



# PUC

DEPARTAMENTO DE  
DIREITO

---

**LEI 12.403/11:  
O IMPACTO NO REGIME JURÍDICO  
DA PRISÃO PREVENTIVA E  
SUAS CONTROVÉRSIAS**

por

**GABRIELA RESENDE DE VASCONCELLOS**

**ORIENTADOR: André Percmanis**

**2016.2**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO  
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900  
RIO DE JANEIRO - BRASIL

**LEI 12.403/11:  
O IMPACTO NO REGIME JURÍDICO  
DA PRISÃO PREVENTIVA E  
SUAS CONTROVÉRSIAS**

**por**

**GABRIELA RESENDE DE VASCONCELLOS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: André Perecmanis

**2016.2**

Dedico meu trabalho aos meus queridos avôs Odir Vasconcellos e Sílvio Resende, que embora não estejam presentes fisicamente, serão sempre minha maior inspiração de perseverança, humildade, trabalho duro e solidariedade. Sem o exemplo que passaram seria impossível me tornar quem sou hoje.

## AGRADECIMENTOS

---

Faltam-me palavras para agradecer aos meus fãs número um, aqueles que apostam em tudo que eu faço e veem sucesso em qualquer ideia que eu tenha na cabeça. Obrigada pai e mãe pela confiança no meu trabalho, por acreditar tanto em mim e por serem o maior exemplo de que só alcançamos o que sonhamos com trabalho duro.

Minha caçula, minha irmã querida, muito obrigada! Sempre me senti responsável a ser um modelo para você, mas com o passar dos anos percebi que, no final das contas, era você que me ensinava a ser alguém melhor.

Gostaria ainda de agradecer às minhas avós Celina e Marita por serem dois exemplos grandiosos de mulheres fortes. Obrigada por me mostrar dentro de casa aquilo que eu quero ser na minha vida!

Não podia jamais deixar de agradecer a Gil, minha segunda mãe, que se faz presente desde que eu nasci e há anos dedica seu tempo e esforço para cuidar tão bem da minha família. Obrigada por sempre se mostrar tão orgulhosa de tudo que eu faço, e assim me impulsionar a ser melhor, para que assim eu possa atingir tudo aquilo que sonhamos juntas para o meu futuro.

Agradeço ainda aos meus amigos, os irmãos que eu escolhi para seguir ao meu lado pelo caminho da vida. Àqueles que já se fazem presentes há anos, muito obrigada por mais essa etapa que enfrentamos juntos, obrigada pelas palavras de incentivo e por escutar todos os meus desabafos. Àqueles que conheci há cinco anos atrás, quando entrei na PUC, meu muito obrigada especial! Não fazia ideia que seria possível criar um elo tão forte em tão pouco tempo, e vocês me mostraram o contrário. Se fecha um ciclo, mas a amizade que construímos seguirá para sempre. Obrigada Patota!

Por fim, gostaria de agradecer aos meus mestres, não só pelas lições jurídicas, mas por fazerem de mim uma amante do Direito.

## RESUMO

---

VASCONCELLOS, Gabriela Resende. Lei 12.403/11: O impacto no regime jurídico da prisão preventiva e suas controvérsias. Rio de Janeiro, 2016. 88 p. Monografia de final de curso – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Trata-se de estudo a cerca da prisão preventiva, analisando seus aspectos, desde os fundamentos até os princípios aplicáveis, com maior enfoque nas mudanças que sofreu o instituto com o advento da Lei 12.403/11, que reformou de forma parcial o Código de Processo Penal.

No que se refere a mudança legislativa, o presente trabalho demonstra a intenção do legislador de reforçar o caráter excepcional do encarceramento preventivo, positivando, por exemplo, um rol de medidas cautelares alternativas a serem adotadas.

Analisando ainda se a lei cumpriu com a finalidade de diminuir o número de presos sem sentença após aproximadamente cinco anos de sua entrada em vigor.

**Palavras chave:** Prisão preventiva; Lei 12.403/11; Reforma parcial; Excepcionalidade

# SUMÁRIO

---

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – DISTINÇÃO ENTRE PRISÃO PENA E PRISÃO PROVISÓRIA	10
CAPÍTULO 2 – A PRISÃO PREVENTIVA.....	15
2.1 <i>FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS</i> .....	15
2.2 DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	16
2.2.1 Surgimento histórico da garantia da ordem pública como fundamento para as prisões.....	16
2.2.2 Imprecisão terminológica e a afronta ao princípio da legalidade...	17
2.2.3 Da fundamentação das decisões judiciais favoráveis a prisão preventiva para assegurar a garantia da ordem pública .....	20
2.2.3.1 Gravidade do delito.....	21
2.2.3.2 Clamor social.....	25
2.2.3.3 Periculosidade do agente .....	28
2.2.3.4 A fuga.....	31
2.3 DECRETO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA .....	34
2.4 A NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA.....	36
2.5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À PRISÃO PREVENTIVA.....	39
2.5.1 O princípio da proporcionalidade .....	39
2.5.2 Nomenclatura e distinção .....	40
2.5.3 Elementos caracterizadores do princípio da proporcionalidade ....	42
2.5.3.1 Princípio da conformidade ou da adequação .....	42
2.5.3.2 Princípio da necessidade ou da exigibilidade.....	43
2.5.3.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	46
2.5.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade na decretação da prisão preventiva .....	48
2.5.5 Aplicação do princípio da proporcionalidade na revogação da prisão preventiva .....	53
2.5.6 Prescrição virtual .....	54
CAPÍTULO 3 – PANORAMA ANTERIOR À LEI 12.403/11 .....	57
CAPÍTULO 4 – A MUDANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO COM O ADVENTO DA LEI 12.403/11 .....	59
4.1 A REFORMA PARCIAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL .....	59
4.2 AS MUDANÇAS TRAZIDAS COM A LEI 12.403/11 .....	63
4.2.1 Da prisão preventiva.....	63
4.2.2 Das medidas cautelares alternativas à prisão.....	68
4.2.3 Das garantias constitucionais .....	74
4.2.4 Da nova regulamentação da prisão em flagrante.....	75
CONCLUSÃO.....	79
BIBLIOGRAFIA.....	83

## INTRODUÇÃO

---

O presente trabalho visa analisar o instituto da prisão preventiva, bem como a mudança no ordenamento jurídico após a edição da Lei 12.403/11 no que tange a sua sistemática, enunciando algumas controvérsias.

Diante da recente decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ajuizadas após o julgamento do HC 123.292/SP de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o tema se mostra ainda de importante relevância, principalmente no que tange a diferenciação de prisão pena e prisão provisória.

A mudança do entendimento jurisprudencial da Corte, firmado desde 2009, anuncia hoje que o cumprimento da pena de prisão não mais está condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, autorizando um cumprimento antecipado da pena após decisão judicial condenatória em segunda instância.

Tendo em vista a atualidade do tema, a análise do instituto da prisão preventiva e o impacto da reforma parcial do Código de Processo Penal que ocorreu em 2011, se mostra uma discussão ainda emergente no judiciário e em sede doutrinária.

Nesse sentido, a Lei 12.403 de 2011, que deu nova redação a vários dispositivos legais do Código de Processo Penal, muda o panorama no que tange ao encarceramento preventivo, afirmando seu caráter excepcional, através principalmente do aumento do rol das medidas cautelares alternativas, e temporário.

A distinção entre prisão pena e prisão provisória se torna ainda mais clara, tendo em vista o reforço do caráter cautelar da prisão preventiva, assegurando seu decreto para garantir a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. Indo mais além, a lei não altera o

fundamento da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e econômica, elemento controvertido quanto ao seu caráter cautelar.

Pela sistemática penal brasileira anterior a mudança da lei, o magistrado tinha apenas duas opções, ou decretava a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou a prisão preventiva. Sendo assim, a lei trouxe outras alternativas ao magistrado, superando a dicotomia prisão/liberdade. As medidas cautelares surgem como uma nova opção. Reforçando, na teoria, a liberdade plena como regra e consagrando o princípio constitucional da presunção de inocência, garantindo o regime democrático instituído pela Constituição de 1988.

A referida mudança se torna fundamental não só no que diz respeito a garantia do direito à liberdade daquele que está respondendo à processo criminal, como também para tentar solucionar o problema da primazia da prisão preventiva, e de seu uso indiscriminado. Dados do Ministério da Justiça mostravam em números esse quadro. Segundo o levantamento, em 2010 existiam 164.683 presos provisórios, que correspondiam a quase 37% da população carcerário, composta por 445.705 presos.

Com intuito de solucionar o problema que tinha impactos não só na violação do princípio da presunção de inocência, mas também no caos carcerário, que influía diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana, a lei surge como uma tentativa de superar a premissa de que a prisão preventiva deveria ser a única alternativa.

Tendo em vista que o processo é organizado através do desenvolvimento de atos jurídicos, e desde seu início até sua conclusão existe um período de tempo indefinido para que determinados atos processuais sejam realizados, nesse lapso temporal a efetividade do processo pode ser colocada em risco.

Por isso, as medidas cautelares se fazem necessárias para o acautelamento do processo penal, se tornando instrumentos hábeis ao desenvolvimento correto da persecução penal e a eficácia da prestação e atuação jurisdicional. Nesse sentido, pode-se dizer que as medidas

cautelares servem para garantir o bom funcionamento da função jurisdicional estatal.

Ao longo do trabalho a prisão preventiva será analisada como medida cautelar importante e necessária, mas também excepcional, aprofundando o estudo de seus requisitos, fundamentos e princípios aplicáveis, enunciando ainda o panorama anterior da lei e o impacto da mudança legislativa no instituto.

## Capítulo 1 – Distinção entre prisão pena e prisão provisória

---

A prisão enquanto privação de liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada pela autoridade judicial competente, que pode ocorrer no curso da investigação ou do processo, prisão temporária e preventiva, respectivamente, ou ainda em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

No ordenamento jurídico brasileiro são reconhecidas duas espécies de prisão, chamadas pela doutrina de **prisão pena** e **prisão sem pena**.

A prisão pena, ou prisão definitiva, ou prisão penal, ou ainda prisão-sanção é aquela fundada no cumprimento de uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, oriunda de um processo criminal que respeitou todos os princípios dispostos na Constituição Federal, tais como o do devido processo legal, da imparcialidade do órgão julgador, da presunção de inocência e da ampla defesa.

Ao final desse processo, para que estejamos diante de uma pena de prisão legal, o juiz deverá também condenar o réu através de uma sentença com decisão fundamentada baseada nas provas robustas que foram produzidas ao longo do processo.

Essa prisão tem verdadeiro caráter repressor, punitivo e sancionador, cumprindo com as funções da pena.

No que diz respeito à imposição da prisão pena após o trânsito em julgado da decisão, embora esse não seja o enfoque do trabalho, não se pode deixar de analisar a recentíssima decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, proferida no dia 05 de outubro de 2016, que entendeu por maioria<sup>1</sup> a possibilidade de execução da pena após decisão de segunda instância.

---

<sup>1</sup> Os Ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia negaram o pedido cautelar, entendendo pela possibilidade execução provisória da pena, não entendo que houvesse nenhuma inconstitucionalidade. Os votos vencidos foram dos Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Tal decisão entende que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, a primeira ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e a segunda pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

As referidas ações foram ajuizadas após decisão do Supremo Tribunal Federal que no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, no dia 17 de fevereiro de 2016, mudou o entendimento jurisprudencial da Corte<sup>2</sup>, por seis votos a quatro<sup>3</sup>, retomando

---

<sup>2</sup> Esse entendimento prevalecia desde 2009 e ocorreu no julgamento do HC 84.078/MG, que por seis votos a quatro entendeu que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

<sup>3</sup> Os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux e Carmen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pela retomada da jurisprudência anterior a 2009, entendendo pela possibilidade do cumprimento da pena de prisão após decisão da segunda instância, fundamentando seus votos, em linhas gerais, no fato de que o princípio da presunção de inocência não é absoluta, devendo ser conjugado com outros, dispostos também na Constituição e de igual importância, não sendo ele uma regra e sim um princípio que pode ser ponderado; fazendo uso do direito comparado para mostrar que em outros países desenvolvidos já entendem dessa maneira, sem que seja questionado o desrespeito ao princípio da não culpabilidade. Sua maioria também faz menção ao uso indevido de recursos, que tem a finalidade apenas de protelar a decisão final e a prisão do acusado, causando um verdadeiro sentimento de injustiça, tendo em vista a demora na prestação jurisdicional, sem contar os casos de prescrição. Nesse ponto é importante mencionar que eles entendem que somente os mais ricos tem acesso à esses recursos, culminando numa seletividade daqueles que não vão e os que vão presos. Além disso, salientam que existem outros meios para se impugnar essa decisão de segunda instância e afastar o acautelamento do acusado como o Habeas Corpus. Demonstram ainda a importância de se dar credibilidade e efetividade às decisões de instâncias inferiores, que vem sendo vistas como um local apenas de passagem para os tribunais superiores. Indo mais além, é uma constante nos votos vencedores o entendimento de que se faz coisa julgadas na primeira e segunda instância, já que a análise fática-probatória dos fatos lá é feita. Por fim, corroboram a necessidade de se modificar a interpretação sempre que a realidade social for modificada, sendo isso o que aconteceu no caso em questão.

Os votos vencidos foram dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski enaltecendo a necessidade de se manter o entendimento jurisprudencial, tendo em vista a segurança jurídica, bem como no perigo do esvaziamento do modelo garantista caso ela fosse modificada. O foco principal, que aparece em todos os votos, é a impossibilidade de interpretação do art. 5º quando trata do princípio da presunção de inocência, sendo o texto claro e preciso, não podendo ser restringido, isto é, uma *clausula insuperável*. Além disso, demonstra a impossibilidade de retornar ao *status quo ante* no caso da execução provisória dentro do direito penal, já que não há como devolver a liberdade perdida pelo indivíduo preso sem trânsito em julgado de sentença. Rebatendo os argumentos referentes à outra ação possível, os habeas corpus, demonstram que haveria um aumento absurdo na sua quantidade. Refutando o alegado pelos votos vencedores, que traz o direito comparado como meio de legitimar seu posicionamento, levantam a questão de que tanto nos Estados Unidos, como na França não há disposição constitucional ou legal de que deve-se obedecer o trânsito em julgado da condenação penal para que a pena comece a ser cumprida, diferente do Brasil, que tem uma proteção mais intensa desse direito. Sem contar as explanações que defendem a incompatibilidade da execução antecipada da pena com o regime democrático e de que a presunção de inocência não se esvazia à medida que se sucedem os graus de jurisdição. Por fim, ainda alertam para a questão penitenciária caótica do país, bem como os

o entendimento que prevalecia antes de 2009 de que o cumprimento da pena de prisão não estava condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Prosseguindo na distinção dos tipos de prisão do ordenamento jurídico brasileiro, passamos à análise da chamada prisão sem pena, ou prisão processual, que nada mais é do que toda forma de prisão provisória ou cautelar, logo, aquelas que recaem sobre o indivíduo sem que haja uma sentença definitiva.

