para as alterações terem sido os melhores possíveis, um processo legislativo conturbado, regido pelo interesse político, muitas vezes pautado pela mídia, é

---

<sup>44</sup> CAZABONNET, Bruna Laporte e FALAVIGNO, Chiaveli Facenda. *O sistema da prisão preventiva: análise à luz do direito comparado*. CONPEDI. Santa Catarina, 2015.

capaz de alterar bruscamente os rumos das mudanças propostas, que já naquele tempo a doutrina sabia serem necessárias, apesar de virem com atraso.

### **2.3 A reforma do Código de Processo Penal realizada pela lei 12.403/2011 no âmbito das medidas cautelares diversas da prisão**

Em 2011, quando a Lei 12.403/2011 foi aprovada, o número de presos cautelares chegava a 44% do total de encarcerados no Brasil. Se a expectativa político-econômica do poder Executivo e de parte do Legislativo que votou pela aprovação da lei era, através das medidas cautelares criadas, diminuir o índice de presos provisórios (SOUZA, 2011)<sup>45</sup> que, com o advento da nova Lei, esperava-se, apesar de não ser expressamente dito, seriam soltos – exatamente o maior pavor dos deputados que se diziam contrários ao PL 4.208 – isso se devia à excepcionalidade que passaria a ser conferida à prisão preventiva, vez que teoricamente esta se tornaria subsidiária em face das novas medidas cautelares pessoais.

A excepcionalidade da prisão preventiva foi consagrada pelo art. 282, parágrafo 6º, que a prevê como “*último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais cautelares*” (LOPES JR, 2015, p. 601). Até quando trata do descumprimento da cautelar, o texto legal faz questão de ressaltar que poderá a medida ser substituída por outra, aplicada cumulativamente, ou “*em último caso, decretar a prisão preventiva*” (Art. 282, parágrafo 4º e Art. 312, parágrafo único, CPP, 1941).

O próprio art. 310, ao afirmar que a prisão em flagrante poderá ser convertida em preventiva quando presentes os requisitos legais e “*se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*” (CPP, 1941), também traz à tona o mencionado último grau a prisão preventiva, dentro de uma ordem constitucional onde a liberdade passou a ser vista como regra.

---

<sup>45</sup> CRUZ. Saulo. *Plenário aprova criação de alternativas à prisão preventiva*. Agência Câmara Notícias, Direito e Justiça. 12 de abril de 2011, cit.

O parágrafo 5º do art. 282 (*idem.*), por sua vez, explicita o princípio da provisionalidade, vez que determina a imediata revogação ou substituição das medidas na hipótese de alteração do quadro fático que as motivou.

Tendo como norte evitar, sempre que possível, o encarceramento do indivíduo, estabelece também o art. 282 do CPP que as medidas cautelares previstas em todo o Título IX deverão ser aplicadas observando-se um dos seguintes requisitos: a necessidade para aplicação da lei penal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de delitos. Não obstante, também foram criados critérios que deveriam orientar o juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado.

Assim, quaisquer das medidas cautelares estabelecidas no Título IX do CPP se justificarão quando presentes o *fumus commissi delicti*, ou seja, um fato aparentemente punível, e o *periculum libertatis*, tido como a situação de perigo ao resultado prático do processo criada pela conduta do acusado que está em liberdade (LOPES JR. 2015), e só deverão ser mantidas enquanto persistir a sua necessidade da medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para sua manutenção.

Importa lembrar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os requisitos da preventiva. A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver restrição menos aguda que sirva para tutelar aquela situação. Ou seja, elas devem priorizar o caráter substitutivo como medidas alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado. Nesta compreensão, se dá prioridade à liberdade do ser humano, sendo a cautelar somente decretada como *ultima ratio*, apenas quando for necessária e adequada e, a prisão preventiva *ultima ratio*, somente quando a liberdade provisória e as medidas cautelares não se mostrarem suficientes para o processo e para a sociedade.

Ainda assim, “*as eventuais medidas alternativas não podem ser banalizadas e servir para aumentar a intervenção penal de forma injustificada*” (LOPES JR, 2015, p. 661), haja

vista que as medidas, como logo será visto, também impõem ao imputado severas restrições, não sendo medidas de pouca gravidade.

Se o intento político, através da inserção de tais dispositivos na legislação processual penal pátria, foi o de excepcionalizar ao máximo a prisão cautelar, contribuindo ao menos para um menor crescimento dos índices carcerários, ele buscou inspiração no Direito Comparado para trazer as dez medidas cautelares pessoais previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Entretanto, apesar das medidas cautelares terem sido inseridas visando um horizonte de menor encarceramento, pela classe política, e redução de danos com base na maior atenção dada à Constituição, por parte dos juristas, é importante ressaltar, como bem destaca Rafael Borges, que dentre suas dez espécies, pelo menos seis têm nítida natureza punitiva, servindo, tácita ou expressamente, ao argumento de evitação da reiteração delitiva e manutenção da ordem pública (BORGES, 2012).

Portanto, o surgimento das medidas cautelares alternativas à prisão, por força dos altos índices de presos provisórios, buscou garantir a efetividade do processo sem a necessidade-obrigação de que se recorresse à prisão cautelar. Ocorre que, como prognosticado por diversos comentaristas da lei nº12.403/2011, havia de se tomar cuidado para que as novas medidas diversas da prisão não se tornassem em um instrumento de expansão do direito penal, constituindo simples formas alternativas de controle, alcançando condutas e pessoas que, sob o regramento anterior, não mereceriam qualquer tipo de “tratamento” penal, como vem sendo feito na prática, conforme será abordado no próximo capítulo. Colocando mais restrições sobre aqueles que não se enquadravam nos requisitos legais, apenas contribui-se para a criação de uma nova faixa de pessoas, em regra marginalizadas, sob controle permanente do Estado.

## **2.4 A Exigência da ordem escrita e fundamentada**

Preceitua o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que todas as decisões que decretem ou deixem de decretar medidas cautelares devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade absoluta destas. De mais a mais, o texto da Carta Magna, em seu aclamado artigo 5º, por meio do inciso LXI, também afirma a imperiosidade de fundamentação, segundo o qual “*ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*”. (BRASIL, CRFB, 1988)

As medidas cautelares, em especial, por atuarem na restrição de direitos individuais, se submetem à mesma regra, sendo que a “*adoção de provimentos cautelares deve vir adequadamente justificada, segundo as características da cognição realizada.*” (GOMES FILHO, 2001, p. 291)<sup>46</sup>.

Não obstante, o advento da reforma realizada pela Lei 12.403/2011 o texto que substituiu o antigo art. 282 do Código de Processo Penal, também inseriu o princípio da motivação, em decorrência do qual o juiz deve, em um primeiro momento, justificar a necessidade da medida decretada, considerando que todas elas são excepcionais e a regra é a liberdade do indiciado ou acusado. Então, após justificada a necessidade da medida, será necessário que o juiz explicita, de forma clara, a opção entre uma ou mais medidas cautelares, justificando sua conveniência, em detrimento das demais. “*Quanto mais rigorosa a medida, melhor deve ser a fundamentação exigida da autoridade que a decreta*” (AMARAL, 2012, p. 140). Como se não bastasse, o modificado artigo 315 do CPP exige que a decisão que decretar prisão preventiva deverá ser sempre motivada.

A fundamentação das decisões, todavia, não perpassa apenas pela referência ao dispositivo legal que motivou a decretação (STF RT 495/284), não sendo admissíveis, como motivação, meras ilações de que o réu solto poderá novamente cometer delitos ou se esquivar dos efeitos de uma possível condenação, mas sim fatos concretos (STF : RTJ 73/411), nada impedindo, entretanto, que o magistrado se refira aos fatos constantes na representação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, desde que convincentes.

---

<sup>46</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo, Editora RT, 2001.

Sendo a prisão última ratio dentre as cautelares, que já são última ratio frente a possibilidade de liberdade provisória, deverá, portanto, ser apenas justificável quando ausentes medidas menos gravosas que possam dar conta da situação de perigo. Para tanto, utilizando-nos do caso brasileiro como exemplo, o juiz deveria inverter sua lógica de fundamentação e explicar por que as medidas cautelares diversas são insuficientes para tutelar o fato que exige a cautelaridade. Todavia, além da materialidade e dos indícios de autoria, o *periculum libertatis* deve se fazer presente, pois, apesar de em menor grau, a restrição de liberdade também é característica dessas medidas (CRUZ, 2011)<sup>47</sup>.

Como bem sublinhado pelo professor Aury Lopes Jr., “*só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder dela emanado e, principalmente, se foram observadas as regras do devido processo penal*” (LOPES JR, 2011. p. 19). De tal maneira, serve para o controle da eficácia do contraditório, pois permite ao indiciado ou acusado refutar devidamente, ou, no mínimo compreender, qual a razão da decisão que lhe retirou garantias fundamentais.

Ademais, como já tratado no âmbito do direito comparado, faz-se importante salientar que sempre que cessados os motivos invocados na fundamentação da decretação de quaisquer das medidas elencadas, o juiz não deve tardar em revoga-la, apesar de nesse aspecto ter se omitido o texto aprovado em maio de 2011, quanto à fixação de prazo sancionador para tal, que apenas prevê que o juiz poderá revogar a cautelar quando verificar falta de motivo para que ela subsista (BRASIL, CPP, art. 282 §5º)

Eis que a motivação da decisão escrita e fundamentada, anteriormente prevista no texto Constitucional, mas reforçada por mecanismos da Lei 12.403/2011, serve para controle da racionalidade da decisão, como conclui Aury Lopes Jr: “*Nesse sentido, o mais importante é explicar o porquê da decisão, que demonstrará o saber que legitima o poder.*” (LOPES JR. 2015. p. 102). Desta maneira, Pacelli inverte a lógica o texto legal para arrematar que provisória é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições à direitos subjetivos. Dessa forma, “*a liberdade é a regra; mesmo após*

---

<sup>47</sup> CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão Cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011. 246 p.

*a condenação transitada em julgado, a prisão eventualmente aplicada não será perpétua, isto é, será sempre provisória*” (OLIVEIRA, 2014, p. 494). Há, pois, a necessidade de fundamentar decisão que afastará (ou no mínimo restringirá) garantias individuais permanentes do acusado ou indiciado.

Além do mais, uma medida cautelar bem fundamentada também possibilitará melhor entendimento a respeito do seu fim, ou seja, quando não será mais necessária para garantir a conveniência da investigação ou instrução. Apesar da Lei 12.403/2011 não ter disposto especificamente sobre um prazo máximo de duração da cautelar, este será facilmente encontrado caso as finalidades expostas na decisão que a decretou a medida restritiva estejam bem esclarecidas.

## **2.5 A homogeneidade e imposição de prisão preventiva em razão do descumprimento das cautelares**

A homogeneidade está contemplada, de certa maneira, nos artigos 313, I, e 283, parágrafo 1º, ambos do Código de Processo Penal, com as corretas alterações promovidas pela Lei 12.403/11.

A começar pelo parágrafo 1º do artigo 283 do CPP, observa-se prudência do texto legal, que busca evitar a aplicação de medidas cautelares superiores aos resultados finais do processo, na hipótese de condenação, orientando-se, desta maneira, pela proporcionalidade nas restrições de direitos. Em outras palavras, significa dizer que o juiz deve sempre atentar para a relação existente entre a eventual sanção cominada ao crime em tese praticado, e àquela imposta em sede de medida cautelar, para impedir que o acusado seja submetido a uma medida cautelar que se revele mais gravosa do que a sanção porventura aplicada ao final, haja vista ser inadmissível submeter alguém a uma prisão cautelar quando a sanção aplicada não se constitui em pena privativa de liberdade. (LOPES JR, 2015).