Justamente por terem caráter precário, ou seja, não serem definitivas, podem ser decretadas e cessadas a qualquer tempo no curso da fase informativa ou da instrução penal.

Essa prisão não é uma condenação, e tem como finalidade apenas resguardar o fim esperado pelo processo, ou seja, a satisfação da pretensão, respeitando seu caráter de urgência e necessidade.

A primeira dessas prisões sem pena é a prisão cautelar, que é uma das medidas cautelares dispostas no nosso Código de Processo Penal. Essa prisão não pode ser vista e nem usada como uma pena antecipada ou um reconhecimento antecipado da culpa. Isto quer dizer que ela nada mais é do que um instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal.

Logo, como uma medida cautelar, a mencionada prisão tem caráter instrumental, visando o normal desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação do *jus puniendi*.

São duas as prisões cautelares: a prisão preventiva, objeto de estudo aprofundado do trabalho, e a prisão temporária.

A prisão temporária é regulamentada pela Lei 7.960/89, com prazo de duração de 5 dias, prorrogáveis por mais 5, e ocorre durante a fase de inquérito policial, sendo utilizada para que a polícia ou o Ministério Público

---

cuidados que o legislador se cercou com o novo Código de Processo Civil sobre o cumprimento antecipado, em seu art. 520, que deveria ser o mesmo na seara penal.

colete provas, para assegurar o sucesso de uma determinada diligência dessa fase.

A prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou da ação penal, até mesmo após sentença condenatória recorrível, respeitando a necessidade e adequação ao caso concreto, bem como a existência de indícios de autoria e materialidade do crime e o perigo do acusado estar em liberdade.

Ao nos depararmos com a prisão em flagrante, há divergência quanto à sua classificação. Enquanto a doutrina tradicional tende a classificá-la como uma prisão cautelar, esse entendimento vem sendo revisado por grande parte da doutrina, principalmente após a entrada em vigor da Lei 12.403/11, que passou a classificá-la como uma prisão precautelada.

Nesse sentido, importante citar os ensinamentos de Fernando Capez<sup>4</sup>:

“Antes do trânsito em julgado da condenação, o sujeito só poderá ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. No entanto, só poderá permanecer nessa condição em duas delas: prisão temporária e preventiva.

A prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória. Ninguém mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante. Em outras palavras, o sujeito é preso em razão do estado de flagrância, mas não permanece nessa condição por mais muito tempo. Lavrado o auto, a autoridade policial deverá remetê-lo ao juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas a partir da prisão. O juiz, então, não se limitará mais a analisar a regularidade formal do flagrante, devendo justificar se é caso de convertê-lo em preventiva. Não havendo fundamento para a prisão preventiva, o agente deverá ser solto e responder ao processo em liberdade. Antes, a pessoa presa em flagrante requeria a liberdade provisória e aguardava a concessão do benefício. A decisão era postergada muitas vezes até o final do processo-audiência, para só então ser analisada. Atualmente, logo após as primeiras vinte e quatro horas da prisão, o juiz já terá que fundamentar se é caso de prisão preventiva, justificando sua imprescindibilidade.”

Sendo assim, a prisão em flagrante nada mais é do que a visibilidade do delito, sendo ela uma medida precária, de mera detenção, que não visa garantir o resultado final do processo, mas apenas se destina a colocar o detido à disposição do juiz para que ele adote ou não uma verdadeira medida cautelar.

---

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed., São Paulo: Saraiva. 2012, p. 299.

Seguindo os ensinamento de Júlio Fabbrini Mirabete<sup>5</sup> sobre prisão em flagrante:

*“flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’”.*

Por fim, vale citar a existência da prisão civil, que acontece quando não há o pagamento de pensão alimentícia, para fins de extradição, a por crime militar próprio, em período de exceção e a de recaptura de réu evadido.

---

<sup>5</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 383

## Capítulo 2 – A prisão preventiva

---

Dentre todas as modalidades de prisão previstas no nosso ordenamento, o presente trabalho tem maior enfoque na prisão preventiva, principalmente no impacto que o instituto sofreu com a mudança legislativa de 2011, fruto da Lei 12.403/11.

Antes de adentrarmos nas mudanças trazidas pela lei que reformou parcialmente o Código de Processo Penal iniciaremos com o estudo do instituto da prisão preventiva.

### 2.1 **FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS**

Para que o decreto de prisão preventiva seja legal dois são os elementos que precisam ser verificados.

Segundo Aury Lopes Jr.<sup>6</sup>, o requisito para decretação de prisão cautelar é a existência *fumus comissi delicti*, enquanto uma probabilidade de ocorrência de um delito, isto é, a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria. Logo, o magistrado ao se deparar com o caso concreto deverá fazer esse juízo.

Seguindo os ensinamentos do autor antes mencionado, o fundamento da prisão preventiva seria portanto o *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado. Assim, a liberdade do sujeito seria uma ameaça ao normal desenvolvimento do processo, sendo usada como fundamento para garantir a ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

No que tange a essas duas categorias do processo penal, *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*, a doutrina tradicional, que segue diretrizes do direito civil, ao analisar os requisitos das medidas cautelares identifica-

---

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

os como *fumus boni iuris*<sup>7</sup> e *periculum in mora*<sup>8</sup>, seguindo as lições de Calamandrei<sup>9</sup>. O autor busca a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal.

Assim classifica Fernando Capez, que entende por pressuposto para o decreto de prisão preventiva o *fumus boni iuris* e como requisito o *periculum in mora*<sup>10</sup>.

## **2.2 DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

O art. 312 do Código de Processo Penal enuncia como fundamento da prisão preventiva a garantia da ordem pública:

*“A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.”*

### **2.2.1 Surgimento histórico da garantia da ordem pública como fundamento para as prisões**

A gênese da prisão preventiva para a garantia da ordem pública foi na Alemanha nazifascista, na década de 1930, momento em que o fundamento para legitimar o encarceramento surge no ordenamento jurídico.

Durante o referido período buscava-se a utilização de expressões vagas, abertas e imprecisas que tornassem possíveis prisões de pessoas

---

<sup>7</sup> Em discordância com Calamandrei, Aury Lopes Jr. entende que não se pode afirmar que o delito é a fumaça do bom direito, já que se trata justamente da negação do direito. Logo, o requisito para decretar a medida coercitiva cautelar, a probabilidade é da existência de um fato punível. Logo, pela sistemática do Código de Processo Penal, a prova de existência do crime e indícios de autoria. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>8</sup> Aury Lopes Jr. entende que o *periculum in mora* não é requisito, mas sim fundamento da medida cautelar, e ainda que o *periculum in mora* se adequa perfeitamente às medidas cautelares reais, mas que no caso das medidas coercitivas o risco do processo decorre da situação de liberdade do sujeito e não do tempo do processo. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>9</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

<sup>10</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 330 e 331.

contrárias ao sistema implantado na época. Ou seja, a intenção era realmente obter uma autorização abstrata para a prisão<sup>11</sup>.

A garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro na redação original do Código de Processo Penal, em 1941, e permanece até hoje sem modificações.

Tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.208/2011, sob a relatoria do Deputado Ibrahim Abi-Ackel, que visava alterar o sistema de medidas cautelares. Projeto este que depois se transformou na lei 12.403/11.

Nesse projeto buscava-se modificar essa realidade, retirando do nosso ordenamento a prisão para preservação da ordem pública, sob o argumento de que estaríamos diante de uma medida indeterminada e vaga. Entretanto, ao longo da tramitação do projeto, foi aprovada uma Emenda Substitutiva Global que resgatou o texto original de 1941<sup>12</sup>.

### **2.2.2 Imprecisão terminológica e a afronta ao princípio da legalidade**

O que podemos entender por garantia da ordem pública? Esse é o primeiro questionamento a ser feito quando pensamos em decretar a prisão preventiva sob esse fundamento.

A expressão “garantia da ordem pública”, como demonstrado anteriormente, era usada na Alemanha nazifascista para tornar possível, e legítima, a prisão de opositores do regime, justamente por ser extremamente imprecisa, possibilitando sua utilização de diversas maneiras.

---

<sup>11</sup> ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. *(Re)pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação de prisões cautelares*. Boletim 256 – Março/2014. Artigo disponível em <http://www.ibccrim.org.br>

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Trata-se de expressão lacunosa e vaga, impassível de uma definição objetiva<sup>13</sup>, que garanta a segurança jurídica que nosso ordenamento jurídico exige.

Seguindo entendimento doutrinário, a arbitrariedade do fundamento da prisão preventiva para garantia da ordem pública é inerente ao próprio instituto, justamente devido a sua imprecisão semântica, permitindo que as mais variadas situações sejam incluídas nesse conceito, abrindo inúmeras possibilidades de encarceramento provisório que não se encaixam nas exigências de caráter cautelar propriamente dito<sup>14</sup>.

Tendo em vista tamanha imprecisão, pode-se entender que o princípio da legalidade vem sendo violado, princípio esse que tem na sua principal faceta a exigência de precisão da lei. Nesse sentido, o referido princípio exige que seja proporcionado ao cidadão o conhecimento acerca do limite da intervenção punitiva estatal, para que ele esteja protegido do arbítrio do próprio Estado.

Por conseguinte, não se estabelece qualquer critério que torne possível o controle do ato jurisdicional da decretação da prisão com tamanha imprecisão da expressão.

O uso de expressões indefinidas, principalmente no âmbito do processo penal, viola o princípio da legalidade, e quando dizem respeito às cautelares pessoais violam ainda o princípio da liberdade.

Diante da utilização de expressão vaga é provocada insegurança jurídica, já que não se sabe mais qual situação o juiz irá se utilizar de tal

---

<sup>13</sup> Segundo Aury Lopes Junior: “Grave problema encerra ainda a prisão para a garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despidido de qualquer referencial semântico. Sua origem na Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma dissimulada, tem servido a deferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão ‘bem’ sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes”. LOPES jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 840.

<sup>14</sup> ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. *(Re)pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação de prisões cautelares*. Artigo disponível em <http://www.ibccrim.org.br>

argumento para restringir a liberdade do acusado, gerando um controle da vida social<sup>15</sup>.

Portanto, o uso de uma expressão indeterminada, como é o caso da garantia da ordem pública, permite que o detentor do *jus puniendi*, de forma livre, a interprete da maneira que melhor lhe convêm, afastando a incidência de garantias fundamentais, como no caso em tela o direito à liberdade. Tornando possível então que se faça valer o interesse de punir do Estado em detrimento de garantir direitos fundamentais daqueles que estão sendo investigados ou acusados e impossibilitando o controle do decreto da prisão por parte da sociedade.

Caso se entenda constitucional o uso do termo garantia da ordem pública, é mister a orientação de que sua interpretação deve ser feita de maneira restritiva, tendo em vista que se trata de norma processual penal material, cuja obediência aos princípios constitucionais é requisito de legitimidade.

Entretanto, a interpretação dada pela maioria dos aplicadores de direito é extensiva, a relacionando aos mais diversos motivos, tais como o clamor social, a gravidade do delito, periculosidade do agente, entre outros.

Nesse sentido vale destacar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que legitima a prisão preventiva do acusado na ordem pública, em razão da gravidade do delito:

*“Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto do delito, cifrada na significativa quantidade de substância entorpecente apreendida (1 tijolo de maconha com 160,88 gramas e 2 eppendorfs contendo 1,7 gramas de cocaína), além de R\$292,00 em dinheiro, o que confere lastro de legitimidade à medida extrema.”<sup>16</sup>*

---

<sup>15</sup> Enuncia ainda nesse sentido Pablo Rodrigo Alflen: “...a intervenção na esfera do direito fundamental de liberdade por meio de uma cláusula geral absolutamente vaga como a ‘garantia da ordem pública’ implica na ultrapassagem dos limites de discricionariedade que foi outorgada ao legislador e que intervém de maneira absolutamente desproporcional no direito fundamental de liberdade”. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Garantia da ordem pública e violação do princípio da proporcionalidade*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>

<sup>16</sup> Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 62.231/SP, 6ª Turma do STJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado no dia 25/08/2015

Seguindo a mesma linha, temos decisões como:

*“Mostra-se idôneo o decreto de prisão preventiva quando assentada na garantia da ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada não pela gravidade in concreto do delito, em razão de seu modus operandi, mas também pelo risco real de reiteração delitiva.”<sup>17</sup>*

### **2.2.3 Da fundamentação das decisões judiciais favoráveis a prisão preventiva para assegurar a garantia da ordem pública**

Por se tratar de um termo extremamente amplo, dando margem para uma interpretação variada por parte do aplicador do direito, vários são os argumentos usados por eles para justificar o acautelamento cautelar. Dos mais variados, vale citar alguns deles, tais como a gravidade do delito, a periculosidade do agente, o clamor social e a fuga.

Revela-se lapidar nesse ponto, tendo em vista os fundamentos que são invocados para justificar a prisão preventiva, o magistério de Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>18</sup>:

*“A idéia de ‘ordem pública’, longe de representar um conceito que pode ser corretamente delimitado, constitui um recurso retórico do legislador, utilizado ‘com o objetivo de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica’ e que implica ‘a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerente aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica.*

*(...)*

*No caso especial da prisão cautelar, o apelo à ‘ordem pública’ representa, em última análise, a superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, que se postula fundamental à matéria, para propiciar a atribuição de um amplo poder discricionário ao juiz, que nesse particular fica sujeito a limitação senão da própria ‘sensibilidade’.*

*Apesar dessa apontada nebulosidade, o recurso à ‘ordem pública’, em matéria penal e processual-penal tem uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais.*

*À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidade do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em ‘exemplariedade’, no sentido de imediata reação ao delito, que teria*

---

<sup>17</sup> Habeas Corpus 128.779/SP, 2ª Turma do STF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado no dia 20/09/2016

<sup>18</sup> *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 66/68 e 81.