Diz-se homogênea a medida exatamente porque a leitura sistemática do ordenamento impede que o aplicador da lei se valha de uma medida acauteladora destoante ou mais invasiva que a medida satisfativa pretendida. Assim afirma o professor Paulo Rangel:

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que é concedido. (RANGEL, 2002, p.496)<sup>48</sup>.

Nesse sentido também é o pensamento de Gustavo Badaró:

O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade. (...) se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito a provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar. (BADARÓ, 2007, p. 150)<sup>49</sup>.

Ainda, no que diz respeito à proibição de prisão preventiva para delitos cuja pena máxima seja inferior a 4 (quatro) anos, prevista no inciso I do artigo 313 do CPP, sua procedência vem do artigo 44 do Código Penal, que disciplina a substituição de penas privativas de liberdades fixadas até este patamar, desde que cumpridos os demais requisitos (Artigo 4º, CP. Dessa maneira, não seria homogêneo impor ao acusado uma medida cautelar mais gravosa que a punição advinda de eventual sentença condenatória. Caso ocorresse, a aplicação imediata dessa regra seria colaboração efetiva ao esvaziamento das prisões brasileiras, onde ainda são muitos os presos provisórios aguardando por potenciais penas restritivas de direitos, como se verá no próximo capítulo.

---

<sup>48</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2002.

<sup>49</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007.



Assim sendo, da análise da adequação da medida pessoal diversa da prisão ao caso concreto, infere-se a homogeneidade, vista como a proibição de excessos entre as medidas e os efeitos de eventual condenação pela imputação. Destarte, como exemplificado, não deveria ser cabível a prisão preventiva decretada de maneira autônoma quando não for prevista pena privativa de liberdade para o delito (art. 283. Parágrafo 1º, CPP, 1941), nem tampouco para os crimes culposos.

Em continuação, há que se analisar também a possibilidade de decretação da prisão preventiva em razão do descumprimento das medidas cautelares diversas anteriormente impostas, ou seja, quando é decretada de modo subsidiário, conforme prevê o artigo 282, parágrafo 4º, do CPP.

Em primeiro lugar, é necessário demarcar que, para a decretação da preventiva, o descumprimento da cautelar diversa da prisão deve ser injustificado. Como bem frisa Pacelli: *“havendo justificativa plausível, não haverá necessidade nem adequação para o manejo da prisão”* (OLIVEIRA, 2014, p. 551). De tal maneira, a suspeita de descumprimento de quaisquer condições impostas nas medidas cautelares diversas, deveria exigir, como regra, o contraditório prévio (art. 5º, LV, CRFB 1988) à substituição, cumulação, ou mesmo revogação da medida. Para Aury Lopes, *“É necessário agora, e perfeitamente possível, que o imputado possa contradizer eventual imputação de descumprimento das condições impostas antes que lhe seja decretada, por exemplo, uma grave prisão preventiva”* (LOPES JR., 2011, p. 22).

Indo além, reforça Amaral que tal ordem de prisão preventiva subsidiária demanda que já tenham sido aplicadas anteriores medidas cautelares, as quais tenham sido descumpridas pelo agente, mostrando-se inadequadas e insuficientes, não restando outra medida cautelar adequada e necessária, senão a prisão preventiva, cuja finalidade deve ser a de assegurar a efetividade das demais medidas cautelares (AMARAL, 2012).

Em sentido oposto, todavia, caminha o entendimento do jurista Guilherme Nucci, segundo o qual seria possível a prisão cautelar até mesmo nos crimes abaixo do limite de 4 (quatro) anos de pena máxima *in abstracto*, como se segue:

As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento de cadeias. Porém, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282 § 4º, parte final, do C pp, pode-se decretar a preventiva, como última opção. Assim sendo, soa-nos válida a hipótese para qualquer espécie de delito. Ilustrando: o réu, preso em flagrante por furto simples, recebe liberdade provisória, com a obrigação de comparecer em juízo, justificando suas atividades; o furto simples, como regra, não mais comporta a decretação de preventiva; porém, se descumprir a obrigação fixada, não havendo outra solução, pode o magistrado decretar a preventiva (NUCCI, 2011, p.69)<sup>50</sup>

Entretanto, com a devida vênia ao ilustre jurista, como dito, não se pode desconsiderar a análise instrumental do processo a partir da *homogeneidade*, na qual a prisão provisória não pode ser mais gravosa que aquela resultante da sentença, porque, em última análise, o réu estará sendo punido antecipadamente pelo processo, no qual, no fim, poderia até mesmo ser absolvido ou, mesmo que não o fosse, a sentença ainda assim poderia ser menos gravosa que a medida encarceradora, a exemplo dos crimes com pena privativa de liberdade abstrata máxima de 4 (quatro) anos.

Nesse sentido, preleciona o professor Paulo Rangel<sup>51</sup>:

(...) admite-se prisão preventiva em um crime de furto simples? A resposta é negativa. Tal crime, primeiro, permite a suspensão condicional do processo. Segundo, se houver condenação, não haverá pena privativa de liberdade face à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Nesse caso, não haveria homogeneidade entre prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida. O mal causado durante o curso do processo é bem maior do que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando de seu término. (RANGEL, 2009, p. 680)

---

<sup>50</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro, Editora RT, 2011, 1310 p.

<sup>51</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Lumen Iuris, 16ª ed., rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro, 2009. p. 981.

Portanto, se eventual medida cautelar distinta da prisão for comprovadamente descumprida pelo acusado, de maneira injustificada, sua conversão em prisão preventiva – como faculta o artigo 282, parágrafo 4º, do CPP – somente deveria ser admitida apenas se cominada ao delito em questão pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos ou for o crime praticado mediante violência ou grave ameaça, ou seja, não deveria ser admitida a conversão em prisão cautelar nos crimes culposos. Como bem destaca Rafael Borges, “*pensar o contrário seria atribuir à prisão provisória finalidades explicitamente punitivas, impondo ao acusado uma medida cautelar mais gravosa que a sanção final, passível de substituição*” (BORGES, 2012, p. 456).

## **2.6 A possibilidade da decretação de medida cautelar durante a instrução criminal pelo juiz, de ofício.**

Ponto que suscita divergências na doutrina, a possibilidade de decretação de medida cautelar, de ofício, pelo juiz, durante o processo, interessa ao presente trabalho sob a ótica da influência do dispositivo, presente nos artigos 282, §2º e 311, caput, nos níveis de encarceramento e controle social sobre os indivíduos. Caso os magistrados não dispusessem de tal alternativa, que pouco condiz com o sistema acusatório consagrado pela Constituição, muito provavelmente os índices de pessoas sob influência das medidas cautelares seria menor.

Iniciemos com o professor Pacelli, para o qual a decretação *ex officio* da prisão cautelar no curso da ação penal não viola o sistema acusatório. Segundo sua interpretação constitucional, o juiz fora afastado apenas das funções investigatórias, de modo a preservar ao máximo sua imparcialidade (OLIVEIRA, 2014). A decretação será de ofício “*quando se tratar da tutela de direitos individuais, até porque a missão de proteção aos direitos fundamentais é a finalidade, primeira e última, de um Estado Democrático de Direito*” (*Idem, ibidem*, p. 569)

Ainda de acordo com o professor, ao passo que instaurada a ação penal, o juiz criminal deve dispor de instrumentos necessários à garantia da efetividade do processo, pois o que se

busca é a satisfação do interesse de toda a comunidade jurídica potencialmente atingida pela infração penal. Nessa toada, uma vez em curso a atividade jurisdicional, “*pode e deve o juiz velar pelo seu desenvolvimento regular e finalístico*”, conclui (*Idem, ibidem*, p. 570).

Para Flaviane de Magalhães Bastos e Felipe Machado, por outro lado, o direito que se pretende tutelar com as medidas cautelares pessoais é o da acusação ao processo. De tal maneira, deveria caber exclusivamente ao MP, assistente de acusação ou querelante, a atuação no sentido de requerer a decretação das referidas medidas, vez que cabe ao juiz o papel de concretizar o processo como garantia dos direitos fundamentais. Ou seja, em sua atuação, ele deveria verificar os argumentos da acusação que demonstrassem concretamente a pertinência da medida cautelar pessoa no processo penal (BARROS/MACHADO, 2011).

Não obstante, como bem destacou o ministro Eros Grau em seu voto proferido nos autos do HC 95.009-4/SP<sup>52</sup>,

(...) o combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I, CRFB) ”.

E é nessa linha de raciocínio que Aury Lopes Jr. preceitua ser a violação da imparcialidade o maior problema do ativismo judicial, vez que ela corresponde exatamente à posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz (LOPES JR. 2015).

Para finalizar, a partir do demonstrado tem-se que a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida, pois ao decretar uma medida cautelar de ofício ele assume postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório. Desta maneira, com a histórica convivência dos tribunais brasileiros o legislador insiste em permitir a decretação, de ofício, de medida que restringe direitos fundamentais na fase processual (*Idem, ibidem*, p. 633).

---

<sup>52</sup> STF - HC 95.009/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 19/12/2008

Infelizmente, no entanto, as medidas cautelares decretadas de ofício apenas reproduzem a dinâmica de urgência, que atropela garantias em nome da satisfação da opinião pública pela ilusão do magistrado justiceiro que traz uma justiça espontânea. O simbolismo da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma falsa noção de eficiência, que, todavia, não caminha junto ao garantismo fundado na Carta Magna.

## **2.7. As medidas cautelares pessoais e o binômio Garantismo e Eficiência**

A partir de sua obra *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*, o eminente jurista italiano Luigi Ferrajoli<sup>53</sup> buscou estabelecer limites mais ou menos objetivos para a contenção da nascente e crescente liberdade judiciária, do ponto de vista específico do direito penal e do processo penal. (OLIVEIRA, 2014)

Neste viés, a Constituição da República, essencialmente garantista, determina a tutela penal dos direitos fundamentais, não deixando margem a dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito Processual Penal à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais.

O processo penal, por sua vez, como sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, tem fundamento legitimador na sua *instrumentalidade constitucional*, ou seja, “*o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas*” (LOPRES JR. 2015. p. 57). Como consequência, “*o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do poder judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição*” (*Idem, ibidem, op. cit.*).

Desse modo, “*não haverá incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal, no âmbito exclusivo da dogmática penal, quando se puder justificar uma condenação*”

---

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

*criminal pela estrita observância do devido processo penal constitucional.* ” (OLIVEIRA, 2014, p. 35). Ou seja, os princípios constitucionais devem efetivamente constituir o processo penal. Este, por sua vez, se trata de exercício de poder e limitação da liberdade individual (LOPES JR., 2015).

Não obstante, ainda existe uma cultura jurídica no Brasil que relaciona garantismo à impunidade e em oposição à eficiência, como ideias antagônicas. *“Essa conjuntura incômoda nasceu no encontro de uma série de opções políticas equivocadas, que apostou no encarceramento em massa em detrimento da criação de uma rede de bem estar social sólida e capilarizada”* (BORGES, 2012, p. 447). Como nenhum outro expediente do processo penal cautelar, ao antecipar a aplicação das penas, a prisão provisória atribui *“funcionalidade sistêmica ao ordenamento e suscita consensos”* (ZAFFARONI/BATISTA, 2003, p. 121.), conseguindo atender prontamente as demandas midiáticas por celeridade e efetividade.

*“No campo do processo penal e não sem prejuízo das liberdades, os operadores parecem assumir resposta rápida como sinônimo de resposta adequada, de onde surge a conveniência e o uso desmedido dos expedientes de cautela”* (BORGES, 2012, p. 447-448). A emergência do Estado mínimo e repressivo que se fez acompanhar pela crise do Estado-Providência configurou novas formas de controle social (GARLAND, 2008.)<sup>54</sup>, que prezam pela máxima celeridade e, com frequência, pela espetacularização de seus procedimentos.

*“Não se trata, no entanto, de aceleração utilitarista, como tem sido feito, através da mera supressão de atos e atropelo de garantias processuais”* (LOPES JR. 2015, p. 89). Na verdade, garantismo e eficiência são complementares, pois parte-se da premissa que a efetividade do processo penal resulta do equilíbrio entre o interesse do Estado na segurança social e o de liberdade do indivíduo (também um interesse social). Esse equilíbrio que

---

<sup>54</sup> GARLAND, David, *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2008.

permitirá realizar a justiça e assegurar a paz social. (FERNANDES, apud MIRANDA/SILVA, 2009, p.532.)<sup>55</sup>.

No âmbito das medidas cautelares pessoais não é diferente. Nesta busca permanente e incessante de equilíbrio, certamente se faz importante a análise de alguns fatores de garantismo e eficiência, ou seja, fatores que permitam à medida cautelar pessoal melhor contribuir para os resultados do processo, assim como potencializar os direitos do imputado privado de sua liberdade.

Assim, ensina Pacelli que:

O risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado. Não porque os danos levados ao réu pela pena sejam maiores que aqueles causados à vítima do crime, mas porque toda e qualquer reconstrução da realidade (a prova processual) submete-se à precariedade das regras do conhecimento humano (OLIVEIRA, 2014, p. 34)

Logo, o processo penal cautelar não deve ser subvertido em seus conceitos essenciais para servir de vitrine da suposta efetividade e eficiência do Estado.

Nesse sentido, “*a realização cotidiana da justiça criminal somente será legítima se observadas todas as garantias individuais, pressuposto, aliás, do devido processo legal.*” (Idem, *ibidem*. p. 498). Dessa maneira, o Estado só há de poder adotar medidas coercitivas contra o acusado ou investigado quando a atitude deste justifica-las necessárias à superação de risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo.

Atualmente, como será visto a partir de agora, ocorre fenômeno inverso. As medidas cautelares pessoais que entraram em vigor com o advento da lei 12.403/2011, na contramão

---

<sup>55</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Efetividade, processo penal e dignidade humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª ed. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2009.

da expectativa política, mas confirmando o apontado por diversos comentaristas à época da sanção da lei<sup>56</sup>, estão sendo aplicadas com uma “sensatez” e “bom senso”, nas palavras e expectativas dos políticos quando da aprovação, que, não obstante não terem reduzido efetivamente o número de presos provisórios, ainda erigiram uma nova linha no gráfico das pessoas tuteladas pela esfera penal: a dos investigados e acusados sujeitos à medidas alternativas de controle.

### **CAPÍTULO III – A APLICAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM BASE NOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS**

#### **3.1. Não basta a aprovação de uma nova lei se esta não for sucedida pela devida aplicação**

A aprovação de uma nova lei, não basta, por si só, para que sua efetividade se auto realize. Diante de um novo arcabouço de dispositivos aplicáveis em favor das garantias do réu, caberia ao Poder Judiciário a efetivação das medidas inseridas no texto legal, por meio de seu poder garantidor. Há de se destacar, ainda, que um processo legislativo conturbado, que buscou aprimorar o sistema, sem, entretanto, enfrentar algumas grandes questões, relevantes para que se atingisse o pretendido pela classe política que a sancionou, ou seja, a redução da superpopulação carcerária através da mitigação dos presos provisórios, deu margem considerável ao decisionismo dos magistrados.

Para além da ingenuidade de alguns políticos, que pareciam acreditar num eixo de ação no curto prazo das medidas cautelares diversas da prisão ante o caos do encarceramento, alguns parlamentares não desconsideraram que, após o advento da lei, esta dependeria de recepção e aplicação pelo judiciário, sendo que alguns aspectos objetariam sua aplicação. Em primeiro plano e, porque não, essencialmente, cabe destacar, como será abordado, que a lógica imperante na magistratura ainda é pautada pela prisão como regra, numa análise que caminha em sentido contrário aos princípios e garantias erigidas pela Constituição de 88.

---

<sup>56</sup> Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do Processo Penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2011, p. 7; NICOLITT, André. *Lei nº 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*, Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2011, p. X; e LOPES JR., Aury, 2011, p. X, cit.



De tal maneira, se a prisão é a primeira solução encontrada para que a instrução processual ocorra da melhor forma, ou seja, possibilitando a eficácia no cumprimento da sentença condenatória que está por vir, algumas brechas deixadas pelo texto da nova lei permitiram que a atuação do poder judiciário continuasse exatamente no mesmo sentido, usando as lacunas da lei para continuar justificando a imposição do encarceramento provisório como primeira opção.

O que mudou, entretanto, é que, se antes a concessão da liberdade provisória estava condicionada à não adequação da prisão cautelar, e não o contrário, como preceitua a Carta Magna, hoje nota-se a seguinte escala: primeiro analisa-se o cabimento da prisão. Se perceber que não é necessária sua aplicação, passará a análise da imposição de alguma medida cautelar diversa, de preferência cumulada a outra (s). Se, por fim, não for o caso de qualquer cautelar elencada artigo 319 do CPP, só então será concedida a liberdade provisória ao acusado ou investigado.

Assim, se os legisladores menos inocentes sabiam que após a aprovação da lei viria sua aplicação, e esta estava intimamente ligada a forma de pensar dos aplicadores da lei, às vezes mais forte que os próprios dispositivos inseridos no texto legal, esperavam que os magistrados fossem “bastante criteriosos na aplicação dessas medidas”<sup>57</sup>, o que, por si só, não quer dizer muita coisa.

De outro lado, comentaristas da nova lei, sabendo o quanto a efetivação das medidas desencarceradoras dependeria de sua recepção pelos operadores do direito, apelavam para que estes recebessem “*os novos instrumentos ofertados pela lei com os corações desarmados e as mentes abertas, não como vingadores da sociedade, mas, sim, como democratas humanizados e interessados em um Estado de Direito mais aperfeiçoado*” (AMARAL, 2011, p. 23). Ocorre que, entretanto, não obstante à noção de respeitabilidade constitucional que fora reforçada pela Lei 12.403/2011, aparentemente os juízes ainda não se adequaram às condicionantes do jogo democrático.

---

<sup>57</sup> Discurso do Deputado Carlos Souza acerca da aprovação da Lei. Cit.

### **3.2. Juiz independente e decisionismo no processo penal**

No Estado Democrático de Direito, a legitimidade de atuação do juiz não é política, até porque o Poder Judiciário não é um poder de maioria, eleito pelo voto direto como o Legislativo ou o Executivo, mas ainda assim a favor do povo, pois é constitucional e sua atuação é consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais consagrados pela CRFB, derivando desta, e não da vontade da maioria.

Nesse sentido, para Aury Lopes Jr, a “*função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal*” (LOPES JR. 2015, p. 62). Ser garantidor conforme a Constituição confere ao juiz a liberdade de atuar alheio ao sentimento da maioria da população, se colocando de maneira exterior ao sistema político.

A liberdade de atuação, por sua vez, deriva da independência, garantia orgânica da magistratura. Um juiz independente é aquele que possui “*condições de formar sua livre convicção*” (LOPES JR, 2015, p. 61). É de suma importância ressaltar, todavia, que independência não pressupõe liberdade plena por parte do magistrado, vez que suas decisões devem ser devidamente fundamentadas com base na plena observância das garantias fundamentais. Ou seja, em outras palavras, independência não significa possibilidade de decisionismo (*Idem, ibidem*).

### **3.3. As decisões judiciais que contribuem para manutenção dos níveis de crescimento no encarceramento de presos provisórios e que ainda erigiram um novo tipo de controle penal, que se dá através das cautelares diversas.**

Estudos não faltam no intento de demonstrar o quanto a vagueza semântica do conceito de “*ordem pública*” chancela diversas arbitrariedades do poder judiciário e, via de

consequência, na lógica da prisão como regra, contribui de maneira fundamental para os altos níveis de encarceramento de presos provisórios.

Não nos interessa, portanto, além do que foi necessário trazer à tona, no que diz respeito a manutenção do conceito de maneira totalmente injustificada, durante o conturbado processo legislativo, repetir, neste que pretende ser um balanço da Lei 12.403/2011, tudo que já fora afirmado nesta seara.

Apenas recordamos que esse vago conceito, no presente, tem como principal justificativa jurisprudencial a possibilidade de reiteração delitiva e a periculosidade do agente, sendo que a reiteração delitiva se trata de puro exercício de futurologia, que atropela a presunção de inocência e impossibilita o contraditório, vez que não há como contradizer algo que não ocorreu. A periculosidade, em termos da teoria penal, “*significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível dos seus atos; não ao nível das infrações efetivas, mas das virtualidades de comportamento que elas representam*”<sup>58</sup>, ou seja, é supostamente extraída a partir da dedução das condições pessoais do acusado ou investigado.

Inobstante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “*a gravidade do crime imputado ao réu, por si só, não é motivo suficiente para a prisão preventiva*”<sup>59</sup>, os tribunais continuam prendendo provisoriamente com base na garantia de ordem pública em razão da gravidade dos fatos<sup>60</sup>. Numa espécie de paternalismo, os julgadores “*congregam em si o poder de dizer o que é bom para os demais mortais (...) surgindo daí um objeto de amor capaz de fazer amar ao chefe censurador*” (MORAIS DA ROSA, 2014. p. 24)<sup>61</sup>.

Nesse sentido, a prisão preventiva com base na ordem pública tem como pano de fundo, muitas vezes, a intenção de dar exemplo para os cidadãos, como já falamos, numa

---

<sup>58</sup> FOCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Editora: Cadernos da PUC. Rio de Janeiro, 1978. p. 68.

<sup>59</sup> Habeas Corpus Nº 67.850-5/DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU, de 30.03.1990, p. 2339

<sup>60</sup> Nesse sentido: RHC 77.103/PI, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 08/05/2017

<sup>61</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolagem dos significantes*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006. 412 p.

ânsia de dar uma resposta política, não condizente com o papel do julgador, para a sociedade. Segundo recente decisão em sede de *Habeas Corpus*, no TRF2, a Turma acordou que há amparo legal para a medida extrema da prisão preventiva quando a projeção de reiteração e as condições pessoais do autor são “capazes de negar frontalmente a ordem pública vigente e mediante a qual devem se pautar os cidadãos.”<sup>62</sup> Ou seja, infere-se uma clara intenção do tribunal, impregnada de paternalismo, capaz de determinar com segurança o que é justo e o que é injusto (LOPES JR., 2015).

Por fim, necessário dizer o quanto a manutenção do conceito de ordem pública também prejudica e esvazia de sentido toda garantia por trás da necessidade de motivar as decisões judiciais, que se tornam de fácil fundamentação quando justificadas no âmbito de um conceito tão vago, sendo uma saída fácil para a resposta do encarceramento.