*como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou ainda, em prevenção especial, assim pretendida a necessidade de se evitarem novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso à práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado.*

*Parece evidente que nessas situações a prisão não é um 'instrumento a serviço do instrumento', mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.*

*O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada a priori.*

*Essa incompatibilidade se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação ao delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária. (...)*

*Sendo assim (...), não são suficientes à motivação das decisões sobre prisão as referências à 'ordem pública', à gravidade do delito ou aos antecedentes do acusado, sendo indispensável que se demonstre cabalmente a ocorrência de fatos concretos que indiquem a necessidade da medida por exigências cautelares de tipo instrumental ou final.”<sup>19</sup>*

Passamos agora à análise de alguns dos fundamentos usados pelos magistrados para basear suas decisões de decreto de prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública.

### 2.2.3.1 Gravidade do delito

Dentre os argumentos mais utilizados pelo Poder Judiciário para se decretar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública encontra-se a gravidade do delito.

Verificamos nas decisões a existência dos chamados crimes graves, como por exemplo o roubo, o tráfico de drogas, o sequestro, entre outros, que tem sua prisão preventiva decretada quase que de forma automática, tomando como base exclusivamente sua gravidade.

---

<sup>19</sup> Passagem retirada do voto do Ministro Celso de Mello, relator no HC 89.501-8/GO, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Outro alvo das prisões preventivas decretadas tão somente lastreadas na gravidade do delito são os crimes hediondos, previstos em lei.

Esse posicionamento não é o mais compatível em um regime democrático, ainda mais quando o texto constitucional e infraconstitucional não prevê a prisão sob esse fundamento. Indo mais além, nem mesmos os crimes definidos como hediondos, ou seja, de natureza gravíssima, impõem a prisão preventiva obrigatória.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal — em inúmeras oportunidades de manifestação sobre o tema — é claro em entender que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, por si só, a privação cautelar do *status libertatis* daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado<sup>20</sup>. Esse vem sendo o entendimento observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito da referida Corte.

Na decisão de Medida Cautelar em Habeas Corpus 118.580/SP, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, tal proibição também foi feita:

*“Impede assinalar, por isso mesmo, que a gravidade em abstrato do crime não bastaria para justificar, só por si, a privação cautelar da liberdade individual do paciente.*

*O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta, “per se”, a justificar a privação cautelar do “status libertatis” daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.”*

O voto ainda faz menção aos sucessivos julgamentos<sup>21</sup> proferidos no âmbito da Corte, mesmo quando se trata de imputação de crime hediondo ou os juridicamente equiparados.

Cabe enaltecer ainda o RTJ 137/287 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

*“**A gravidade** do crime imputado, um dos malsinados ‘crimes hediondos’ (Lei 8.072/90), **não basta à justificação da prisão preventiva** que tem*

---

<sup>20</sup> Voto do Ministro e Relator Celso de Melo em julgamento do HC 89.501-8/GO na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal

<sup>21</sup> São os julgamentos: RTJ 172/184, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RTJ 182/601-602, Rel. p/ o acórdão Min Sepúlveda Pertence; RHC 71.954/PA, Rel. Min Sepúlveda Pertence.

*natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se **legítima** quando a tanto se mostrar necessária: **não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual entretanto, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5, LVII).***” (grifo do autor).

Mostra-se importante ter presente neste trabalho a decisão do Ministro Celso de Mello no HC 89.501/GO, em que era relator, acerca do tema:

**“A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DE LIBERDADE.**

*- **A natureza** da infração penal **não constitui, só por si, fundamento justificador** da decretação da prisão cautelar **daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.***” (grifo do autor)

Outros são os precedentes nesse mesmo sentido, como a decisão em sede de medida cautelar em Habeas Corpus 96.219-0/SP, de relatoria do Ministro Celso de Melo:

*“**A gravidade em abstrato** do crime **não basta, por si só, para justificar** a privação cautelar da liberdade individual do **suposto autor do fato delituoso.***

*O Supremo Tribunal Federal **tem advertido** que a natureza da infração penal **não se revela** circunstância apta a legitimar a prisão cautelar **daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.***” (grifo do autor)

Importante ainda o HC 93.883-3/SP, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Celso de Melo:

*“**Impende assinalar que a gravidade em abstrato** dos crimes – extorsão mediante sequestro e fraude processual, no caso em exame – **não basta para justificar** a privação **cautelar** da liberdade individual dos **pacientes.**”* (grifo do autor)

No que diz respeito à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, cabe por fim uma última decisão, que corrobora o entendimento de que a gravidade do crime imputado ao acusado não pode ser motivo para decretar sua prisão preventiva. A decisão dada em HC

83.943-6/MG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio mais uma vez reforça esse posicionamento:

*“PRISÃO PREVENTIVA. NÚCLEOS DE TIPOLOGIA. IMPROPRIEDADE. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta.”.*

A ilegalidade da prisão preventiva baseada na gravidade do delito está justamente na violação do princípio da não culpabilidade, o da presunção de inocência, princípio este que impede que o Estado trate como se culpado fosse aquele que ainda não sofreu condenação penal transitada em julgado.

Logo, não pode presumir-lhe a culpabilidade, devido vedação constitucional presente no art. 5, inciso LVII da Constituição Federal.

Sendo assim, a presunção de inocência, além de representar uma importante garantia constitucional, é estabelecida em favor de qualquer pessoa, sendo irrelevante a gravidade do delito por ela supostamente cometido, também se impõe como uma limitação ao poder do Estado, impedindo que formule, de modo abstrato e antecipado, juízo de culpabilidade contra aquele que ainda não sofreu condenação criminal transitada em julgado<sup>22</sup>.

Ao delinear o círculo de proteção em torno da pessoa do réu, o processo penal inibe a opressão por parte do Estado, impondo ao órgão acusador o ônus integral da prova<sup>23</sup>.

Se utilizada sob tal justificativa, a prisão preventiva serviria para punir sem processo, violando de forma flagrante princípios e mandamentos constitucionais e infraconstitucionais.

A ilegalidade se estende para as decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no reconhecimento de fatos que se

---

<sup>22</sup> Decisão do Relator Ministro Celso de Melo em Medida Cautelar em HC 96.219-0/SP

<sup>23</sup> Ibidem

relacionam à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal, pelos mesmos motivos acima expostos.

Portanto, não se pode antecipar um juízo de culpabilidade de um delito grave que o acusado supostamente cometeu para privar-lhe de seu principal bem, sua liberdade.

### 2.2.3.2 Clamor social

Pode-se dizer que existe influência dos meios de comunicação na sociedade atual, em todos os aspectos. A globalização e o avanço da tecnologia, aliados ao aumento no consumo de informações, que é difundida de maneira cada vez mais veloz, conferem aos meios de comunicação um papel de destaque.

Enquanto todos estão conectados, a influência que a mídia tem na opinião da sociedade sobre os mais diversos temas é enorme e um dos temas que vem ganhando destaque nos meios de comunicação é a criminalidade.

Os noticiários estão cada vez mais explorando a violência social, abusando na exibição de imagens, de forma rotineira. E os programas sensacionalistas, voltados exclusivamente para a cobertura de crimes, ganham cada vez mais espaço e audiência.

Uma parcela dessa mídia acaba por fazer julgamentos, supervalorizando as matérias, sem que o estado de inocência daqueles que estão acusando seja respeitado.

Deparamo-nos então com comunicadores, despreparados juridicamente, emitindo parecer sobre casos reais, sem qualquer compromisso com o conhecimento ou com a causa<sup>24</sup>.

A mídia colabora de forma significativa na formação da opinião da sociedade de maneira geral, o que é ainda agravado pelo constante

---

<sup>24</sup> CASTRO, Douglas Camargo de. *“Estado de inocência e a ordem pública: prisão preventiva e violação dos direitos humanos.* Pode ser encontrado em: [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca\\_etds.php?srsecao=resultado&nrseq=12282@1](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?srsecao=resultado&nrseq=12282@1)

sentimento de insegurança e impunidade, tendo em vista os altos índices de criminalidade atuais<sup>25</sup>. O que culmina num verdadeiro estado de pânico generalizado, ante a crescente criminalidade.

Nesse sentido enuncia Marco Antonio R. Nahum, desembargador aposentado do TJ/SP:

*“A informação constante e ininterrupta manipula a consciência das pessoas, que passam a aceitar as suas idéias como verdades absolutas, ao mesmo tempo que transmite uma concepção ambígua da violência. O escândalo, o medo e a insegurança generalizada são ingredientes básicos para a venda de notícias. Os meios de comunicação transmitem a idéia de que o Estado-nação está fragilizado na sua capacidade de proteger a cidadania ante seu ‘obsoletismo’. Todos se sentem inseguros. Com isso, a mídia pleiteia uma contraposição mais violenta do Estado-nação, e todos clamam por um direito penal de penas mais severas e vingativas.*

*Como consequência, o Direito Penal torna-se muito mais um instrumento político, a serviço do Estado, do que ultima ratio de uma ampla política social voltada a proteção dos direitos e da cidadania.”<sup>26</sup>.*

Por conseguinte, visando abrandar esse sentimento, o poder judiciário tem utilizado a prisão preventiva sob o argumento de garantia da ordem pública. Transformando-a em um instrumento de repressão ao crime, perdendo sua real natureza cautelar.

Isto posto, a prisão passa a cumprir funções reais de pena antecipada, que são incompatíveis com a sua natureza de acautelamento da instrução criminal.

A forma de reprimir o crime e a violência não é através da supressão do processo, com condenação antecipada do acusado, mas sim através de

---

<sup>25</sup> A partir desse estereótipo apresentado pela mídia, a sociedade acaba por criar uma empatia enorme pela vítima, e perde seu senso racional passando a enxergar o criminoso como um inimigo, cujos direitos e garantias constitucionais não devem ser respeitados, visando assim uma “justiça” a qualquer custo. Esse sentimento se agrava com a propagação do pensamento de que o criminoso nunca é punido, que a justiça não é eficaz e célere, colocando o cidadão em uma situação de total insegurança.

Por consequência dessa instabilidade emocional da sociedade em geral, o judiciário se vê pressionado a cada vez mais prender preventivamente sem que haja a devida cautela com a natureza dessa prisão, desrespeitando assim a Constituição e todo seu ideário de garantias. Perdendo assim sua imparcialidade.

<sup>26</sup> NAHUM. Narcis Antoinio R. *O retorno dos conceitos de periculosidade, de inocuização, como “defesa” da sociedade globalizada*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Boletim 161, Abril 2006.

um projeto de segurança pública, pensado e planejado pelos órgãos competentes.

Além disso, o fervor popular com relação à prática de uma determinada infração deve ser respondido com o respeito ao devido processo legal e com uma prestação jurisdicional rápida e eficiente, respeitando sempre as garantias constitucionais do indivíduo.

Sendo assim, os direitos fundamentais, que são verdadeiras conquistas históricas, são taxados como obsoletos e desnecessários frente essa necessidade de se fazer justiça.

O alarde social é perigoso justamente por se tratar de um sentimento irracional, de vingança, em busca de uma punição imediata sem a devida apuração dos fatos pelos órgãos competentes, que acaba por ignorar os direitos e garantias fundamentais.

A partir desse clamor público, o juiz, que embasa o acautelamento preventivo nesse fundamento, acaba por fazer um julgamento antecipado e irracional, sem a imparcialidade que lhe é exigida.

Posiciona-se nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em diversos de seus julgados. No HC 89.501/GO de relatoria do Ministro Celso de Melo, sua decisão corrobora o posicionamento aqui esclarecido:

*“A prisão cautelar, em nosso sistema jurídico, não deve condicionar-se, no que concerne aos fundamentos de sua decretabilidade, ao clamor emergente das ruas, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado essencial da liberdade.*

*Esse entendimento constitui diretriz prevalecente no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que a repercussão social do delito e o clamor público por ele gerado não se qualificam como causas legais de justificação da prisão processual do suposto autor da infração penal (...).” (grifo do autor)*

Entendimento este que se mantém igual na RTJ 187/933-934, de relatoria do Ministro Celso de Melo.

Vale o destaque à decisão da Ministra Carmen Lúcia, relatora do HC 118.580/SP:

*“Cabe advertir neste ponto, que nem mesmo eventual clamor público poderia erigir-se em fator subordinante da decretação ou da manutenção da prisão cautelar de qualquer pessoa.*

*A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que o estado de comoção social e eventual indignação popular, motivada pela prática de infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso.*” (grifo do autor)

Importante citar ainda a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em sede de HC 83.943-6/MG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

*“PRISÃO PREVENTIVA – CLAMOR PÚBLICO. A repercussão do crime na sociedade do distrito da culpa, variável segundo a sensibilidade daqueles que a integram, não compõe a definição de ordem pública a ser preservada mediante preventiva. A História nos retrata a que podem levar as paixões exacerbadas, o abandono da razão.”*

Esse entendimento constitui diretriz prevalente no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal por várias vezes, como na RTJ 112/1115, 1119, Rel. Min. Rafael Mayer; RT 598/417 – RTJ 172/159, Rel. Min. Néri da Silveira; HC 71.289/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão; RHC 64.420/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho.

Concluindo, a garantia da credibilidade da justiça não é assegurada através da decretação de prisões, mas sim através da preservação de um processo efetivo, justo e imparcial, sem omissão quanto as garantias e direitos fundamentais. Bem como a prisão processual sob fundamento de repercussão e clamor social violam o princípio da liberdade.

### 2.2.3.3 Periculosidade do agente

Mais um fundamento utilizado nas decisões que impõe a prisão cautelar para garantir a ordem pública é a periculosidade do agente que supostamente teria cometido o delito.