De tal maneira, a partir do momento no qual o magistrado decreta-se a prisão provisória, é criado o primeiro grande obstáculo à absolvição do réu, vez que existe uma “*notória resistência dos tribunais a absolver aqueles que permaneceram em prisão preventiva, somente optando pela absolvição quando não havia para o tribunal qualquer possibilidade de condenação*”<sup>63</sup>. Assim, a decretação da custódia cautelar já constitui uma espécie de prejulgamento, cujas consequências são refletidas, simultaneamente, no âmbito da culpabilidade e da pena.

### *3.3.1 Medidas cautelares diversas da prisão decretadas como alternativa à liberdade*

Como discorrido anteriormente, não basta o advento de uma nova lei se na mentalidade de seus futuros aplicadores ainda predominar uma lógica de aplicação ultrapassada. Se a Constituição abandonou de vez a presunção de culpabilidade, a liberdade passou a ser a regra, devendo, sempre, ser considerada em primeiro plano. Contudo, o que observamos são decretações de medidas cautelares diversas da prisão para crimes nos quais,

---

<sup>62</sup> TRF-2 – HC: 20170000005578, Relator: Desembargador Federal ABEL GOMES, Data de Julgamento: 08/03/2017, 1ª T. ESPECIALIZADA. DJe: 03/04/2017

<sup>63</sup> SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 86, p. 10, Set/2010.

anteriormente, a prisão preventiva era afastada e de imediato concedida a liberdade provisória, senão, vejamos:

“Habeas Corpus, buscando a liberdade provisória, pois a ré em companhia de mais duas agentes, uma maior e outra menor de idade, teria cometido furtos em série dentro de lojas de um shopping Center, adquirindo produtos com cartão furtado. Denúncia recebida em 30.08.2011 pela suposta prática dos crimes elencados nos Arts. 155 (furto) §4º, qualificado mediante fraude e IV (participando duas ou mais pessoas) (quatro vezes) e art. 171 Caput (estelionato) na forma do 71 CP (crime continuado) e Art. 244-b da lei 8.069/90 (corrupção de menores), todos nos termos do art. 69 (concurso material) do CP. Presa em flagrante desde 10.08.2011 (mais de quatro meses), convertida esta em preventiva na data de 12.08.2011. O regime de cumprimento da pena se, a final, culminar condenada possivelmente não diferirá do aberto. Residência fixa, trabalho lícito, primariedade e bons antecedentes comprovados. Processo originário aguardando audiência redesignada para o dia 16.01.2012. ORDEM CONCEDIDA, expedindo-se alvará de soltura.”<sup>64</sup>

No mesmo sentido:

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. RESIDÊNCIA FIXA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Ao que se depreende da inicial acusatória, os fatos imputados ao paciente não foram cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, e não tiveram grande repercussão social. 2. Por outro lado, sendo o paciente primário e de bons antecedentes, e cuidando a hipótese de crime de médio potencial ofensivo, cabível, em caso de condenação, ainda que em tese, eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 3. Demais disso, não há indícios de que o paciente tentará se furtar à aplicação da lei penal, sendo certo que o mesmo possui residência fixa, conforme documentação carreada aos autos. 4. Ao contrário do entendimento esposado pelo douto Magistrado a quo, e estando o paciente preso desde 09/02/2011, não se reputam presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Concessão da ordem, com expedição de alvará de soltura, devendo ser colocado solto, se por outro crime não estiver preso.”<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> TJRJ – HC: 0044588-10.2011.8.19.0000, Relator: Desembargador JOSE ROBERTO LAGRANHA TAVORA, Data de julgamento: 15/12/2011, 5ª Câmara Criminal, DJe: 12/01/2012

<sup>65</sup> TJRJ – HC: 0030587-20.2011.8.19.0000, Relator: Desembargador CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR, Data de Julgamento: 03/08/2011, 8ª Câmara Criminal, DJe: 15/08/2011

A partir da leitura dos casos supracitados ficam claros alguns aspectos, já repisados ao longo desse trabalho, quais sejam: a) a preferência dada à prisão, em primeiro plano, para só depois verificar a possibilidade da liberdade; e b) foi concedida a ordem e determinada a expedição do alvará de soltura.

Percebe-se, também, pela data dos dois julgamentos, que ambos ocorreram poucos meses após o advento da Lei 12.403/2011, período no qual o judiciário ainda se adaptava às novas medidas cautelares pessoais, recém inseridas no ordenamento. Por outro lado, observados julgamentos semelhantes alguns anos após a sanção da lei, temos que:

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES, EM CONTINUIDADE DELITIVA. (ARTIGO 155, CAPUT (2x) N/F DO ART. 71, AMBOS DO CP). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVOLADA EM PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRIMARIEDADE TÉCNICA E RESIDÊNCIA FIXA. AUSÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. No caso presente, o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela prática do crime de furto, em continuidade delitiva. A prisão em flagrante foi convolada em preventiva. 2. Em se constatando a primariedade técnica do paciente (conforme a FAC advinda aos autos), que ostenta condenação transitada em julgado datada de longa data (13/03/1995), bem como cuidando a hipótese de crime de médio potencial ofensivo, cabível, em caso de condenação, ainda que em tese, eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 3. Ausência de indícios de que o paciente tentará se furtar à aplicação da lei penal, registrando-se que o mesmo possui residência fixa, no distrito da culpa. 4. As circunstâncias fáticas da prisão não evidenciam a necessidade da sua manutenção no curso do processo, antes de regular formação de culpa em contraditório judicial, mormente considerando que o delito imputado ao ora paciente não é daqueles praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. 5. Ademais, não há qualquer indicativo nos autos de que, em liberdade, o paciente influenciará negativamente na instrução criminal, que segue seu curso regular no Juízo de origem, estando designada audiência de instrução e julgamento para ocorrer amanhã (19/11/2015). 6. Logo, não se justifica a manutenção da sua custódia cautelar, porquanto estaria o mesmo respondendo ao processo em situação mais gravosa do que a que obteria em caso de condenação definitiva, hipótese que atentaria contra o princípio da homogeneidade das cautelares. 7. Ao contrário do entendimento esposado pelo douto Magistrado a quo, afigura-se possível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, as quais, em princípio, se afiguram como suficientes para o alcance do objetivo elencado como fundamento da prisão, qual seja, resguardar a ordem pública. Concessão parcial da ordem, com a revogação da prisão preventiva e aplicação ao paciente das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I e IV, do CPP. O alvará de soltura

deverá ser expedido pela autoridade judicial impetrada, após a assinatura, pelo paciente, do termo de compromisso a ser firmado perante aquele Juízo, referente às condições impostas.”<sup>66</sup>

Da mesma maneira:

“OITAVA CÂMARA CRIMINAL HABEAS CORPUS Nº 0054047-02.2012.8.19.0000 IMPETRANTE: JAIR JOSÉ PILONETTO (OAB/RJ Nº 133.276) PACIENTE: ADALBERTO RODRIGUES DE SOUSA NETO COATOR: JUÍZO DA 35ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL RELATOR: DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ Habeas Corpus objetivando: a) o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia; b) a revogação da prisão preventiva, por inexistência de seus pressupostos. O paciente foi denunciado por infração ao artigo 155, § 4º, inciso I, n/f do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, e a inicial acusatória descreve perfeitamente a conduta praticada pelo paciente, expondo o fato com todas as suas circunstâncias, tratando-se de peça sem mácula, não havendo que se falar em inépcia da denúncia. Embora tanto a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva como a que indeferiu o pedido de liberdade provisória estejam corretamente motivadas, entendo que, no caso presente, a privação da liberdade é medida extrema e exagerada, frisando-se que não há notícia de condenações anteriores, tratando-se de tentativa de furto qualificado. Entretanto, impõe-se a aplicação das seguintes medidas cautelares substitutivas da prisão: I) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II) comparecimento na data e hora designada para a audiência de instrução e julgamento, isto é, dia 6 de novembro de 2012, às 14:30 horas; III) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; IV) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. Expeça-se Alvará de Soltura, devendo o paciente ser intimado das medidas aplicadas por ocasião de seu cumprimento, e alertado de que, em caso de descumprimento das condições, poderá ter a prisão novamente decretada. Ordem parcialmente concedida.”<sup>67</sup>

Analisando-se os casos em tela, percebe-se que as mesmas características, como residência fixa, primariedade e antecedentes, estão presentes tanto naqueles que concederam, a liberdade provisória quanto naqueles que decretaram medidas cautelares diversas da prisão. Além do mais, em todos casos expostos temos que o delito supostamente cometido foi o de furto qualificado. É notável que a escada subida pelos magistrados rumo à adequação da

---

<sup>66</sup> TJRJ – HC: 0059636-67.2015.8.19.0000, Relator: Desembargador CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR, Data de Julgamento: 18/11/2015, 8ª Câmara Criminal, DJe: 23/11/2015

<sup>67</sup> TJRJ – HC: 0054047-02.2012.8.19.0000, Relator: Desembargador MARCUS QUARESMA FERRAZ, Data de Julgamento: 11/10/2012, 8ª Câmara Criminal, DJe: 23/11/2015

medida mais condizente ao caso concreto tem, em seu primeiro degrau, a prisão, ao invés da liberdade, situada apenas no último degrau de hipóteses, para o caso de nenhuma das outras se mostrar adequada à situação concreta.

Destarte, além de não reduzir o encarceramento, a medida cautelar instituída pela Lei 12.403/2011 ainda opera como controle penal alternativo que, por sua vez, vai incidir, como não poderia deixar de ser, sobre as classes marginalizadas.

### *3.3.2. Excessiva cumulação de medidas cautelares diversas*

Outro problema decorrente da lógica ainda predominante no judiciário, no que diz respeito à liberdade como última instância de análise, constatado em relação à aplicação das medidas cautelares diversas, é a possibilidade de cumulação delas de maneira abusiva. Não é raro encontrar casos onde é concedida a liberdade mediante imposição de várias das medidas previstas no artigo 319 do CPP, senão vejamos o seguinte exemplo:

“PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. ARTIGO 333 DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES. ARTIGO 319 DO CPP. LIBERDADE PROVISÓRIA. VALOR DA FIANÇA (...) I - proibição de acesso ou frequência do paciente à Superintendência Regional do Ministério do Trabalho e Empresa na qual foi preso ou outra repartição do Ministério do Trabalho, para evitar o risco de novas infrações; II - proibição de manter contato com Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho; III - proibição de ausentar-se do Estado de São Paulo sem prévia e pormenorizada informação ao Juízo, com antecedência mínima de 72 horas, devendo comprovar documentalmente o fato, até 48h após sua realização; IV - proibição de sair do Brasil sem autorização judicial, intimando-se o paciente para entregar seu passaporte (se houver), no prazo de 24 (vinte e quatro) horas; V - recolhimento noturno após o término do horário das aulas do curso que realiza no INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa (devendo o investigado comprovar a frequência, mensalmente); VI - recolhimento domiciliar nos dias de folga; VII - fiança para assegurar o comparecimento a atos do processo, para evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial, fixada em 100 salários mínimos, que deverá ser prestada em dinheiro, nos termos do art. 325, II, do CPP, atentando-se a gravidade do delito imputado ao paciente e sua vida pregressa, verificando a pena abstratamente prevista para o delito



do art. 333 do Código Penal, bem como observando sua profissão e experiência (denotando estabilidade e potencial financeiro, sócio de escritório de advocacia que presta serviços à empresa STOP BANK Controladora de Acesso Ltda. há cerca de oito anos), as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo até final julgamento.”<sup>68</sup>

Analisando-se o caso, percebe-se o quanto as cautelares, quando cumuladas, ainda mais em demasia, são capazes de restringir, se não retirar, liberdades básicas. No entanto, como não há limite, pode-se até decretar todas as medidas do artigo 319 conjuntamente. Quão maiores são as restrições, maior torna-se o caráter punitivo da medida, afora a estigmatização do acusado.