Para aferir a periculosidade do acusado os magistrados fazem uso de seus antecedentes criminais e da maneira como o crime teria sido cometido,

como por exemplo com o emprego de violência, ameaça e requintes de crueldade.

Logo, o acusado, que por sorte, não tenha sido preso pela gravidade do delito cometido, acabaria sendo preso preventivamente pela sua periculosidade, auferida pelo seu comportamento no passado.

No que diz respeito ao encarceramento preventivo que toma como base os antecedentes do acusado, o direito penal do fato é abandonado, ganhando destaque então o direito penal do autor. Ou seja, o agente deixa de ser punido pelo que ele fez, mas sim pelo que ele é.

Essa diretriz é incompatível com o regime democrático, que exige a ocorrência de um fato relevante que cause lesão ou ameaça de lesão significativa a um bem jurídico para que se puna e prenda.

No momento em que o magistrado decreta a prisão preventiva do acusado baseando-se em sua periculosidade ele está fazendo um juízo de probabilidade, tomando como parâmetro dados vagos e imprecisos, que não lhe fornecem a certeza se está ou não diante de um indivíduo perigoso.

Juízo esse que só poderia ser feito através de exames clínicos e entrevistas com profissionais da área, e que mesmo feito dessa maneira, tem sua constitucionalidade questionada<sup>27</sup>.

Somada a justificativa da periculosidade do agente, as decisões pela segregação do acusado também se baseiam na possibilidade de delinquir novamente do acusado, caso permaneça em liberdade.

Outro argumento que se mostra vago e violador do princípio da presunção de inocência, já que faz um julgamento sumário do acusado, o

---

<sup>27</sup> Sobre a fragilidade e imprecisão dos exames criminológicos escrever Miguel Reale Júnior: “Na prática, além dos percalços da imensa demora na realização dos exames criminológicos, na sua maioria estes se reduzem a uma entrevista de poucos minutos, sendo os laudos antes uma interpretação do fato imputado, mais do que análise fundada em aspectos da personalidade do condenado. E mesmo quando se adentra no exame psicológico e social do condenado o resultado é fruto de conclusões não apenas discricionárias, mas arbitrárias, sujeitas a toda e qualquer elucubração ou consideração livremente subjetiva, como se constatou quando da elaboração do Diagnóstico do Sistema Criminal no ano de 2000.” REALE, Miguel. *Tentativa de eliminação do critério de periculosidade*. Artigo disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> Boletim 140. Julho/2004.

presumindo culpado e tendente a cometer outros delitos, antecipando assim a sua punição.

Seguindo esse entendimento, temos novamente os ensinamentos de Marco Antonio R. Nahum, desembargador aposentado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“... no ‘mundo globalizado’ crimes clássicos, tais como sexuais, o tráfico de entorpecentes, os leves contra o patrimônio (e sua reincidência), e ainda o de ‘organização criminosa’ (leia-se ‘terrorista’) são tratados pela mídia como se fossem causas da ‘nova’ insegurança social, e seus autores são considerados ‘perigosos’ ou ‘inimigos sociais’, para conviver na sociedade em que se desenvolveram. Considera-se aqui, uma probabilidade de risco futuro, similar à dos seguros, e se ‘inocuíza o perigoso’.*

*É essa ‘psicologia do medo do autor perigoso’ que faz ressurgir o conceito de ‘periculosidade’ como ‘probabilidade de risco futuro’, e o de ‘inocuízação punitiva’ do ‘perigoso’.”<sup>28</sup>*

Recai assim sobre o acusado, e sobre o condenado, um estigma de inimigo do Estado, incapaz de se reinserir na sociedade, passando a ser visto como um indivíduo irrecuperável, cujos direitos podem ser facilmente relativizados<sup>29</sup>.

Consequentemente, o uso do direito penal e penitenciário é exacerbado, bem como o do direito processual penal, principalmente através da aplicação desenfreada da prisão preventiva.

Nesse sentido, vale observar como vem se posicionando a jurisprudência sobre o tema, como é o caso do informativo nº 0585 do Superior Tribunal de Justiça, que extrai sua redação do julgamento do RHC 63.855/MG de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro e relatoria para acórdão do Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado no dia 11/05/2016:

---

<sup>28</sup> NAHUM. Narci Antoinio R. Ibidem.

<sup>29</sup> O direito penal do inimigo é uma tese elaborada pelo alemão Gunther Jakobs que, em linhas gerais, pugna pela aplicação de normas mais severas, com eliminação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo que comete crimes. Sendo assim, a atuação do Estado, frente a esse agente transgressor, é de verdadeira guerra, tendo em vista que este foi de encontro com os ditames do Estado, infringindo a lei, o contrato social. E que por isso não merece ser tratado como cidadão, como humano, não podendo gozar dos benefícios de fazer parte da sociedade. Logo, já que não são humanos, não são cidadãos, podem ter seus direitos relativizados e suprimidos. Fica claro o caráter de direito penal do autor nessa teoria, que seleciona e etiqueta os indivíduos de acordo com seu comportamento, deixando de lado o sistema acusatório e os princípios constitucionais basilares, tais como a presunção de inocência, o devido processo legal, a imparcialidade do julgador e a liberdade.

“No que concerne às medidas cautelares pessoais, o conceito de *periculum libertatis* denota exatamente a percepção de que a liberdade do investigado ou acusado pode trazer prejuízos futuros para a instrução, para a aplicação da lei ou para a ordem pública. É válida a prisão preventiva para garantia da ordem pública, de maneira a evitar a prática de novos crimes pelo investigado ou acusado, ante a sua periculosidade, manifestada na forma de execução do crime, ou no seu comportamento anterior ou posterior à prática ilícita. Ademais, não há como escapar da necessidade de aferir se o bem jurídico sob tutela cautelar encontra-se sob risco de dano, o que, no âmbito criminal, se identifica com a expressão *periculum libertatis*, isto é, o perigo que a liberdade do investigado ou réu representa para a instrução criminal, a aplicação da lei penal ou a ordem pública e/ou econômica. Ao menos no que toca a este último fundamento, sua invocação como motivo para a decretação da cautela extrema funda-se em avaliação concreta da periculosidade do agente, ou seja, a probabilidade de que o autor de um facto-crime repita a sua conduta típica e ilícita. Assim, a probabilidade de recidiva do comportamento criminoso se afere em face do passado do réu ou pelas circunstâncias específicas relativas ao *modus operandi* do crime sob exame. Lembre-se que, também para fins cautelares, se aceitam como válidos os registros em folha de antecedentes penais ainda não definitivamente convolados em sentenças condenatórias, porquanto se, de um lado, não servem para elevar a pena, permitem ao juiz da causa, por outro lado, avaliar se a prisão do réu/investigado é necessária para preservar a ordem pública, ante a perspectiva de cometimento de novos crimes pelo acusado.

(...)

A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social, quais os atos infracionais praticados. Se estes não servem, por óbvio, como antecedentes penais e muito menos para firmar reincidência (porque tais conceitos implicam a ideia de "crime" anterior), não podem ser ignorados para aferir o risco que a sociedade corre com a liberdade plena do acusado.”

#### 2.2.3.4 A fuga

Por fim, um dos temas que também vem sendo discutido no âmbito criminal é a legitimação da prisão preventiva não em razão dos seus pressupostos cautelares, mas sim por conta da fuga do acusado, garantindo em última instância a chamada ordem pública.

No que se refere à jurisprudência, em sede de tribunais superiores, sobre o tema, alguns julgados prestigiam a tese de que a fuga do acusado por si só bastaria para que se ensejasse a sua prisão preventiva.

Tal entendimento se baseia primordialmente na assertiva de que a lei penal deve ser cumprida, bem como as ordens judiciais, já que são representações do amparo para que a ordem social seja mantida, e consequentemente haja segurança e harmonia na comunidade.

Nesse sentido é a decisão do HC 339.306/SP, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 15/09/2016:

*“Salienta, ainda, o Magistrado de piso, que a prisão se justifica pela fuga do paciente do distrito da culpa. Assim, restou devidamente motivada a necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.”*

Entretanto, vale ressaltar que há jurisprudência que segue o caminho contrário, entendendo justamente que a fuga do acusado só por si não pode ser elemento justificador de decretação de prisão, como ocorre por exemplo no HC 89.501/GO, de relatoria do Ministro Celso de Mello, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

*“A mera evasão do distrito de culpa — seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar — não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu.*

*A prisão cautelar — qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) — somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do ‘status libertatis’ do indiciado ou do réu. Precedentes.”*

Ainda em seu voto, o Ministro demonstra que em momento anterior, a jurisprudência do Segunda Turma era em sentido contrário, prevalecendo o entendimento de que a fuga do acusado por si só já justificaria o decreto de prisão preventiva.

Como é o caso no HC 81.780/RJ, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, no HC 82.904/PA, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, no HC

82.949/RJ de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, HC 83.106/RJ de relatoria da Ministra Ellen Gracie, no HC 83.555/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e no HC 85.764/RO de relatoria do Ministro Carlos Velloso.

Contudo, também reconhece que a Suprema Corte, em recorrentes pronunciamentos emanados por ambas as Turmas, vem registrando uma mudança na sua orientação jurisprudencial, passando a entender que não basta a fuga do acusado para que o decreto da prisão preventiva seja legítimo.

São os julgados nesse sentido: RTJ 180/262 de relatoria do Ministro Celso de Mello, HC 87.838/RR de relatoria do Ministro Cezar Peluso, HC 87.425/PE de relatoria do Ministro Eros Grau e o HC 85.900/MG, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

O entendimento que prima pela liberdade do acusado e excepcionalidade da prisão preventiva é baseado no fato de que o movimento de fuga é natural da liberdade, ainda mais quando o acusado está contestando a validade jurídica de uma decisão que entende arbitrária, e que acaba por atingir seu *status libertatis*<sup>30</sup>.

Merece destaque a seguinte passagem do voto:

“Esta Suprema Corte tem enfatizado, especialmente quando se tratar, como no caso, de pessoa sem antecedentes penais, com domicílio certo e com profissão definida, que a fuga — quando motivada pelo exclusivo propósito de evitar a prisão cautelar — não autoriza, só por si, a adoção dessa medida excepcional (RHC 59.386/PE, Rel. Min. SOARES MUÑOZ), como também não a legitima o fato de ‘subtrair-se, o acusado, escondendo-se, ao cumprimento de decreto anterior de prisão processual’ (RTJ 175/715, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

Impõe-se rememorar, bem por isso, recente decisão (anteriormente mencionada) que esta corte proferiu no sentido de que ‘É legítima a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal, porque lhe pesa ônus de se submeter a prisão cuja legalidade pretende contestar’ (HC 87.838/RR).”

Na doutrina os argumentos seguem a mesma linha de raciocínio, enfatizando a probabilidade de erros por parte dos magistrados, que

---

<sup>30</sup> HC 89.501/GO, relatoria do Ministro Celso de Mello na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

impossibilitaria uma obediência cega aos seus comandos, principalmente quando se trata da privação de liberdade<sup>31</sup>.

Vai além, afirmando que estamos hoje diante de um processo penal em que a prisão preventiva não aparece mais para tutelar os valores do processo, mas sim para afirmar o dever de obediência dos cidadãos diante da autoridade do juiz, impondo que o acusado, mesmo diante de um encarceramento arbitrário e achando-se inocente, coloca em jogo o seu bem mais precioso, sua liberdade<sup>32</sup>.

Ainda, seguindo essa linha de pensamento, não se pode presumir que o acusado que evade irá posteriormente se furtar do cumprimento da pena, tendo em vista que se trata de um instinto natural de liberdade de um ser humano que quer se pôr salvo de uma prisão ilegítima, que ocorre antes mesmo do trânsito em julgado de uma sentença penal.

Impondo-se nesse sentido a observância do princípio da presunção de inocência, e de sua regra de tratamento, que impede que o poder público trate o acusado como se culpado fosse.

Portanto, seguindo ensinamento de Carnelutti<sup>33</sup>, a presunção de inocência impõe ao juiz que presuma também a obediência do acusado ao chamamento do Estado, e só com a quebra dessa presunção poderia se considerar uma medida restritiva de liberdade para resguardar a aplicação da lei penal.

### **2.3 DECRETO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA**

Assim como o fundamento da garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica apresenta algumas questões passíveis de intensa discussão, embora a questão seja pouco difundida na doutrina.

Um dos pontos comum aos dois é a imprecisão do significado da expressão, por se tratar de termo vago e genérico, podendo ser considerado

---

<sup>31</sup> TORON, Alberto Zacharias. *A fuga após a prisão preventiva*". Artigo disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. Boletim 149 – Abril de 2005

<sup>32</sup> Ibidem

<sup>33</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*, cit., v. II, p.71.

portanto ilegal por ferir o princípio da legalidade. Outro diz respeito à uma antecipação da pena, não sendo possível vislumbrar nesse fundamento a natureza cautelar exigida da medida.

Entretanto, quando nos referimos a garantia da ordem econômica surgem controvérsias próprias, caso entenda tal fundamento como constitucional.

A primeira delas diz respeito à quais crimes de fato atingem a ordem econômica, que pela redação do art. 170 da Constituição Federal é:

*“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades sociais e regionais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as Leis Brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.”*

Sendo assim, os valores em que se funda a ordem econômica estão na Carta Magna: livre iniciativa, controle do abuso do poder econômico, valorização do trabalho e da economia popular. Dessa forma, partir desse conjunto o legislador deduziu quais os bens jurídicos dignos de serem tutelados penalmente, criminalizando condutas. Logo, a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica teria como pressuposto lógico e necessário a prática de crimes contra a ordem econômica, que na nossa legislação são somente os previstos no Capítulo II da Lei 8.137/90, Lei 1.521/51 e na Lei 7.496/86<sup>34</sup>.

Outro ponto relevante, que deve se fazer presente nas decisões que decretam a prisão preventiva sob o argumento de garantia da ordem econômica é que a liberdade do agente deve causar um risco sistêmico à

---

<sup>34</sup> SICA, Leonardo. *Prisão preventiva para garantia da ordem econômica*. Disponível em: <http://www.stqadvogados.com.br>

ordem econômico-financeira, que deve ser trazida por elementos concretos presentes nos autos, e não apenas suposições.

Indo mais além, é importante ressaltar o cuidado a ser tomado no decreto do encarceramento cautelar sob o referido fundamento, tendo em vista que a lesão ou ameaça à ordem econômica é elemento ínsito de muitos dos tipos penais mencionados, não podendo haver antecipação de culpabilidade e conseqüentemente de pena, já que por mais que se tente, haverá sempre antecipação do mérito da causa.

Como exemplo temos o uso da magnitude dos valores como elemento que gera perigo à ordem econômica. Isso se justifica porque estamos diante de um elemento que guarda relação com o mérito das investigações, que será apurado ao longo do processo, e não é um fato que demonstre necessidade de prisão preventiva, cuja análise deve ser feita na verificação de culpabilidade

#### **2.4 A NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA**

Desde que o princípio da presunção de inocência foi consagrado na Constituição de 1988<sup>35</sup> duas são as conseqüências quanto ao tratamento do acusado ao longo do processo, no que diz respeito a sua prisão.

A primeira delas é que a prisão antes do trânsito em julgado de sentença não viola a presunção de inocência, desde que tal prisão tenha natureza cautelar. A segunda é que haverá violação do princípio caso a prisão antes do trânsito em julgado constitua execução penal provisória ou antecipada.

Portanto, a prisão preventiva só será legítima e compatível com as diretrizes constitucionais se tiver natureza cautelar, não podendo de maneira nenhuma servir para antecipar a pena do investigado ou acusado. Nesse

---

<sup>35</sup> Art. 5, inciso LVII da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

sentido, só são compatíveis com a presunção de inocência as prisões processuais que tenham natureza conservativa e não satisfativa<sup>36</sup>.

Sendo assim, a prisão preventiva é uma prisão processual de natureza cautelar, cuja finalidade é conservar uma situação de fato para assegurar a utilidade e eficácia de um provimento condenatório futuro, ou seja, visa a tutela do bom desenvolvimento do processo, para que ele atinja sua finalidade.

Por conseguinte, no art. 312 do Código de Processo Penal observamos a prisão preventiva sob o fundamento de “assegurar a aplicação da lei penal”, evitando assim que a execução da sanção punitiva seja frustrada pela eventual fuga do acusado. Trata-se de uma hipótese de prisão cautelar pelos fins a que se destina.

Também é cautelar a prisão preventiva decretada “por conveniência da instrução criminal”, enunciada no mesmo artigo da lei. A necessidade de sua decretação surge quando há ameaça ou suborno de testemunhas ou peritos, ou ainda quando as provas sofrem algum tipo de risco, de ocultação e destruição, e quando o acusado ou investigado frustra o comparecimento a atos de instrução em que sua presença se faça necessária.

Trata-se novamente de prisão preventiva de natureza cautelar, cuja finalidade é conservar os meios e instrumentos para que se obtenha o resultado final, que no caso é a sentença.

Essas são as duas primeiras hipóteses em que a lei autoriza que a prisão preventiva seja decretada, nos moldes do art. 312 do Código de Processo Penal, e que tem natureza cautelar, respeitando o princípio constitucional da presunção de inocência, desde que baseadas em fatos concretos e não em suposições. Observando, ainda, a necessidade e a adequação das medidas.

---

<sup>36</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudança legislativa*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Entretanto, a lei não esgota nessas duas as hipóteses em que se autoriza a prisão preventiva, tendo ainda a “garantia da ordem pública” e a “garantia da ordem econômica”. É exatamente nesse ponto que a cautelaridade da prisão preventiva desaparece.

Quando se prende preventivamente para garantir a ordem pública não se busca a conservação da situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório, mas sim a antecipação de alguns efeitos da condenação. Permitindo então uma execução antecipada, visando fins de prevenção geral e especial, que são próprios da sanção penal, e não de medidas cautelares<sup>37</sup>.

Por violar o princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva para garantia da ordem pública é inconstitucional e incompatível com o ideário das medidas cautelares, tendo se transformado em um meio utilizado pelo Estado para promover medidas de segurança pública, um verdadeiro instrumento de controle repressivo.

Logo, a presunção deixa de ser de inocência para se transformar em presunção de culpabilidade, através do uso de um argumento vago e violador de princípios constitucionais, sendo o principal dele a liberdade.

A necessidade de preservação do princípio da não culpabilidade é evidenciado pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência de forma pacífica, principalmente no que diz respeito a prisão cautelar, como ocorre na RTJ 176/805-806, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no pleno do Tribunal:

“O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvesse sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

---

<sup>37</sup> Ibidem.

## 2.5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À PRISÃO PREVENTIVA

### 2.5.1 O princípio da proporcionalidade

Diante de uma sociedade democrática, com o desenvolvimento de um sistema jurídico que não tem como seu único enfoque a lei, aos princípios vem sendo atribuída relevante valoração.

Como ensina Miguel Reale<sup>38</sup>, os princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. Nesse sentido, os princípios vão condicionar e orientar a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação, integração e até para a elaboração de novas normas<sup>39</sup>.

Alguns desses princípios se revestem de tamanha importância que o legislador opta por lhes conferir força de lei. Entretanto, os princípios são eficazes independente de texto legal.

Diante desse quadro, um dos princípios de maior importância no direito brasileiro é o da proporcionalidade, servindo cada vez mais como uma forma de controle dos atos do poder público<sup>40</sup>. Esse tema é resultado da influência positiva do direito alemão, onde foi primeiramente desenvolvido<sup>41</sup>.

No direito penal ganha notoriedade na necessidade de proporção entre culpa e pena, estabelecendo portanto limites no momento de fixação da pena. Logo, para a pena ser legítima, ela deve ser proporcional à ação do indivíduo. Mas, o uso do referido princípio não se esgota nessa aplicação.

Sendo assim, a fim de evitar excessos e agressões aos direitos individuais, o princípio constitucional da proporcionalidade estabelece limites tanto na aplicação da pena, como no momento de decretação de

---

<sup>38</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303

<sup>39</sup> *Ibidem*

<sup>40</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. *Revista de Direito Administrativo*, p. 153

prisão preventiva. Essa dupla aplicação se justifica pois, embora não seja uma “pena antecipada”, a prisão preventiva, bem como a pena privativa de liberdade, cerceiam o direito à liberdade do indivíduo.

Vale ressaltar que, muito embora não haja expressa previsão do princípio da proporcionalidade na normatização infraconstitucional da prisão preventiva, trata-se de princípio constitucional, cuja aplicação decorre da proteção ao direito de liberdade.

Não há consenso quanto a localização do princípio da proporcionalidade, ou seja, há divergência no que diz respeito ao seu fundamento. Enquanto alguns entendem que ele se encontra na tutela dos direitos fundamentais<sup>42</sup>, outros que sua localização se aloja no Estado de Direito<sup>43</sup>.

### 2.5.2 Nomenclatura e distinção

Quando diante do princípio da proporcionalidade, sua nomenclatura é um ponto de controvérsia na doutrina, e diverge até mesmo no direito comparado<sup>44</sup>. As expressões “princípio da proporcionalidade”, “princípio da razoabilidade” e “princípio da proibição do excesso” são entendidas por alguns como sinônimos, e por outros como princípios distintos.

---

<sup>42</sup> Em seu artigo “*Direito Penal, constituição e princípio da proporcionalidade*” publicado no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Heloisa Estellita cita Suzana de Toledo Barros, que em sua obra “*O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade*”, Brasília Jurídica, 1996, p.89 da seguinte forma: “*O princípio da proporcionalidade, como uma das várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção*”.

<sup>43</sup> Em seu artigo “*Proporcionalidade, razoabilidade e direito penal*” publicado no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Pedro Augusto Lopes Sabino, consoante o magistério de Paulo Bonavides, defende o fundamento do referido princípio no Estado democrático de direito, da seguinte forma: “*Vedando a arbitrariedade, o Estado de Direito democrático, é sede, também, da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Daí porque o postulado da proporcionalidade, delimitando o raio de incidência de um valor juridicamente tutelado restritivo de normas igualmente fundamentais ao cidadão, é consequência necessário do Estado de Direito*”.

<sup>44</sup> VONTOBEL, Anne Martins. *Algumas considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade*. ([https://www.tjrs.jus.br/export/poder...de...de.../principio\\_proporcionalidade.doc](https://www.tjrs.jus.br/export/poder...de...de.../principio_proporcionalidade.doc)). No texto a autora mostra que na doutrina alemã a nomenclatura proporcionalidade e proibição de excesso são usadas sem distinção, mas que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são vistos como distintos. E ainda que na norte-americana o termo razoabilidade é usado com conteúdo diverso ao da proporcionalidade, ainda que sejam complementares um ao outro.

Humberto Ávila entre outros autores separam de forma clara o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, tratando inclusive dos princípios de forma separada, em capítulos distintos de seu livro<sup>45</sup>.

De acordo com o autor, diferente da proporcionalidade, a razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, mas sim serve para harmonizar o geral com o individual, atentando sempre ao caso concreto quando da aplicação de uma norma geral.

Mister ressaltar então que o exame de proporcionalidade se apresenta como um instrumento para dosar e quantificar as medidas a serem aplicadas, momento posterior aquele em que se pondera os interesses, que se faz um juízo de racionalidade.

Do outro lado, doutrinadores como o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso<sup>46</sup> entendem não haver qualquer distinção essencial entre eles, já que ambos avaliam a relação entre meios e fins, que devem ser harmônicas entre si.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal utiliza de forma indistinta os referidos princípios, a exemplo dos julgamentos da Adin 855-PR<sup>47</sup> e da ADIMC-1407/DF<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010

<sup>47</sup> “De minha parte, a ponderada reflexão a que me esforcei por submeter a questão, conduziu-me ao resultado de que não se situa a hipótese destes autos no campo propício ao delicado exercício da aferição da razoabilidade ou proporcionalidade da lei impugnada, como condição de sua constitucionalidade.” (grifo nosso). Voto do Ministro Relator Octavio Gallotti no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no dia 18/10/2000.

<sup>48</sup> “O princípio da proporcionalidade — que extrai sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process* — acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process* (CF, art. 5º, LIV).” (grifo nosso). Ementa de Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.407-2/DF do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal do dia 07/03/1996.

### 2.5.3 Elementos caracterizadores do princípio da proporcionalidade

Três são os elementos caracterizadores do princípio da proporcionalidade, que devem ser analisados na seguinte ordem: (i) princípio da adequação, (ii) princípio da necessidade, e o (iii) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

#### 2.5.3.1 Princípio da conformidade ou da adequação

O juízo de adequação ou conformidade é o primeiro a ser considerado na aplicação do princípio da proporcionalidade. A avaliação de adequação nada mais é do que analisar a conformidade entre o meio e o fim, isto é, entre os meios utilizados para se chegar a um resultado.

Nesses termos, deve-se questionar: os meios utilizados produziram o resultado desejado?

Pelos ensinamentos de Humberto Ávila<sup>49</sup>, um mesmo meio, em termos quantitativos, pode promover menos ou mais um fim que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que o outro meio. E, por fim, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim que outro meio.

Vale salientar que no momento da análise da conformidade ou adequação, um juízo do tipo probabilístico e indutivo deve ser feito, a fim de avaliar se no momento futuro aquele meio vai servir ao fim desejado, levando em consideração as circunstâncias existentes no momento da escolha.

Portanto, uma medida será adequada se o meio escolhido é apto a produzir o resultado<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 117.

<sup>50</sup> ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, p. 172

Quanto o seu uso pelos Tribunais, observamos que a jurisprudência vem respeitando sua aplicação.

No HC 352.372, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 04/08/2016, observamos a escolha de uma medida cautelar alternativa, tendo em vista a sua adequação com o fim perseguido. Ou seja, levando em conta a gravidade do crime, as circunstâncias do fato bem como as condições pessoais do agente, o mencionado Tribunal entendeu que as cautelares diversas são adequadas para produzir o resultado desejado. Merece destaque a seguinte passagem do voto do relator:

*“De se destacar que, condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem, como ocorre na espécie. (...)*

*Nesse contexto, e apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, diante das peculiaridades do caso concreto, mostra-se necessária, adequada e suficiente a imposição das previstas nos incisos I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades), IV (proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução), e V (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos), todos do art. 319 do CPP.”*

Outra decisão que segue a mesma linha é:

*“5. A decisão singular e o acórdão impugnado evidenciam que foram atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando outros meios, diferentes da prisão preventiva, foram considerados como eficazes a satisfazer as exigências cautelares da hipótese, com a mesma idoneidade, conquanto o comportamento atribuído ao paciente seja grave e deveras reprovável socialmente.”<sup>51</sup>*

#### 2.5.3.2 Princípio da necessidade ou da exigibilidade

A análise da necessidade ou exigibilidade é aplicada quando para obter determinado resultado, há mais de um caminho, mais de um meio.

---

<sup>51</sup> HC 343.915, 6ª Turma do STJ, Relator Ministro Antonio Saldanha, julgado no dia 21/06/2016

Dessa forma, o também chamado de princípio da vedação ou da escolha dos meios mais suaves, opta por aquele menos gravoso.

Sendo assim, quando se verificar a existência de meios alternativos que promovam igualmente o fim desejado, a escolha será baseada naquele que menos restringir os direitos fundamentais afetados.

Nesse segundo juízo do princípio da proporcionalidade, segundo Humberto Ávila<sup>52</sup>, a medida será necessária se dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos.

Citando Canotilho<sup>53</sup> em seu trabalho, Anne Martins Vontobel<sup>54</sup> diz que esse subprincípio se traduz em quatro vertentes. A sua exigibilidade material, que nada mais é do que analisar se a restrição é indispensável, a espacial, que consiste em determinar que o âmbito de atuação deve ser limitado, temporal, determinando que a medida coativa do poder público não deve ser perpetua, e por fim a pessoa, em que deve ser restringido o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados.

No que tange à sua aplicação pelos Tribunais, a menção de algumas decisões é de extrema importância para corroborar o protagonismo do referido princípio.

A primeira delas é a decisão de Habeas Corpus nº 361.750/TO, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 06 de setembro de 2016, apontando que existem outros meios menos gravosos que a prisão preventiva para alcançar o mesmo resultado desejado, são elas as medidas cautelares alternativas. Duas passagens merecem destaque, a primeira é a ementa da decisão:

---

<sup>52</sup> ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, p. 172

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 602.