Como a regra é a prisão, a justificativa dada para a imposição das cautelares em demasia em regra preocupa-se apenas em dizer que as dá por que não dá a prisão, ou porque revoga a preventiva. No entanto, pensando pela lógica da liberdade em primeiro plano, cada cautelar diversa decretada, por minar direitos de maneiras diferentes, deveria ser motivada e fundamentada individualmente, o que geralmente não ocorre.

Diante do exposto, nota-se na justiça criminal uma tendência a impor medidas cautelares diversas da prisão aos casos que não suportam a custódia preventiva, em detrimento da concessão da liberdade provisória, que é deixada para último plano de análise. Além disso, em razão da prevalência das medidas restritivas sobre a liberdade, comumente são decretadas diversas delas em cumulação, o que nos leva aos dois próximos tópicos.

### *3.3.3 Inexistência de fixação de limite ou reexame obrigatório da medida decretada*

Assim como não é determinada a duração da prisão preventiva, tampouco foi disciplinada a duração das medidas diversas, “*podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o periculum libertatis*” (LOPES JR. 2015, p. 598). Trata-se de um problema

---

<sup>68</sup> TRF-3 – HC 0059636-67.2015.8.19.0000, Relator: Desembargadora Federal CECILIA MELLO, Data de Julgamento: 18/11/2015, 8ª Câmara Criminal, DJe: 23/11/2015

histórico que poderia ter sido remediado pelo PL 4.208, mas que ficou para trás diante do conturbado processo legislativo. Ainda, não podemos nos esquecer da não inclusão do parágrafo 7º do artigo 282 do Código de Processo Penal, que traria a obrigatoriedade do reexame, a cada 60 dias, da decisão que havia decretado a prisão cautelar, sob a justificativa de que tal medida asoberbaria o sobrecarregado poder judiciário.

Antes da lei, mesmo com a Resolução conjunta nº01/2009, editada pelo Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, que previa obrigatoriedade da revisão periódica das prisões provisórias, ou a Resolução nº66 do CNJ, que ordenou a revisão trimestral dos processos cujos réus são presos provisórios, o controle não melhorou e as taxas de encarceramento não deixaram de crescer.

Ainda assim, o único e singelo dispositivo de controle inserido pela Lei 12.403/2001 é o que consta no parágrafo 5º do artigo 282 CPP, mas concretamente não existe qualquer limite temporal das medidas cautelares. De outra forma não poderia ser, e em regra a decisão que decretou a medida cautelar não é verificada, fazendo com que aquele não dispõe de defensor que acompanha seu processo periodicamente, o que representa a imensa maioria dos custodiados, seja mantido no sistema carcerário.

Como não há controle e a lógica aponta sempre para o encarceramento, a medida cautelar, predominantemente aquela com precária fundamentação sustentada pela garantia da ordem pública, percorre toda a instrução, capaz de durar muitos anos, passando a pertencer ao processo, na figura do investigado, de maneira tão permanente, que até quando se questiona a necessidade da continuidade da medida com base no tempo que já transcorreu desde sua decretação, a decisão caminha no sentido dar ou não provimento com base no transcurso do processo: se a demora para encerrar a instrução é de responsabilidade do poder judiciário, concede-se o pedido, se não, o provimento é negado.

Nesse sentido, vejamos, como se guia a jurisprudência quando questionado o prazo de duração de uma prisão cautelar:

“A questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto”<sup>69</sup>

Ainda, “*em não se verificando a alegada desídia da autoridade judiciária na condução da demanda, não há falar em constrangimento ilegal. Ao revés, nota-se que o Magistrado procura imprimir à ação penal andamento regular.*”<sup>70</sup>

Indo além, no começo desse ano, após as rebeliões ocorridas no Estado de Roraima e em Manaus, que novamente escancararam a crise no sistema penitenciário brasileiro, foi realizada reunião da Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Carmen Lucia, com os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados. De início, o relatório De início, o relatório<sup>71</sup> produzido já informou que um número reduzido de Tribunais possui listagem atualizada dos presos provisórios, sendo que muitos deles contam com o sistema de controle disponibilizado pelas Secretarias Penitenciárias, dificultando, com isso, o controle de prazos e julgamentos dos processos por parte do Poder judiciário.

Ou seja, se é precário o controle de prazos dentre os presos provisórios, praticamente inexistente esse tipo de controle para aqueles que estão sob coação de medida cautelar diversa da prisão, fazendo com que o tempo de duração da cautelar seja o tempo de duração do próprio processo.

Se então dá-se preferência a aplicação da cautelar diversa em relação à liberdade provisória; se esta aplicação pode ser cumulada a outras medidas e; se em regra a cautelar do artigo 319 não tem prazo definido, significa que durante anos o acusado estará sob controle de

---

<sup>69</sup> HC-331.669/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 10/3/2016, DJe de 16/3/2016

<sup>70</sup> RHC 72.609/CE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017

<sup>71</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Reunião Especial de Jurisdição, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>. Acesso em: 01/06/2017 às 10:02.

uma ou mais medidas restritivas de direitos cujo descumprimento poderá acarretar a decretação de uma prisão preventiva.

### 3.3.4 Descumprimento da medida cautelar e conseqüente decreto de prisão preventiva

Se o ponto de partida é a prisão, e não a liberdade, por diversas vezes o ponto final volta a ser o próprio cárcere. Segundo conclui o relatório do IPEA<sup>72</sup> que abordou a aplicação de penas e medidas alternativas, um dos principais óbices para a adoção de tais medidas identificados ao longo da pesquisa foi “*A alta incidência da prisão cautelar, uma medida insubstituível, enquanto outras medidas cautelares deixam de ser aplicadas sob a justificativa de que, uma vez em liberdade, não se consegue encontrar os réus para citá-los e intimá-los*” (*idem, ibidem*, p. 88).

E vai além. Um dos aspectos relevantes, identificados pela pesquisa no que tange a operação do sistema de justiça criminal, afirma que “*há correlação entre a manutenção da prisão cautelar e a condenação do réu*” (*idem, op. cit.*). De tal maneira, a pesquisa vem a corroborar com um dos argumentos mais utilizados pela jurisprudência no que diz respeito à decretação de prisão preventiva quando ocorre o descumprimento da medida cautelar diversa: a possibilidade de aplicação da lei penal, prevista no caput do artigo 312 do CPP.

Nos termos do artigo 282, § 4º, apesar de expressa a possibilidade da decretação da prisão preventiva em razão do descumprimento de uma medida alternativa apenas “*em último caso*” (BRASIL, CPP, art. 282, § 4º), o que se vê, na lógica do encarceramento, é novamente a prioridade dada ao cárcere, senão vejamos:

“É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não

---

<sup>72</sup> BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas – Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015.

pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu (...).”

(...)

Tal advertência, contudo, não se aplica ao caso em exame, eis que o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em elementos que denotam que a paciente, beneficiada com a imposição de medida alternativa diversa da prisão, descumpriu tal medida definida pelo MM. Juízo de 1º grau, o que justificaria a decretação de sua prisão.

Transcrevo, a seguir, o seguinte excerto do v. acórdão que decretou a prisão cautelar, *in verbis*:

(...)

*Além disso, não obstante estarem cientes das condições da liberdade que lhes foram impostas, os recorridos não foram localizados nos endereços fornecidos nos autos, restando negativa suas citações, demonstrando com tais ações que não pretendem honrar com as condições do benefício pleiteado, e, por conseguinte, menosprezando a Justiça.”<sup>73</sup>*

No mesmo sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. DEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA E CONDIÇÕES. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS. PREVENTIVA ORDENADA. MODALIDADE DE CONSTRIÇÃO ANTECIPADA QUE NÃO ESTARIA SUBMETIDA ÀS EXIGÊNCIAS DO ART. 313 DO CPP. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. RÉU QUE PERMANECE FORAGIDO. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DE GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. SUBSTITUIÇÃO POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECLAMO IMPROVIDO. 1. A prisão preventiva decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta não está submetida às circunstâncias e hipóteses previstas no art. 313 do CPP, de acordo com a sistemática das novas cautelares pessoais. 2. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia está devidamente justificada especialmente na garantia de aplicação da lei penal, uma vez que, beneficiado com a liberdade provisória, o réu descumpriu o compromisso firmado, deixando de informar a mudança de endereço, inviabilizando a regularidade da relação processual. 3. Nos termos dos arts. 282, § 4º, e 312, parágrafo único, ambos do CPP, o descumprimento das medidas cautelares impostas quando da liberdade provisória constitui motivação idônea para justificar a necessidade da segregação ante tempus. 4. Permanecendo o réu foragido, a constrição se

---

<sup>73</sup> STJ - HC: 305040 SP 2014/0244765-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 09/12/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2015 – Trechos do voto.

mostra de fato imprescindível, diante da fundada necessidade de se assegurar o cumprimento de eventual condenação, pois nítida a intenção de obstaculizar o andamento da ação criminal contra si deflagrada e de evitar a ação da Justiça. 5. Insuficiente a aplicação de medidas diversas da prisão quando o agente, beneficiado com a liberdade provisória mediante condições, não as cumpriu deliberadamente. 6. Recurso ordinário improvido.<sup>74</sup>

Ainda:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DECRETO PREVENTIVO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. Apresentada fundamentação concreta, evidenciada no descumprimento das medidas cautelares impostas para a concessão de liberdade provisória, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva.<sup>75</sup>”

O próprio princípio da Homogeneidade, quando há o descumprimento de uma medida cautelar diversa da prisão, é constantemente ignorado no juízo singular. Desta maneira, a revogação da decisão ocorrerá apenas na 2ª instância<sup>76</sup> ou nos Tribunais Superiores, para os custodiados que tiverem amparo periódico de Defensor Público ou advogado qualificado, o que, sabemos, representa uma parcela mínima dos encarcerados.

Assim, a muitos acusados por infrações leves ou crimes de menor potencial ofensivo, que, antes do advento das cautelares diversas da prisão, teria sido concedida liberdade provisória, agora é imposta a medida alternativa. Ao descumprimento de tal medida, que comumente é cumulada a outras (s) e dura por prazo indeterminado, é decretada a prisão preventiva, fazendo com que as cautelares sejam um permanente flerte com a prisão, ao contrário do pretendido quando da aprovação da Lei 12.403/2011.

A maneira como o procedimento de conversão é operado atualmente diverge da recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), exposta por meio

---

<sup>74</sup> RHC 52.314/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 04/11/2014

<sup>75</sup> RHC n. 51899/GO, Sexta Turma, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 30/10/2014

<sup>76</sup> Nesse sentido: TJ-MG - HC: 10000150238665000 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 23/04/2015, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/04/2015

de seu Relatório publicado em 2014, que diz respeito ao uso da prisão preventiva nas Américas. De acordo com o texto, o descumprimento de medidas cautelares não justifica sua automática conversão em prisão preventiva, vez que exigirá motivação específica e “*deverá ser concedida à pessoa a oportunidade de ser escutada e se apresentar elementos que a permitam explicar ou justificar seu descumprimento.*”<sup>77</sup> (CIDH, 2013. p. 15).