<sup>54</sup> VONTOBEL, Anne Martins. *Algumas considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade*. ([https://www.tjrs.jus.br/export/poder...de...de.../principio\\_proporcionalidade.doc](https://www.tjrs.jus.br/export/poder...de...de.../principio_proporcionalidade.doc))

“9. A despeito da gravidade e da reprovabilidade social do comportamento atribuído ao paciente — a ensejar-lhe, se demonstrada a imputação, correspondente e proporcional sancionamento penal —, há de ser analisada a eventual existência de meios outros, que não a prisão preventiva, que possam, com igual idoneidade e eficácia, satisfazer as exigências cautelares do caso analisado, com carga coativa menor.

10. As medidas alternativas à prisão estão ligadas à ideia de uma providência igualmente adequada e suficiente para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo. É essa, precisamente, a compreensão de subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição de excesso).

11. É plenamente possível que, embora presentes os motivos ou os requisitos que tornariam cabível a prisão preventiva, o juiz — à luz do princípio da proporcionalidade e das novas alternativas fornecidas pela Lei n. 12.403/2011 — considere a opção por uma ou mais das medidas indicadas no art. 319 do Código de Processo Penal o meio suficiente e adequado para obter o mesmo resultado — a proteção do bem jurídico sob ameaça — de forma menos gravosa.

12. Embora os argumentos adotados pelas instâncias ordinárias demonstrem a gravidade concreta dos delitos em tese cometidos — bem evidenciada pela grande quantidade de substâncias apreendidas em poder do paciente —, há outras medidas, com igual eficácia e adequação, aptas a afastar o *periculum libertatis*.”

A segunda é uma passagem do voto vista do Ministro Rodrigo Schietti Cruz:

*“Sem embargo, a despeito da gravidade e da reprovabilidade social do comportamento atribuído ao paciente — a ensejar-lhe, se demonstrada a imputação, correspondente e proporcional sancionamento penal —, considero que há de ser analisada a eventual existência de meios outros, que não a prisão preventiva, que possam, com igual idoneidade e eficácia, satisfazer as exigências cautelares do caso analisado, com carga coativa menor.”* (grifo do autor)

Prosegue o Ministro:

*“Contudo, também é certo que a manutenção da medida extrema somente se justifica se outras providências cautelares pessoais, com igual eficácia e adequação, não forem aptas a afastar o *periculum libertatis* (art. 282 do Código de Processo Penal).*

*Deveras, as medidas alternativas à prisão estão ligadas à ideia de uma providência igualmente adequada e suficiente para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo.*

*É essa, precisamente, a compreensão de subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição de excesso): o juiz somente poderá decretar a medida mais radical — a prisão preventiva*

*— quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do indiciado ou do acusado, por meio das quais seja possível alcançar, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela custódia cautelar.*

*Desse modo, é plenamente possível que, embora presentes os motivos ou os requisitos que tornariam cabível a prisão preventiva, o juiz – à luz do princípio da proporcionalidade e das novas alternativas fornecidas pela Lei n. 12.403/2011 – considere a opção por uma ou mais das medidas indicadas no art. 319 do Código de Processo Penal o meio suficiente e adequado para obter o mesmo resultado – a proteção do bem jurídico sob ameaça – de forma menos gravosa. Tal opção judicial produzirá o mesmo resultado cautelar – no caso em exame, evitar a prática de novos crimes, de maneira a proteger a ordem pública – sem a necessidade de suprimir, de modo absoluto, a liberdade de locomoção do acusado.”*

Seguindo a mesma linha de defesa e aplicação do referido princípio, a decisão da mesma Corte, em outro Habeas Corpus (HC 354.964/SP, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça) corrobora tal posicionamento. Na ementa do decisão observamos que, ainda que o Tribunal entenda cabível a prisão preventiva do acusado, existem outras alternativas que não o cárcere, que atingiriam o mesmo resultado.

*“4. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6o, do CPP.*

*5. No caso, não obstante a reprovabilidade da conduta, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente e as condições pessoais do agente, primário e de bons antecedentes.*

*(...)*

*Assim, por disposição legal, a medida extrema deverá ser decretada somente em último caso, quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente, totalmente favoráveis, como visto.”*

### 2.5.3.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Ao terceiro e último dos juízos cabe a ponderação entre os danos causados e os benefícios obtidos, a partir da análise das desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Assim, a pergunta que deve ser formulada é: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio?<sup>55</sup>

Será portanto entendida como proporcional, em sentido estrito, a medida que, para atingir o fim desejado, não restringir de forma excessiva os direitos envolvidos<sup>56</sup>.

Por conseguinte, ainda que o meio seja adequado para atingir o fim pretendido, e mesmo que não haja outro meio menos danoso, é imperioso analisar se o bem sacrificado não é mais relevante que o tutelado. E, se assim for, o sacrifício do direito é incabível.

O referido princípio também é conhecido como princípio da homogeneidade e se faz necessária a análise de como ele vem sendo aplicado na jurisprudência.

No HC 213.830/RJ, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 13/08/2013, observamos a aplicação do referido princípio:

*“3. De acordo com o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, mostra-se ilegítima a prisão provisória quando a medida for mais gravosa que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação, pois não se mostraria razoável manter-se alguém preso cautelarmente em regime muito mais rigoroso do que aquele que ao final eventualmente será imposto.*

*4. Tendo a paciente sido denunciada pela prática dos crimes previstos nos arts. 126 e 126 c/c art. 14, inciso II, e art. 288, todos do Código Penal, cujas penas máximas em abstrato alcançam, respectivamente, 4 (quatro) e 3 (três) anos de reclusão, mostra-se ofensivo ao princípio da homogeneidade mantê-la presa antecipadamente, haja vista ser plausível antever que o início do cumprimento da reprimenda, em caso de eventual condenação, se daria em modo menos rigoroso que o fechado.”*

No mesmo sentido:

---

<sup>55</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 124

<sup>56</sup> VONTOBEL, Anne Martins. *Algumas considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade*.

([https://www.tjrs.jus.br/export/poder...de...de.../principio\\_proporcionalidade.doc](https://www.tjrs.jus.br/export/poder...de...de.../principio_proporcionalidade.doc)). Segundo a autora, o questionamento que se faz para que se caracterize a proporcionalidade em sentido estrito é o seguinte: “o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar?”

*“Assim, a prisão preventiva, porquanto medida excepcional, somente poderá ser admitida, em lugar da liberdade provisória combinada, ou não, a medida restritiva de direitos, em face da seguinte conjuntura: a) o caso deve enquadrar-se em uma das hipóteses do art. 313, caput e parágrafo único, do CPP, afastadas as excludentes de ilicitude do art. 314, do mesmo diploma legal, b) vislumbre-se a probabilidade de condenação final à prisão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado; c) presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, a imposição de cautela alternativa, ou de uma combinação delas, não satisfaça o binômio necessidade/adequação, ou tenha o Acusado descumprido alguma delas.”<sup>57</sup> (grifo nosso)*

#### **2.5.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade na decretação da prisão preventiva**

É imperiosa a análise da relação de proporcionalidade entre a prisão preventiva, enquanto medida cautelar, e a pena que provavelmente será aplicada ao final do processo, caso haja condenação. Tal afirmação se justifica porque através da aplicação do princípio da proporcionalidade não seria possível que a medida cautelar fosse mais grave que o fim que se pretende acautelar.

Sendo assim, a proporcionalidade com a possível pena a ser futuramente aplicada é um requisito, mesmo que implícito, para que a prisão preventiva seja decretada. Logo, é desproporcional a decretação de prisão preventiva quando a provável pena ao final do processo não seja privativa de liberdade.

Simplificando, se não haverá pena com privação de liberdade ao final do processo, caso haja a condenação do acusado, não se pode prender durante o processo de maneira preventiva. Seguindo o magistério de Paulo Rangel<sup>58</sup>, caso entendêssemos de maneira contrária, o princípio da homogeneidade estaria sendo desrespeitado:

*“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*

---

<sup>57</sup> Habeas Corpus 244.825/AM, 5ª Turma do STJ, Relatora Ministra Regina Helena Costa, julgado no dia 22/10/2013

<sup>58</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 596.

*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 será concedido. Exemplo: 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 restritiva de direitos. Nesse caso, não haverá homogeneidade entre a 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 inflingido ao acusado quando de seu término.”.*

Segue a mesma linha Geraldo Prado<sup>59</sup>:

“Ora, se a condenação não prevê ordinariamente a reprovação por meio da prisão, isto é, se dentro da normalidade o sujeito não será preso por conta da sanção penal, não se justifica a prisão durante o processo. Este é o chamado princípio da homogeneidade, pelo qual toda medida cautelar tem que ser homogênea com a solução de mérito do processo. Portanto, se é necessário recorrer a uma providência cautelar que irá incidir sobre a pessoa do réu, para limitar a liberdade dele, tal providência somente estará justificada e autorizada se a providência final do processo, resolvendo a discussão entre acusação e defesa, puder trata-se também de medida de limitação de liberdade, ordinariamente, sem a viabilidade de substituição.”

As medidas cautelares servem como apoio ao processo, para que nele possam se produzir resultados úteis e justos, assegurando a utilidade e a eficácia de um provimento jurisdicional futuro<sup>60</sup>. Segundo os critérios do Código de Processo Penal, a prisão preventiva tem natureza cautelar, e portanto carrega todas as finalidades acima citadas.

Nesse mesmo sentido, ela se mostra necessária para “assegurar a aplicação da lei penal” e para a “conveniência da instrução criminal”. Vale dizer que quando usada para assegurar a ordem pública e econômica perde sua finalidade de conservar um estado de fato, discussão que se será traçada no próximo capítulo.

Feita a análise da finalidade da prisão preventiva, se mostra claro que toda medida cautelar guarda conexão com o provimento futuro que irá a

---

<sup>59</sup> PRADO, Geraldo. *Prisão e Liberdade*. Disponível em: <http://http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13211-13212-1-PB.pdf>

<sup>60</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudança legislativa*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Jan/Dez 2008, pp. 381-408.

substituir. Por conseguinte, ao decretar uma medida cautelar, no caso em tela a prisão preventiva, a medida satisfativa e definitiva deve sempre estar em vista.

Embora a prisão preventiva não seja uma “pena antecipada”, como já demonstrado, mas sim um mecanismo de conservação do processo e o alcance de um resultado satisfativo e justo, o mal causado por ela é tão ruim quanto aquele causado pela pena.

Tendo em vista essa premissa, o acusado não pode ter seu direito fundamental de liberdade violado quando provavelmente, ao fim da instrução, caso haja condenação, sua pena não envolverá a privação de liberdade.

Haja vista que o princípio da proporcionalidade governa as medidas cautelares, a consequência é que o juiz não deve se limitar a analisar a existência do crime e os indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*) para que a prisão preventiva seja decretada. São elementos necessários, mas que não suficientes para a prisão preventiva<sup>61</sup>.

Essa análise hipotética não poderá se limitar apenas a hipótese do acusado ser ou não condenado, mas deve ir além. Logo, há mais a ser levado em consideração nesse juízo, como a probabilidade que seja imposta ao final uma pena privativa de liberdade a ser executada.

Destarte, caso o juiz anteveja que a pena a ser imposta será de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou ainda que ela será condicionalmente suspensa, ou que ela virá a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva no curso do processo por violação ao princípio da proporcionalidade<sup>62</sup>.

Vale ressaltar que, levando em consideração que a prisão preventiva é uma cautelar instrumental, que tem também como finalidade a conservação da integridade das provas, quando estivermos diante da

---

<sup>61</sup> Ibidem

<sup>62</sup> Ibidem

situação acima descrita, mas que as provas estejam sendo ameaçadas, tal conduta deve ser evitada pelo Estado através de outros meios, que não a desproporcional prisão preventiva.

A análise e aplicação do princípio da proporcionalidade para a decretação da prisão preventiva não é uma regra expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, isso não impede que se defenda o posicionamento em questão.

Isso se justifica porque o princípio da proporcionalidade, princípio constitucional que rege todo e qualquer ato estatal de restrição do direito fundamental do indivíduo, é inerente ao sistema cautelar. Como a medida cautelar é acessória a uma outra medida, no caso, o provimento final do processo, o acessório não poderá ser superior ou ir além do principal.

Isto é, como a prisão preventiva é um provimento cautelar provisório, tendo em vista que será substituído por outro provimento satisfativo e definitivo, não se pode aceitar que a restrição à liberdade imposta por uma medida provisória seja mais gravosa do que a medida imposta no final<sup>63</sup>.

Indo mais além, embora não haja previsão expressa do referido princípio na normatização infraconstitucional da prisão preventiva, extraímos sua aplicação da proteção constitucional do direito à liberdade e da própria natureza da medida cautelar<sup>64</sup>.

No que se refere ao prognóstico futuro que o juiz deverá fazer quanto a pena aplicada ao final da instrução, não há nenhum óbice, tendo em vista que já se faz a mesma cognição sumária para analisar a presença do *fumus comissi delicti*.

À vista disso, se o magistrado, diante dos elementos de informação existentes no processo, analisa a existência de um crime e os indícios suficientes de autoria, também deverá agir da mesma maneira para considerar provável ou não que, ao final do processo, o acusado será

---

<sup>63</sup> Ibidem

<sup>64</sup> Ibidem

condenado a uma pena privativa de liberdade, que não será substituída ou suspensão por penal de multa ou restritiva de direito, ou ainda cumprida em regime aberto<sup>65</sup>.

Entretanto, embora haja doutrina consagrando o princípio da homogeneidade, observamos que a jurisprudência não vem sempre seguindo o mesmo caminho. Embora, no capítulo anterior, tenham sido expostas decisões favoráveis à aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou princípio da homogeneidade, a jurisprudência oscila sobre o tema.