Entretanto, conforme concluiu o Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro<sup>78</sup>, “*o problema da superpopulação carcerária brasileira não será resolvido enquanto prevalecer a política do encarceramento*” (*Idem, ibidem*, p. 175). A prisão ainda é, portanto, o início, o meio e o fim da política criminal, e essa lógica fez com que as medidas cautelares alternativas não surtiram o efeito desejado, vez que a quantidade de presos provisórios ainda é de 40%, conforme os dados mais atualizados do Infopen<sup>79</sup>.

### **3.4 A inobservância do Marco Convencional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

Apesar da ratificação, pelo Brasil, do Pacto de San José da Costa Rica, em 1992, e posterior aceitação da jurisdição contenciosa da CIDH, em 1998, até hoje são raríssimas as decisões judiciais fundamentadas em dispositivos da Convenção Americana de Direito Humanos (CADH), bem como os atos decisórios judiciais fundamentados na jurisprudência da CIDH.

Não obstante ao regime de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, como a própria CADH, que é diferenciado dos demais, vez que se incorporam ao nosso ordenamento jurídico interno com dignidade hierárquica de cláusulas petrificadas no texto Magno (CRFB, art. 5º, § 2º), nosso Judiciário, submetido a tal jurisdição, não tomou o

---

<sup>77</sup> CIDH e OEA, *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas – Introdução e recomendações*. 2013, p. 15. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>. Acesso em 31/05/2017, às 23:45.

<sup>78</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados, *CPI – Sistema Carcerário Brasileiro*, Relatório Final. Relator Deputado Sérgio Brito. Brasília, 2015.

<sup>79</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. DEPEN, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen. Dezembro, 2015. 80p.

texto do Pacto de San José nem os precedentes da CIDH como “*vetores obrigatórios para nortear a interpretação e aplicação das normas constitucionais e legais*”<sup>80</sup>.

Em virtude da cultura punitiva na qual estamos imersos, cujas raízes estão solidamente arraigadas “*no código ideológico invisível de parcela significativa dos atores do sistema de administração da justiça criminal*” (MALAN, 2014, p. 333), não houve a assimilação dos valores inseridos pela CADH e das decisões proferidas pela CIDH. De tal maneira, segundo o professor Malan, o caráter excepcional da prisão, novamente, “*assume ares retóricos caso confrontado com a realidade cotidiana do sistema de administração da justiça criminal do Brasil.*” (*Idem, ibidem.* p. 334).

Com efeito, o marco convencional do sistema interamericano de direitos humanos, que estabelece limites à prisão processual por meio do texto da CADH, das sentenças da Corte Interamericana e das decisões da Comissão, resta esquecido. Assim, todo arcabouço de garantias presentes do artigo 7 do Pacto de San Jose, que prevê estrutura normativa complexa e multidimensional do direito à liberdade pessoal, impondo uma série de limites à restrição desta, e é reforçado pela presunção de inocência consagrada no artigo 8.2 da CADH, não são observados, bem como não o é a jurisprudência da CIDH (vide casos *Súarez Rosero vs. Equador* e *López Alvarez vs. Honduras*) e tampouco o são os informes da Comissão, como o de n.º. 35/07, que “*consolida e sistematiza toda a evolução jurisprudencial recente da CIDH acerca do conteúdo concreto e objetivo dos limites convencionais à prisão processual.*” (*Idem.* p. 340).

Uma vez que as autoridades judiciárias brasileiras ainda não realizam uma abordagem da aplicação das medidas cautelares alternativas em consonância com os limites impostos à prisão processual pelo sistema interamericano de direitos humanos, sobram condenações do Estado brasileiro na CIDH e cresce o número de presos provisórios, cujas condições carcerárias costumam ser ainda piores do que as dos condenados que cumprem prisão-pena.

---

<sup>80</sup> MALAN, Diogo. Prisão processual: limites no sistema interamericano de direitos humanos. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista / organização Roberta Duboc Pedrinha e Márcia Adriana Fernandes; 1ª ed. – Editora Revan, Rio de Janeiro, 2014. p. 335.



### 3.5 O “bom senso” e a aplicação das medidas cautelares

No intuito de otimizar a aplicação das medidas cautelares, no início de 2014, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, apenas pouco mais de dois anos após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, apresentou uma proposta de reforma do artigo 310 do CPP, que obrigaria os juízes a se manifestarem sobre a possibilidade de aplicação das medidas cautelares alternativas, antes de ser determinada a prisão preventiva.

A entrega da proposta foi feita ao então Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, Relator do Projeto de Lei 4.208/2001 na CCJC à época da consolidação da redação final do que veio a se tornar a Lei 12.403/2011, cujo texto o Ministro Lewandowski já entendia ser necessário o aprimoramento através da inserção de um novo dispositivo. A mudança, segundo o Ministro<sup>81</sup>, tinha como objetivo mudar o que ele chamou de “cultura do encarceramento” existente no País.

Ocorre que, se a pretensão é modificar uma “cultura”, nas bastam mudanças pontuais como a proposta do ministro ou a própria Lei 12.403/2011. Deve-se, de maneira geral, modificar a forma como o processo penal é atualmente visto no Brasil, ou seja, “*a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido*” (LOPES JR. 2015, p. 35). Novamente, reforçamos que o respeito às garantias não deve ser visto como perda de eficiência e, conseqüentemente, impunidade.

Não se trata de pedir por uma produção legislativa que formule uma lei sem lacunas, a fim de que o juiz seja mero reproduzidor do texto legal, na crença que os códigos, só porque oriundos de processos que ocorreram de acordo com as formas estabelecidas pelo ordenamento, encerram-se em suas próprias palavras, pois sabemos que os magistrados não

---

<sup>81</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Notícias STF, “Ministro apresenta proposta de alteração no CPP sobre aplicação de medidas cautelares”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=259198>. Acesso em: 31/05/2017 às 23:40h.

devem reduzir-se a meros aplicadores da lei. Pelo contrário, “o papel do juiz no processo penal constitucional é o de alguém que deve fazer a filtragem constitucional e eleger os significados válidos da normal e das versões trazidas pelas partes, fazendo constantemente juízo de valor” (LOPES JR., 2015, p. 870).

Da mesma maneira, crer no juiz como portador da bondade e do bom senso, capaz de dizer o que é bom para os demais, cria “todas as condições necessárias para o desenvolvimento de patologias judiciais, pois empurra o juiz para um lugar de semideus, com a agravante crença na bondade dos bons” (Idem, *ibidem*, op. cit.), pois “não raro, porém, o juiz/intérprete esvazia o conteúdo libertador do dispositivo legal desencarcerador ao apresentar respostas estatais que prestigiam o cárcere em detrimento de alternativas menos danosas à dignidade humana”<sup>82</sup>.

Para finalizar, ressalta Aury Lopes ser “elementar que a administração da justiça não pode depender da bondade, do bom senso ou de qualquer outro tipo de abertura axiológica desse estilo para legitimar o exercício do poder” (Idem, *ibidem*, op. cit.). Se assim fosse, poderíamos ignorar as regras Constitucionais e do devido processo legal no que tange a legitimação das atitudes do poder judiciário.

## CONCLUSÃO – A CULTURA DO ENCARCERAMENTO

A amostragem dos dados da evolução do encarceramento de presos provisórios desde o advento da Lei 12.403/2011 só serve para corroborar e tornar mais simples a visualização concreta do que até agora foi exposto. Se as mudanças introduzidas desencadearam alterações significativas no processo penal brasileiro, seus dispositivos não surtiram o efeito almejado pela pelos poderes Executivo e Legislativo, que esperavam uma imediata e significativa redução no número de presos provisórios.

---

<sup>82</sup> PRADO, Geraldo & CASARA, Rubens R.R.; *Dispositivos legais desencarceradores: o óbice hermenêutico. In: Depois do Grande Encarceramento*; Organização Pedro Vieira Abramovay, Vera Malaguti Batista, Rio de Janeiro, Revan, 2010, p. 355.

Por mais que os novos dispositivos tenham colaborado na adequação do CPP ao Estado Democrático de Direito, a mudança ficou quase que restrita somente ao aspecto textual modificado pelo advento da lei, já que na realidade o que se observou foi a manutenção da lógica do aprisionamento como início, meio e fim do processo. Ainda que tenha sido aperfeiçoada a técnica jurídico-processual penal brasileira, fica claro que mudanças no âmbito do processo penal, instrumental por essência, não são capazes de alterar por si só a dinâmica do encarceramento pátrio, sendo sabido que, diante de um judiciário que prima pelo encarceramento provisório, conveniente na medida em que se traveste de uma resposta rápida ao crime, a mudança na aplicação processual focada na prisão, se acontecer, será muito lenta e gradual.

Conforme aponta o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do DEPEN<sup>83</sup>, de junho de 2014, desde o ano 2000 a população prisional “*cresceu em média 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano*” (*Idem, ibidem, p. 15*). Em complemento, aponta o Relatório do Infopen<sup>84</sup>, de dezembro de 2014 – o último levantamento produzido pelo órgão desde então – que as “*mudanças no perfil criminal não refletem, necessariamente, tendências criminais, mas, antes preferências e práticas do sistema de Justiça Criminal*” (*Idem, ibidem, p. 32*)

Nesse sentido, apontou o gráfico 10<sup>85</sup>, elaborado pelo CNJ a partir de levantamento junto aos presidentes dos Tribunais de Justiça, de 2017, que só os crimes relativos à Lei de Drogas de 2006, mais roubos e furtos, somados, correspondem a 62% do total de presos provisórios, denotando clara preferência da justiça criminal em punir aqueles que incorreram nesses tipos penais. A uma porque os crimes relacionados a drogas ainda são considerados, pela própria jurisprudência, como porta de entrada para a criminalidade, e a duas porque os crimes de roubo e furto em regra são mais visíveis, geralmente flagrantes, passando, portanto, pelos filtros do sistema de justiça criminal.

---

<sup>83</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. DEPEN, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen*. Junho, 2015. 148p.

<sup>84</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. DEPEN, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen*. Dezembro, 2015. 80p.

<sup>85</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Reunião Especial de Jurisdição, 2017. Cit. Gráfico 10 – *Percentual de presos provisórios por tipo de crime praticado*.

A par da triste dificuldade em encontrar algum relatório que dispusesse em números sobre a quantidade de acusados sob coação das medidas cautelares diversas da prisão, sabemos que, ao mesmo tempo em que as alternativas de controle extramuros incidem cada vez mais sobre a população que está sendo processada criminalmente, as prisões provisórias mantiveram o mesmo índice de crescimento.

Hoje, segundo dados do CNJ, em 17 estados o número de presos sem condenação é superior a 40% do total de presos<sup>86</sup>. Os presos provisoriamente há mais de seis meses superam 40% do total em 22 estados (*idem, ibidem*, p. 8). Ainda, de acordo com o relatório do Infopen<sup>87</sup>, com pouco mais de três anos de vigência da lei, os números de presos provisórios continuaram crescendo em ritmo parecido aos anos que antecederam a entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

Todos os dados oriundos dos relatórios pesquisados, por mais que não tenham total precisão, não apontam qualquer decréscimo relevante na população presa provisoriamente, desde a vigência da Lei das Prisões. Mais do que isso, o que se observou foi o crescimento desse contingente encarcerado enquanto aguarda o julgamento.

Em consequência disso, a taxa de ocupação por vagas de presos provisórios é altíssima. “*Pessoas que não foram julgadas e que, portanto, têm a prerrogativa de serem consideradas inocentes, estão submetidas a condições de encarceramento precárias: para o país a razão é de 1,79 pessoas presas provisoriamente por vaga*” (*idem, ibidem*, p. 30).

Por isso, como bem ressalta o professor Malan, “*as condições carcerárias dos presos provisórios no Brasil costumam ser ainda piores do que as dos condenados que cumprem*

---

<sup>86</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Reunião Especial de Jurisdição, 2017. Cit. Gráfico 3 – *Percentual de presos provisórios em relação ao número total de presos por UF*. p. 7.

<sup>87</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. DEPEN, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen*. Dezembro, 2015.p. 22.

*pena privativa de liberdade*<sup>88</sup>”. Ainda, antecipação dos efeitos da pena que a prisão provisória implica “*é mais gravosa para o sujeito do que o cumprimento da própria pena mesma, já que se encontra submetido à incerteza derivada do desconhecimento do tempo real em que estará privado de liberdade*<sup>89</sup>”. Além disso, em um ambiente como esse, o custodiado é exposto aos mais diversos riscos, como os seguintes:

“(…) tortura, abuso de autoridade, maus tratos, agressão, bullying, extorsão de vantagens por parte de agentes públicos, contratação de doenças infecto-contagiosas, desenvolvimento de doenças mentais, alienação do convívio familiar e social, perda do cônjuge, emprego ou de bens, insolvência civil, interrupção de educação, despejo do domicílio, aliciamento por organizações criminosas etc.” (MALAN, 2011, cit.)

No que tange especificamente o último aspecto citado, tem-se exemplo no qual a prisão processual pode causar efeito completamente contrário ao pretendido quando de sua determinação, haja vista que, ao invés de reduzir os índices de criminalidade e evitar a suposta reiteração delitiva, pode tornar o preso ainda mais propenso a reincidir.

Nesse sentido, Sanguiné explica o *fator criminógeno*, que consiste no risco de contágio criminal em virtude da prisão preventiva, vez que o contato dos presos provisórios com os apenados e a influência das subculturas carcerárias produz tal fator, implicando, via de consequência, na descoberta do mundo delitivo. (SANGUINÉ, 2010)

Outrossim, como bem destaca o relatório da CIDH sobre o uso da prisão preventiva nas Américas:

“As pessoas em prisão preventiva sofrem grandes tensões pessoais como resultado da perda de renda e a separação forçada de sua família e comunidade; ademais, padecem do impacto psicológico e emocional do próprio fato de estarem privadas de liberdade sem terem sido condenadas, e, em geral, são expostas a um entorno de violência, corrupção, insalubridade e

---

<sup>88</sup> MALAN, Diogo. *Prisão Temporária*. In: *Setenta anos do Código de processo penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma* / Diogo Malan, Flavio Mirza coordenadores. Editora Lumen Iuris, 2011. 430p.

<sup>89</sup> SANGUINÉ, Odone. *Efeitos perversos da prisão cautelar*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 86, p. 2, Set/2010.

condições desumanas presentes nas prisões da região. Inclusive, os índices de suicídios cometidos em prisões são maiores entre os presos em prisão preventiva.” (CIDH, cit. p. 3).

Diante desse quadro, o primeiro passo talvez seja entender que efetiva redução no encarceramento, hoje, não se dará por meio do processo penal, pois, a uma, ele não é capaz de inverter a lógica da predisposição ao encarceramento, há muito encampada pelo Poder Judiciário, que aplicará a lei (como já exposto) e, a duas, pois no processo legislativo é baixa a qualidade argumentativa das justificativas e relatórios apresentados, que são “*em geral apoiados no senso-comum, muitas vezes contrários a conhecimentos já estabelecidos em pesquisas legitimadas pela comunidade científica*”<sup>90</sup>

Na construção de uma nova lei criminal não são vislumbrados os resultados que deveriam motiva-la, como a melhoria da segurança pública no território nacional, por meio “*da gestão eficiente de recursos, políticas apoiadas em dados, orientadas para resultados e que respeitam os direitos humanos, em consonância com a Constituição Federal.*” (*Idem, ibidem*, op. cit.), mas fatores que muitas vezes nada dizem respeito ou sequer se conectam ao alcance do intento pretendido naquele processo legislativo.

Ainda, outros fatores que condicionam e sujeitam o texto de uma lei, do oferecimento do projeto até sua sanção, são os financiadores de campanha, os casos de grande repercussão midiática que geram comoção pública e as influências de manobras nos debates. Esses três fatores contribuem ainda mais para fragilidade da via legislativa, no sentido de criação de novas leis processuais penais que surtam efeito em políticas criminais, corroborando na demonstração do porquê desta não ser a melhor via para enfrentar o problema do encarceramento.

Em contrapartida, conforme ensina o professor Salo de Carvalho, inúmeros fatores oriundos do Poder Legislativo colaboraram para o crescimento do encarceramento, senão vejamos:

---

<sup>90</sup> BRASIL. Instituto Sou da Paz. *O papel do Legislativo na segurança pública – Análise da atuação do congresso nacional em 2015*. São Paulo. 2016. p. 28.

“Na esfera do Poder Legislativo, inúmeros fatores contribuíram para o incremento dos índices de encarceramento: a) **a criação de novos tipos penais** a partir do novo rol de bens jurídicos expressos na Constituição (campo penal); b) ampliação da quantidade de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal); c) **sumarização do procedimento penal, com o alargamento de hipóteses de prisão cautelar** (prisão preventiva e temporária) e diminuição das possibilidades de fiança (campo processual penal) d) criação de modalidade de execução penal antecipada prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal); e) enrijecimento da qualidade do cumprimento da pena, com a ampliação de prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução penal); f) limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal) g) ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução (campo penitenciário).<sup>91</sup>”

Nesse sentido, fazendo o raciocínio contrário em relação aos fatores que contribuem para o encarceramento de presos provisórios, foco deste trabalho, temos que a não criação de novos tipos penais contribuiria para evitar ainda mais prisões, mas, indo além, a descriminalização desses tipos penais criados pelos legisladores de fato causaria diminuição nos níveis de encarceramento.

Para Zaffaroni, a “*descriminalização é a renúncia formal (jurídica) de agir em conflito pela via do sistema penal*”<sup>92</sup>, ou seja, é considerar que algumas das condutas que hoje recebem tratamento penal podem ser contidas através de intervenção estatal de caráter não punitivo, como por exemplo as sanções administrativas e civis. Há que se discutir, por exemplo, a utilização do sistema de justiça criminal na repressão de alguns crimes de motivação econômica e sem vítimas, como os crimes da lei de drogas, por exemplo,

Caso os tipos definidos pela Lei 11.343/2006 deixassem de ser crimes, por exemplo, teríamos de imediato uma redução de aproximadamente 30% no total de presos provisórios no

---

<sup>91</sup> CARVALHO, Salo de. *Substitutos penais na era do grande encarceramento*. In: Depois do Grande Encarceramento; Cit. p. 365-366.

<sup>92</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 357.

país. Até porque, no caso das drogas, o que se nota é que as apreensões de mercadorias e prisão de pequenos traficantes, ou mesmo chefes do tráfico, é inócua em relação ao consumo, que será mantido da mesma maneira. Não à toa, vários países já estão adotando a descriminalização de algumas drogas, como a maconha.

Nesse sentido, no caderno de propostas legislativas<sup>93</sup> elaborado pelo IBCCRIM, onde foram expostas 16 medidas contra o encarceramento em massa, a quarta proposição caminha no sentido de diferenciar as condutas ligadas ao tráfico de drogas. Nota-se, através da nova redação que teria o quarto parágrafo do artigo 33, que passaria a prever a obrigatoriedade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa, quando o agente for primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas, um intuito despenalizador, vez que já é sabido que a enorme maioria dos excarcerados por tráfico é jovem, com ensino fundamental incompleto, e foi flagrada desarmada e com pouca quantidade de droga. De tal maneira, a mudança, mesmo que pontual, nesta lei penal, evitaria e reduziria o *“encarceramento de pessoas que, por sua condição pessoal ou pela baixa gravidade do fato cometido, serão melhor tratadas pelos sistemas alternativos à prisão.”* (*Idem, ibidem.* p. 16).

Além disso, o mesmo caderno também propõe, em seu terceiro item, alterações nos artigos 155 e 157, que tipificam os crimes de furto e roubo, respectivamente. Segundo a propositura, as penas dos furtos simples e qualificado não apenas seriam reduzidas, como a investigação somente seria procedida mediante representação, sendo também possível a reparação do dano ou devolução da coisa subtraída pelo agente até a sentença de primeiro grau, o que extinguirá a punibilidade. Para o crime de roubo, a proposta prevê redução da pena para situações nas quais não houver efetivo emprego de violência e em que o bem for de pequeno valor. Assim, para ambos os casos, apesar da alteração não dizer respeito diretamente à prisão processual ou às medidas cautelares diversas, é evidente que, com penas reduzidas, conseqüentemente seria reduzido o encarceramento provisório daqueles acusados por tais crimes. Ou seja, apesar das mudanças não descriminalizarem o tipo, caminhar no sentido da despenalização destas condutas contribui para melhora dos índices carcerários.

---

<sup>93</sup> IBCCRIM, *16 Medidas contra o encarceramento em massa: caderno de propostas legislativas*, 2017. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS\\_Caderno.pdf](http://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf). Acesso em: 12/06/2017 às 16:45.



O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), em meio ao manifesto colapso do sistema carcerário ocorrido no começo deste ano, também redigiu suas Propostas Para Reduzir a Superlotação e Melhorar o Sistema Carcerário<sup>94</sup>. Dentre as propostas, há três que mais se relacionam à temática da prisão cautelar, sendo a primeira a vedação da prisão preventiva para os casos de tráfico privilegiado, tipo previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da lei 11.343/2006. Ou seja, se demonstrado que o acusado não é reincidente, não tem maus antecedentes e não se dedica a atividades criminosas ou pertence à organização criminosa, ele não poderá ser preso preventivamente. Esta mudança também melhoraria o cenário prisional, até porque reforçaria o caráter excepcional da preventiva. Contudo, há que se discutir o que seriam considerados os “maus antecedentes” previstos no novo texto legal, se diriam respeito a condenações antigas ou meras anotações criminais, o que acabaria reforçando a aparelhagem da seletividade.

Ainda de acordo com o IDDD, sugere-se a proibição da custódia cautelar para crimes sem violência ou grave ameaça com pena mínima igual ou menor a quatro anos, através da modificação do artigo 313 do CPP. E, por fim, propõe-se a edição de resolução pelo CNJ, a fim de que se determine que o magistrado periodicamente passe a reavaliar a necessidade de manutenção da prisão cautelar. No que diz respeito às duas primeiras propostas, percebe-se que elas atacam mais diretamente a prisão preventiva do que a pena prevista pelos artigos, como é o caso do documento do IBCCRIM, que atingiria a decretação da preventiva apenas de maneira indireta. Já com relação ao último aspecto levantado, temos que não seria a primeira tentativa de modificar o cenário da reavaliação periódica da prisão preventiva decretada por meio de resolução do CNJ, como no caso do artigo 10 da Resolução nº 213, que ainda é pouco seguido.