Na ementa do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 74.203/MG, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no dia 15/09/2016 fica claro esse posicionamento:

*“Impossível asseverar ofensa ao “princípio da homogeneidade das medidas cautelares” em relação à possível condenação que o paciente experimentará, findo o processo que a prisão visa resguardar. Em habeas corpus, não há como concluir a quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado. Precedente.”*

Outra decisão no mesmo sentido:

*“Por fim, não há que se falar em ofensa ao princípio da homogeneidade das medidas cautelares no particular, pois não cabe a esta Corte Superior, em exercício de futurologia, antecipar a provável colocação do recorrente em regime menos gravoso, o que implicaria na análise do conjunto probatório, inviável nesta via estreita.”<sup>66</sup>*

Porém, observamos também decisões no sentido de preservação do princípio da homogeneidade na jurisprudência, como é o caso da passagem retirada da ementa de Habeas Corpus nº 361353/AC, de relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no dia 13/09/2016:

---

<sup>65</sup> Ibidem

<sup>66</sup> Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 73.056/MG, 5ª Turma do STJ, Relator Ministro Felix Fischer, julgado no dia 15/09/2016

*“IV - Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República no sentido da concessão da ordem de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, “pois a prisão cautelar do paciente está em desacordo com o princípio da homogeneidade segundo o qual o juiz não pode impor ao réu encarceramento com intensidade mais grave do que o previsto para eventual condenação do agente, sob pena de tornar o processo mais punitivo que a própria sanção penal do crime, ou seja, é a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado (prisão cautelar) e o que será concedido (sentença final)”. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, revogar a prisão preventiva, mediante a imposição de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, salvo se por outro motivo o paciente estiver preso.”*

Assim sendo, a partir da cognição sumária, o magistrado deverá verificar qual a provável pena a ser aplicada ao final do processo, só estando autorizado a decretar a prisão preventiva se esta for proporcional com o prognóstico da sanção penal. Mas como vimos acima, nem sempre esse é o posicionamento seguido.

### **2.5.5 Aplicação do princípio da proporcionalidade na revogação da prisão preventiva**

Não só no momento de decretação de prisão preventiva que o prognóstico de aplicação e cumprimento de pena privativa de liberdade deve ser considerado, mas também ao longo de toda a subsistência do processo.

A prisão preventiva é uma medida revogável, que sofrerá alteração desde que o estado de fato ou de direito de sua decretação se modifique.

Portanto, por exemplo, se ao longo do processo, em instrução, é colhida prova que convença o juiz da absolvição, não pode o magistrado aguardar a sentença absolutória para revogar a prisão preventiva. Sendo assim, bem como o juiz pode fazer um prognóstico sobre a futura condenação ou absolvição segundo o estado do processo, também pode o fazer segundo prova existente nos autos.

O referido posicionamento do magistrado de revogar a prisão preventiva também deve existir quando perceber, segundo o estado do

processo e das provas até então produzidas, que há inovação na classificação do delito, tornando a pena final diferente da privativa de liberdade. Principalmente porque, o art. 316 do Código de Processo Penal traz regra expressa no que se refere a revogação da prisão preventiva quando, no decorrer do processo, o juiz verificar que falta motivos para que tal medida subsista, ela deverá ser revogada. Entre esses motivos, inclui-se a proporcionalidade<sup>67</sup>.

Isto posto, é exigido do juiz que se faça um prognóstico a respeito de uma futura condenação e da pena a ser concretamente aplicada não só no momento de decretação da prisão preventiva, mas também no decorrer do processo, em função da progressiva produção de provas.

### **2.5.6 Prescrição virtual**

A prescrição antecipada, ou também conhecida como prescrição virtual, acontece quando se tem um prognóstico da sentença antes mesmo do início do processo, ou em seu curso, para se chegar à provável pena que será aplicada ao acusado, possibilitando assim a análise de eventual ocorrência de prescrição punitiva.

Tendo ocorrido a prescrição, seja a retroativa ou a intercorrente, ela poderá ser antecipadamente declarada, sem a necessidade de percorrer-se todo o caminho do processo até a sentença.

Embora não haja previsão expressa em lei da referida prescrição, que o Supremo Tribunal Federal rechace sua aplicação<sup>68</sup>, bem como o Superior Tribunal de Justiça tenha editado súmula<sup>69</sup> afastando a sua aplicação, trata-se de teoria muito defendida na doutrina, e aceita em larga escala no primeiro grau de jurisdição.

---

<sup>67</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ibidem*, pp. 381-408.

<sup>68</sup> HC 90.337/SP, HC 88.087/RJ e RHC 86.950/MG

<sup>69</sup> A súmula 438, aprovada pela Terceira Seção do STJ, tem a seguinte redação: “*É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.*” Rel. Min. Felix Fischer, em 28/4/2010. 3ª Seção.

Não reconhecer essa prescrição antecipada é violar o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o Estado empregará um meio, a ação penal, que não tem qualquer finalidade, já que ao final da persecução penal o acusado ou investigado não será, em nenhuma hipótese, atingido pela sanção penal. Desperdiçando energia, tempo e dinheiro.

Sob o argumento de que não há previsão legal, alguns defendem que não seria possível a aplicação da prescrição virtual. Todavia, nosso Estado é de Direito e não de Lei, e os princípios têm força normativa. Sendo assim, não há que se falar em uma aplicação literal do que prevê a norma, mas sim sua conjugação com a interpretação de princípios constitucionais, como é o caso da proporcionalidade.

Indo mais além nos argumentos dos que não defendem a aplicação do instituto, temos os usados nos julgados do Supremo Tribunal Federal. O cerne de sua defesa para a não aplicação está no fato de que seu reconhecimento impede que o réu comprove sua inocência, e ainda que existe a possibilidade de, no decorrer da ação penal, o Ministério Público comprovar que não há primariedade ou qualquer outra circunstância judicial desfavorável aos recorridos<sup>70</sup>.

No que se refere ao primeiro argumento, com relação ao direito de provar sua inocência, ele poderia ser rebatido, visto que quando há prescrição retroativa, ainda que prevista de forma expressa na lei, no art. 110, § 1º do Código Penal, não poderia ser decretada quando houvesse recurso exclusivo da defesa. Outrossim, no caso da prescrição antecipada, para solucionar o possível problema, poderia haver a intimação do acusado sobre a providência, antes que ela fosse decretada, estando ela sujeita a sua anuência<sup>71</sup>.

Quanto ao segundo argumento, é imperioso observar que a defesa da aplicação da prescrição antecipada não admite que a medida seja tomada quando houver qualquer espécie de dúvida acerca do que ocorrerá

---

<sup>70</sup> TAYLOR, Daniel Westphal. *Artigo: a decretação da prescrição e o princípio da proporcionalidade — uma relação necessária*. Disponível na internet [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

<sup>71</sup> *Ibidem*.

futuramente. Desta forma, somente em casos em que for evidente a futura prescrição, a extinção da punibilidade poderá ser decretada de forma antecipada<sup>72</sup>.

Em relação ao nosso trabalho, a prescrição antecipada se mostra como mais uma aplicação do princípio da proporcionalidade na defesa dos direitos dos acusados.

Assim como na decretação ou revogação da prisão preventiva, a análise do referido princípio para o instituto da prescrição virtual, se dá através de uma antecipação da provável pena a ser alcançada ao final do processo, ou seja, um prognóstico da sentença, por isso a importância de tratar sobre esse tema no trabalho.

Sendo assim, evita-se o empenho da máquina judiciária de forma inútil e o desgaste do acusado, que teria que aguardar até o final do processo para ter sua punibilidade extinta.

---

<sup>72</sup> Ibidem.

## Capítulo 3 – Panorama anterior à Lei 12.403/11

---

Antes da edição da Lei 12.403/2011 havia uma dicotomia no que tange à liberdade daquele que respondia à demanda.

Ao analisar a necessidade de restrição cautelar da liberdade do réu, o magistrado tinha duas possibilidades: a prisão provisória do acusado ou a liberdade deste. Não dispunha, portanto, de recurso intermediário suficiente para assegurar a ordem processual e a aplicação da lei penal, sem, contudo, gerar consequências drásticas à garantia constitucional libertária daquele que ainda não teve contra si formado título judicial condenatório.

Face a essa custosa dicotomia, algumas decisões judiciais já se valiam das então denominadas “medidas cautelares inominadas”, tais como a retenção de passaporte e a proibição de frequência em determinados lugares, assim chamadas pela ausência de previsão legal.

Embora houvesse entendimento nos Tribunais Superiores favorável ao poder geral de cautela do juiz no processo penal condenatório<sup>73</sup>, permitindo as mencionadas cautelares inominadas, com base na teoria dos poderes implícitos, o uso dessas cautelares pelos juízes gerava discussão e indagação quanto a sua legalidade, justamente por não estarem previstas em lei<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Cabe destacar a passagem da voto no HC 101.830/SP, de 12/04/2011, anterior à lei 12.403/11, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que admite o poder geral de cautela do juiz no processo penal, considerando constitucional a apreensão de passaporte como medida acautelatória no processo penal, fazendo uso de precedente do Tribunal (HC n. 94.147/RJ, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, 2 Turma DJ de 12.06.2008; HC N. 86.758/PR, relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, 1 Turma, DJ 01.09.2006). A passagem do voto extrai o seu entendimento do parecer da Procuradoria Geral da República no caso em questão: “*In casu, vislumbra-se que a medida tomada pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se além disso, o poder geral de cautelar, o qual é depreendido de normas processuais dispostas no art. 3 do CPP, e do art. 798 do CPC.*”

<sup>74</sup> Nesse sentido, vale destaque a crítica feita por Aury Lopes Junior no Boletim 203, publicado em Outubro de 2009, portanto antes da Lei 12.403/11, em que as medidas cautelares não eram ainda previstas em lei:

*“Em suma: toda e qualquer restrição de direitos fundamentais deve estar estritamente vinculada ao modelo legal (tipo processual), não se admitindo analogias ou interpretação extensiva. Não há, no processo penal, poder geral de cautela ou medidas cautelares inominadas ou atípicas. Somente se admite a aplicação das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, com estrita observância dos requisitos legais.*”

Nesse sentido, a aplicação de medidas restritivas de direito no curso do processo penal como forma intermediária de conciliação entre os direitos do réu e os interesses estatais era, antes, tímida, face a insegurança jurídica que as envolvia.

Diante desse quadro, havia uma primazia enorme das prisões preventivas. O que contribuía de forma decisiva para a superlotação do sistema carcerário.

Dados do Ministério da Justiça de dezembro de 2010 mostram que existiam 164.683 pessoas presas provisoriamente, o que corresponde a quase 37% de toda a população carcerária, que na época era de 445.705.<sup>75</sup> O déficit de vagas também era uma realidade no final de 2010, que chegava a 164.624 vagas.<sup>76</sup>

O panorama demonstrado acima contribuía de forma expressiva para a violação da dignidade da pessoa humana, princípio consagrado na Constituição Federal, além de desrespeitar regras quanto ao tratamento de pessoa privada de liberdade previstas na Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), como o rol de direitos garantidos a eles previstos no artigo 41 da lei.

---

*Portanto, ainda que a pobreza morfológica do atual sistema cautelar brasileiro seja censurável e até sirva de abrigo motivacional para os juízes e tribunais invocarem o 'poder geral de cautela', a prática é flagrantemente ilegal e insustentável à luz do Princípio da Legalidade e do devido processo penal. Seria o mesmo que aplicar pena privativa de liberdade ou criminalizar condutas por analogia, algo impensável, por evidente."* LOPES JR. Aury, A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>

<sup>75</sup> Pesquisa disponível no portal do Ministério da Justiça, em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>

<sup>76</sup> Ibidem

## Capítulo 4 – A mudança no ordenamento jurídico com o advento da Lei 12.403/11

---

### 4.1 A REFORMA PARCIAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O texto final da Lei 12.403, sancionada pela Presidente República em 4 de maio de 2011, é consequência de longos anos de debates acadêmicos e parlamentar, que se iniciaram em 2001 com o Projeto de Lei nº 4.208, com a apresentação da primeira proposta de revisão das regras sobre as medidas cautelares penais, com comissão de juristas presidida por Ada Pellegrini Grinover.<sup>77</sup>

Nos moldes do seu art. 3º, a lei entrou em vigor sessenta dias após a data de sua publicação oficial, ou seja, no dia 4 de julho de 2011. No que tange a esse período de *vacatio legis*, houve divergência quanto a retroatividade ou não da lei.

A eficácia temporal da lei processual penal é controvertida no âmbito da doutrina, já que uma interpretação literal do artigo 2º do Código de Processo Penal permite o entendimento de que as normas processuais, todas elas, possuem aplicabilidade imediata, incidindo portanto sobre todos os atos processuais posteriores a sua vigência, permitindo sua retroatividade ainda que prejudiciais ao réu. Esse é o princípio *tempus regit actum*.

Segundo essa doutrina tradicional as leis penais puras, que tratam do conteúdo material do processo, retroagiriam sempre que mais benéficas ao réu e não haveria sua retroatividade quando mais gravosa. Já as leis processuais penais puras são aplicadas de forma imediata, podendo retroagir tanto para benefício como para prejuízo do réu. Nesse sentido

---

<sup>77</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Mais reflexões sobre a lei 12.403/11*. Disponível em: [http://www.ibccrim.org/boletim\\_artigo/4378-Mais-reflexoes-sobre-a-lei-1240311](http://www.ibccrim.org/boletim_artigo/4378-Mais-reflexoes-sobre-a-lei-1240311) Boletim 223, Junho de 2011

segue o entendimento de Fernando Capez quanto a aplicação da Lei 12.403/11 no tempo<sup>78</sup>.

No entanto, essa não é a única interpretação possível do referido dispositivo de lei, que pode ainda ser aproximada do texto da Constituição Federal, permitindo a sustentação de que também as normas processuais penais, e não somente as penais, devem obedecer ao princípio da irretroatividade da lei penal, permitindo somente a retroatividade da lei processual penal quando mais benéfica ao réu.

Seguindo a primeira linha de raciocínio, como as regras sobre medidas cautelares, prisão preventiva e fiança têm natureza processual, teriam aplicação imediata, independente de serem mais gravosas ou mais benéficas do que as leis anteriores e portanto retroagiriam, ainda que prejudiciais ao acusado.