De mais a mais, com a estratégia de investir em uma política de alternativas penais em detrimento da pena de prisão, o Conectas apresentou documento intitulado *10 Medidas*

---

<sup>94</sup> IDDD, *Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário*, 2017. Disponível em <http://www.iddd.org.br/index.php/2017/02/02/propostas-para-reduzir-a-superlotacao-e-melhorar-o-sistema-penitenciario/>. Acesso em: 12/06/2017 às 16:50.

*urgentes para o sistema prisional*<sup>95</sup>. Há uma alternativa em que é sugerida a possibilidade de substituição de penas de prisão de até oito anos pelas medidas cautelares diversas. A mudança, no entanto, não empolga, pois, como visto, apesar de poder fazer surtir leves efeitos nos números do encarceramento, em praticamente nada contribui para a mudança na lógica prisional, da custódia cautelar como *prima ratio*, e restringe-se a uma mudança puramente processual.

Por derradeiro, não há como tratar das atuais propostas relativas ao encarceramento de presos provisórios sem mencionar o Projeto de Reforma Global do Código de Processo Penal, em trâmite na Câmara dos Deputados desde 2010, ou seja, antes mesmo do advento da lei 12.403/2011, sob o nº. 8.045/2010<sup>96</sup>.

Até o momento o projeto ainda mantém os conceitos de garantia da ordem pública e econômica no texto legal, em seu 556º artigo. Assim como o atual artigo 312, ambos preveem a prova de existência de crime e indício de autoria como requisito para a decretação da prisão preventiva e, como finalidades, a garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução e asseguuração da aplicação da lei penal. Contudo, uma diferença é o acréscimo explícito das hipóteses de cabimento da prisão em caso de “extrema gravidade do fato” e “prática reiterada do crime pelo mesmo autor” que, apesar de não constarem no texto legal atual, já são os entendimentos aplicados pela jurisprudência para decretação da preventiva. Logo, as mudanças não trazem algo substancialmente novo, menos ainda desencarcerador.

Ademais, parece haver um conflito teleológico entre os dois últimos incisos do art. 556 com os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, que preveem, respectivamente, que “*A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena*” e “*O clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva*”. Novamente, apesar do incremento realizado, é possível vaticinar que, uma vez mais, os dispositivos não surtirão o efeito

---

<sup>95</sup> CONECTAS, *10 Medidas Urgentes para o Sistema Prisional*, 2017. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/47027-10-medidas-para-o-sistema-prisional>. Acesso em: 12/05/2017 às 13.39.

<sup>96</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº8045/2010. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010) Acesso em: 31/05/2017 às 23:40h.

pretendido, vez que é mantido o enorme campo de discricionariedade dos julgadores através da manutenção de conceitos tão vagos.

Por outro lado, o projeto prevê prazo máximo para a duração da prisão preventiva, acrescentando ainda, conforme se extrai do caput do artigo 560 que o juiz, ao decretar ou prorrogar a prisão provisória, indicará na decisão, obrigatoriamente, o prazo de duração da medida, findo o qual o custodiado será imediatamente posto em liberdade. Além disso, é inserido também o reexame obrigatório da decisão que decretou a preventiva, conforme artigo 562, que determina, independentemente do fundamento legal que motivou a decretação, a reanálise da custódia a cada 90 dias. Ambas as modificações citadas são méritos do projeto que, no entanto, ainda não garantirão, por si só, o efetivo desencarceramento.

Para finalizar a análise dos aspectos mais importantes que foram modificados ou mantidos pelo PL nº. 8045/2010, cumpre destacar a ampliação do rol de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 533, que prevê um total de 16 medidas alternativas à prisão, incluindo a própria liberdade provisória. Nesse ponto, há de se recordar, como demonstrado ao longo deste trabalho, que nunca foi a quantidade de medidas cautelares pessoais o empecilho para sua aplicação de maneira alternativa à prisão. Pelo contrário, a possibilidade de cumula-las sem limite e a falta de fixação de prazo máximo para sua duração (tampouco prevista no Projeto de Reforma Global), constituem fatores que contribuem não só para maior controle penal sobre os acusados, bem como para que o descumprimento de alguma delas justifique a determinação da prisão preventiva.

Por isso, é necessário intensificar esforços e assumir a vontade política necessária para erradicar o uso da prisão preventiva como ferramenta de controle social ou como forma de pena antecipada, assegurando que seu uso seja realmente excepcional, e não punitivista, dirimindo a lógica decorrente da mentalidade inquisitória encrustada na formação cultural dos operadores do direito.

De acordo com Salo de Carvalho, o problema é global, vez que atinge todos os atores da política e da dogmática criminal, “*tornando legítima ou ilegítima a intervenção punitivo-*

*carcerária, fornecendo condições de possibilidade de resistência ou adesão ao cenário punitivista*<sup>97</sup>”.

Ainda segundo o ilustre professor:

“(…) a figura do Juiz é central. Se o Magistrado perceber sua atividade como fundamental para o combate ao crime, seu papel de garante imparcial dos direitos será substituído pela figura de agente de segurança pública, conforme apontado por Geraldo Prado, estabelecendo perigoso protagonismo da arquitetura processual. E nesta possibilidade de mutação da figura do juiz em agente de segurança pública reside a preocupação com o ativismo judicial que, em regra – e o exercício histórico permite que esta conclusão seja colocada como argumento – é direcionado à maximização dos poderes estatais em detrimento dos direitos e das garantias individuais.” (CARVALHO, 2010, op. cit)

Ou seja, o fato do poder judiciário não poder propor, formalmente, reformas legislativas, não significa que esse esteja engessado ao texto da lei. Pelo contrário, ele pode influenciá-las ou condicioná-las a sua perspectiva. Conforme ensinamento do professor Boaventura de Sousa Santos, *“seja no combate à corrupção ou na defesa das liberdades cívicas e dos direitos humanos, tem um forte impacto e pode interferir, de forma decisiva, no processo e no sentido das reformas*<sup>98</sup>”.

Ocorre, contudo, que a *“tendência que se percebe historicamente e que se consolida na atualidade é a dos operadores do direito, sobretudo os juízes, legitimarem as reformas punitivistas e resistirem às mudanças garantistas.”* (CARVALHO, 2010. p. 234). Neste âmbito, é compreensível que a Lei nº. 12.403/2011 não tenha sequer chegado perto de atingir os resultados pretendidos. Além disso, vale ressaltar que, assim como a cultura punitivista influenciou na formação dos magistrados, a cultura inquisitória perpetuada por estes operadores do direito, contribuiu na inviabilização de eventuais mudanças legislativas, como um ciclo-vicioso. (CARVALHO, 2010)

---

<sup>97</sup> CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro. Editora Lumen Iuris, 2010. p. 233.

<sup>98</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A Justiça Penal: uma Reforma em Avaliação*. Coimbra; Centro de Estudos Sociais, 2009. p. 528.

Assim sendo, conclui de maneira magistral o professor Boaventua, no sentido de que:

“não há reformas que resolvam os problemas se não houver uma cultura judiciária que as sustente (...). Só a mudança cultural – que para que ocorra ‘amanhã’ exige que se definam e comecem a executar, desde já, os instrumentos dessa mudança – é que pode impedir atitudes de resistência a alterações legais, mais chocantes naquelas, cujo objectivo principal é o aprofundamento de direitos e garantias constitucionalmente consagrados.” (SANTOS, 2009. p. 549)

Há, portanto, que se desfazer a crença política existente na redução do encarceramento de presos provisórios por meio de leis processuais, que deveriam ser consideradas como de fato o são, meros instrumentos com relação ao Direito Penal, ou seja, meios, e não um fim em si próprias, até porque o processo penal é o caminho necessário para a pena, e não o contrário. Desse modo, a revisão política em matéria criminal que quiser de fato alterar a questão do encarceramento, deve pensar, de plano, que a prisão não tem eficácia alguma na redução da criminalidade, seja ela provisória ou definitiva, senão a de viabilizar a neutralização dos indesejáveis. Abondando-se a ótica da hegemonia política da prisão, que no âmbito processual é vista como resposta adequada, porque rápida, ao problema do crime, será possível pensar o desencarceramento de maneira eficiente e garantista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública?, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 44 São Paulo, 2003.
- AMARAL, Cláudio do Prado. Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal. São Paulo. Editora JH Mizuno, 2012, 182 p.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2007.
- BARROS, Flaviane de Magalhães/MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e Medidas Cautelares, Rio de Janeiro, Editora Del Rey, 2011, 246 p.
- BIZINOTTO, Willa Rogério. O novo regime jurídico das Medidas Cautelares como Alternativa à Prisão Cautelar. EMERJ, 2015. 21 p.
- BORGES, Rafael. Análise preliminar da Lei nº 12.403. Discursos Sediciosos nº19/20 – Crime, Direito e Sociedade, 1ª edição, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2012, 447 p.
- CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro. Editora Lumen Iuris, 2010, 290 p.
- CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: Depois do Grande Encarceramento; Organização Pedro Vieira Abramovay, Vera Malaguti Batista, Rio de Janeiro, Revan, 2010, 384 p.
- CAZABONNET, Brunna Laporte e FALAVIGNO, Chiaveli Facenda. O sistema da prisão preventiva: análise à luz do direito comparado. CONPEDI. Santa Catarina, 2015.
- CAZABONNET, Brunna Laporte. Punitivismo e medidas cautelares pessoais: uma análise criminológica e processual da expansão do controle penal. Porto Alegre, 2013. 204 f. Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Prisão Cautelar: dramas princípios e alternativas. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011. 246 p.
- FERNANDES, Antônio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª ed. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Cadernos da PUC, Rio de Janeiro, 1978.
- GARLAND, David, A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Aury Jr. O novo Regime Jurídico da Prisão Processual. Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011, 194 p.

MALAN, Diogo. Prisão processual: limites no sistema interamericano de direitos humanos. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista / organização Roberta Duboc Pedrinha e Márcia Adriana Fernandes; 1ª ed. – Editora Revan, Rio de Janeiro, 2014. 1152 p.

MALAN, Diogo. Prisão Temporária. In: Setenta anos do Código de processo penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma / Diogo Malan, Flavio Mirza coordenadores. Editora Lumen Iuris, 2011. 430p.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Análise crítica da prisão preventiva na Lei 12.403/2011: proposta à luz de modelos estrangeiros e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal: a bricolagem dos significantes. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006. 412 p.

NICOLITT, André Luiz. As Medidas Cautelares elencadas no Art. 319, CPP, introduzido pela Lei nº 12.403/11, O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal, Rio de Janeiro, EMERJ, Editora Elsevier, 2011.

NICOLITT, André. Lei nº 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares, Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. Rio de Janeiro, Editora RT, 2011, 1310 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Atualização do Processo Penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011, Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Brasil Rotário, jul. 1976.

PRADO, Geraldo & CASARA, Rubens R.R.; Dispositivos legais desencarceradores: o óbice hermenêutico. In: Depois do Grande Encarceramento; Organização Pedro Vieira Abramovay, Vera Malaguti Batista, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2010, 384 p.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Iuris, 16ª ed., rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro, 2009. 981 p.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 86, p. 289, Set/2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI/BATISTA, E. Raúl, Nilo. Direito Penal Brasileiro, Teoria Geral do Direito Penal, Rio de Janeiro, Revan, 2003, 660 p.