Porém, autores como Neury José Giacomolli<sup>79</sup>, Aury Lopes Jr.<sup>80</sup>, Américo Taipa de Carvalho<sup>81</sup>, Cezar Roberto Bittencourt<sup>82</sup> e Gustavo Righi

---

78 “A Lei n. 12.403/2011 é nitidamente de natureza processual, pois disciplina a prisão provisória, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares, as quais repercutem apenas no processo. O aumento ou diminuição da restrição do jus libertatis se impõe por uma necessidade ou conveniência do processo, sem respingar no jus puniendi estatal. Por essa razão, a Lei tem incidência imediata, alcançando os fatos praticados anteriormente à sua vigência, mesmo que prejudique o agente. Não se podem acoimar tais normas de híbridas, para o fim de submetê-las ao princípio penal da irretroatividade (CF, art. 5o, XL), pois, como não afetam o direito de punir do Estado, não têm natureza penal.” CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 300.

79 Giacomolli enaltece que a dinâmica interna do processo evidencia uma conectividade entre penas e processos, direito material e direito processual, sendo impossível não existir uma interna ligação direta entre regras processuais e materiais. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

80 No mesmo sentido de Giacomolli, Aury Lopes Júnior também enaltece a impossibilidade de se pensar um direito processual dissociado do material, e vice-versa. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. E ainda, em outro livro, defende uma filtragem constitucional do art. 2º quando confrontado com o art. 5º, inciso XL da Constituição. LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2014.

81 O autor entende que a aplicação irrestrita do critério *tempus regit actum* parte de uma limitada compreensão da natureza meramente adjetiva das regras processuais, ignorando que existem leis processuais que também afetam diretamente garantias e direitos fundamentais. TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra Editora, 1997.

82 Em seu postulado o autor defende: “Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as conseqüências negativas do crime, seja ampliando o campo da ilicitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo da excludente de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. Vol. 1, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

Ivahy Badaró<sup>83</sup> defenderam que no caso da Lei 12.403/11 o princípio do *tempus regit actum* não poderia ser aplicado de maneira imediata, sendo necessária uma filtragem constitucional.

Esclarecida a divergência quanto a sua aplicação no tempo, seguimos na análise do dispositivo legal em questão.

A Lei 12.403/2011 representa uma reforma parcial do Código de Processo Penal brasileiro e se mostra de extrema importância na busca da transformação do processo penal de cunho punitivista em um processo penal renovado, que segue os preceitos democráticos e viés mais garantista.

Embora criticada por alguns, principalmente por ser mais uma alteração pontual do Código, que contribui ainda mais para transformá-lo em uma verdadeira “colcha de retalhos”<sup>84</sup>, houveram avanços na busca de preservação de garantias constitucionais, principalmente na superação da dicotomia prisão/liberdade<sup>85</sup>.

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3689) foi editado em 1941, motivo pelo qual carrega facetas peculiares de sua época, sendo portanto inegável a necessidade de adequação às previsões da Constituição de 1988, compatibilizando-o com o Estado Democrático vigente.

Sobretudo no que diz respeito às prisões processuais, essas modificações se mostraram tardias, em vista da relevância e papel central dos direitos e garantias individuais, enunciados de forma clara em 1988.

---

<sup>83</sup> Badaró, em artigo publicado no IBCCRIM, demonstra que em tema de prisão cautelar e liberdade provisória, ou qualquer outra medida cautelar que venha a restringir a liberdade, a regra será a aplicação mais benéfica, seja através da ultra-atividade da lei anterior, seja pela retroatividade da lei nova. Logo, a lei nova sobre medidas cautelares que seja prejudicial ao acusado não poderá retroagir. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany Badaró. *Reforma das medidas cautelares pessoais no cpp e os problemas de direito intertemporal decorrentes da lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011*. Boletim 223 – Junho/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>

<sup>84</sup> Ainda sobre o tema, em boletim publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em junho de 2011, Geraldo Prado e Antonio Pedro Melchior enunciam sua preocupação com a reforma parcial do Código, à revelia do projeto que tramita no Congresso para modificação global do processo penal. (PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Breve análise da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime de cautelares pessoais no processo penal brasileiro*. Disponível em: [http://www.ibccrim.org/boletim\\_artigo/4376-Breve-analise-crit...ca-o-regime-das-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro](http://www.ibccrim.org/boletim_artigo/4376-Breve-analise-crit...ca-o-regime-das-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro))

<sup>85</sup> VALENTE, Rodolfo de Almeida. *As boas novidades da lei 12.403/11*. Artigo publicado no Boletim 225, de Agosto de 2011. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>

A transformação global no processo penal é hoje um assunto em discussão, justamente para que ele se adeque ao quadro constitucional vigente, e tal projeto tramita desde 2008 no Congresso Nacional<sup>86</sup>. Entretanto, a mudança parcial que ocorreu em 2011 já traz inovações, e ainda que não modifique de forma global o dispositivo legal, inova em alguns pontos<sup>87</sup>.

Os destaques de modificação são a adoção de um modelo polimorfo, a revitalização da fiança e o caráter precautelar dado à prisão em flagrante.

É importante salientar que tal modificação só é possível se a mentalidade dos órgãos jurisdicionais que, em regra, é pautada por um senso comum teórico, marcado pela moral popularesca e imposta pelos meios de comunicação, também se modificar<sup>88</sup>, e esse vem sendo o desafio ao longo dos anos em que a lei está em vigor.

Por isso, a resistência do aplicador do direito em observar a intenção do legislador e efetivamente aplicar as medidas cautelares, de que dispõe a lei como alternativa à prisão, tem se mostrado um impasse à real eficácia da lei.

---

<sup>86</sup> O projeto de lei 8045/2010 foi apresentado em 22/12/2010 trata do “Código de Processo Penal” (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006).

<sup>87</sup> No que concerne ao tema, em 2011 as atenções estavam voltadas para o Projeto de Lei 156, que visa a reforma completo do Código de Processo Penal, mas ressurgiu nesse cenário esse Projeto de Lei 4.208 de 2001, que deu origem à Lei 12.403. O que se questionava era a razão de uma reforma parcial quando existia uma proposta de Código de Processo Penal inteiramente novo em discussão na Câmara. Diante do quadro de emergência do sistema carcerário brasileiro da época, que comportava 500.000 presos, em que 200.000 era provisórios, o projeto de reforma total do processo penal tem lenta tramitação, tendo em vista a enorme quantidade de pontos controvertidos e abertos à discussão.

<sup>88</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório Brasileiro*. Boletim 223 – Junho/2011. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>.

Ainda sobre o tema, vale ressaltar a passagem do livro “Lei 12.403 comentada – Medidas cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória, de Eduardo Luiz Santos Cabette, Freitas Bastos Editora, p. 19: “*Em tempos de ‘cruzada contra o crime’, ‘combate à delinquência’ e outras expressões belicosas disparadas sob o jugo midiático de apelos emocionais, cada vez mais se apequena a devida importância a ser dada aos direitos e garantias individuais. Na verdade, tais direitos e garantias passam a ser encarados como um ‘escudo protetor da criminalidade’, de forma que aos poucos vai encorpando uma ‘Teoria da Conspiração’, segundo a qual as garantias seriam obra insidiosa de criminosos e seus ‘simpatizantes’, a fim de perpetuar a impunidade’.*”

## 4.2 AS MUDANÇAS TRAZIDAS COM A LEI 12.403/11

Tendo em vista esse cenário, a Lei 12.403/11 traz relevantes modificações no Código de Processo Penal com relação às prisões preventivas, foco no nosso estudo, bem como referente as prisões em flagrante, destacando ainda diversas alternativas ao encarceramento com as medidas cautelares pessoais<sup>89</sup>.

Passamos agora à análise pontual de todas as mudanças trazidas com a lei, de forma separada.

### 4.2.1 Da prisão preventiva

Ao analisar a lei nota-se que seu principal objetivo era tornar o encarceramento provisório uma exceção, adaptando a legislação infraconstitucional ao paradigma constitucional de que a prisão cautelar deve ser usada como *ultima ratio*<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Que segundo trecho do livro de GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e Medidas Cautelares*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, são: “aquelas que incidem diretamente sobre os direitos do investigado ou réu”.

<sup>90</sup> No que se refere à excepcionalidade da prisão preventiva, tal entendimento é difundido de forma pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como podemos ver na decisão do HC 118.580 MC/SP, feita pelo Ministro Celso de Mello, de relatoria da Ministra Carmén Lúcia, que cita ainda outra decisão da Corte, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no HC 105.270/SP: “**Cumpre enfatizar**, por necessário, que a prisão cautelar, **para legitimar-se** em face de nosso sistema jurídico, **impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade** dessa **extraordinária** medida cautelar de privação da liberdade do suspeito, do indiciado ou do réu, **como assinalou a colenda Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal:

**A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A prisão cautelar, para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade ou manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. (...)** (HC 105.270/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”.

Após a mudança, o Título IX do CPP passa a ser “*Das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória*” — título que antes se limitava a “*Da prisão e da liberdade provisória*”.

Sendo assim, a lei passa a reger as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão, que recaem sobre a pessoa do acusado e são menos drásticas, tendo em vista que não restringem de forma total a liberdade do acusado, aumentando o leque de opções do magistrado, que antes se limitava a duas alternativas totalmente diversas uma da outra.

Vale ressaltar a nova redação do § 6º do art. 282 do Código de Processo Penal<sup>91</sup>, modificada pela lei de 2011, que elucida a excepcionalidade da prisão preventiva, anunciado que ela só será determinada se não for possível sua substituição por outra medida cautelar, observando sempre os critérios de necessidade<sup>92</sup> e adequação da medida, trazidos nos incisos do referido artigo.

Nesse mesmo sentido se apresentam a atualizada redação dos artigos. 283<sup>93</sup>, *caput* e 321<sup>94</sup> que corroboram esse posicionamento.

Indo mais além, observamos que a lei, ao modificar o art. 313 do Código de Processo Penal, restringe a aplicabilidade da prisão preventiva, que antes recaía sobre qualquer crime punível com reclusão<sup>95</sup>. No inciso I do artigo a Lei 12.403/11 restringe a possibilidade de aplicação de prisão

---

<sup>91</sup> “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

<sup>92</sup> Sobre o tema é importante citar a passagem de decisão proferida no HC 105.270/SP no Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria era do Ministro Celso de Mello: “**AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE. Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar.**”

<sup>93</sup> “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”.

<sup>94</sup> “Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observando os critérios constantes no art. 282 deste Código”.

<sup>95</sup> Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação de prisão preventiva nos crimes dolosos: (Redação dada pela Lei n. 6.416, de 24.5.1977): I – punidos com reclusão; (Redação dada pela Lei n. 6.416, de 24.5.1977)”.

preventiva aos crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Assim, prisões preventivas em razão de crimes como furto simples, por exemplo, tornam-se ilegais e passíveis de relaxamento<sup>96</sup>. Por isso, a qualidade da pena não é mais relevante para a decretação de prisão preventiva, mas sim a quantidade de pena máxima abstrata cominada.

Segundo Aury Lopes Jr.<sup>97</sup>:

*“Nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos e exista fumus commissi delicti e periculum libertatis, somente poderá haver decretação de medida cautelar diversa;  
Nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista fumus commissi delicti e periculum libertatis, e exista uma das situações dos incisos II e III do art. 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente, a prisão preventiva (nestes casos, é imprescindível uma leitura sistêmica e, principalmente, à luz da proporcionalidade, como explicaremos ao tratar dos incisos na continuação).”*

No inciso II do art. 313 do Código de Processo Penal, também modificado pela Lei 12.403/11, a prisão preventiva será admitida dos acusados que tiverem sido condenados por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvando o disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal, ou seja, os reincidentes em crime doloso<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Segundo Aury Lopes Júnior o relaxamento de prisão preventiva é ligada à ilegalidade da medida, e serve tanto à prisão em flagrante como à prisão preventiva. Já a revogação da prisão preventiva ou da medida cautelar diversa guarda relação com a provisionalidade das cautelares, tendo em vista que ocorrerá quando não mais subsistirem os motivos que legitimaram a segregação ou a restrição imposta por meio de medida cautelar, como manda o art. 319 do Código de Processo Penal. Já a concessão de liberdade provisória está situada após a prisão em flagrante e antes da prisão cautelar, sendo ela uma medida impeditiva de prisão cautelar. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>97</sup> LOPES JR., Aury. *Ibidem*.

<sup>98</sup> Sobre o tema, vale destacar a crítica do autor Aury Lopes Jr. quanto a esse dispositivo legal, por entender que não possui caráter cautelar. Tal posicionamento se justifica pois entende o autor que o legislador seguiu uma linha de máxima estigmatização do reincidente, demonstrando notório *bis in idem*, violando a presunção de inocência. LOPES JR., Aury. *Ibidem*.

Segundo a Procuradora do Estado de São Paulo Adriana Haddad Uzum, no que concerne à violação do princípio de presunção de inocência, chamar de reincidente o réu que se encontra na referida situação é pressupor ou antever sua nova condenação, posto que só haverá reincidência quando existir uma nova condenação. UZUM, Adriana Haddad. *A reincidência, por si só, não impede o benefício da liberdade provisória*. Boletim 79 do IBCCRIM, de Junho de 1999. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>

Quanto ao inciso III do art. 313 vale ressaltar o protagonismo dado aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, que serão passíveis de prisão preventiva, demonstrando a preocupação com as minorias.

O dispositivo citado acima reitera e aperfeiçoa a inclusão de preventiva em casos de violência doméstica, para assegurar medidas protetivas de urgência, indo além da redação anterior dada pela Lei 11.340/06, incluindo além da mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou qualquer pessoa com deficiência, sempre no contexto de coabitação da violência doméstica.

A redação anterior, dada pelo art. 42 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que incluiu o inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal, se destinava apenas à mulher vitimizada. Mas, a nova redação dada pela Lei 12.403/11, abrange todos os outros hipossuficientes.

Ainda no art. 313, é importante seu parágrafo único<sup>99</sup>, que permite a prisão preventiva para esclarecer questões referentes à identificação civil. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci<sup>100</sup> entende que estaríamos diante de uma “*prisão utilitária*”, lastreada na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, que diz respeito à identificação do acusado ou quando há dúvida quanto a sua identidade civil.

Vale destaque o posicionamento de Aury Lopes Júnior<sup>101</sup>, que demanda leitura cautelosa do parágrafo único, sendo imprescindível para a decretação de prisão preventiva do imputado por haver dúvida em relação à identidade civil o *fumus commissi delicti* e o *periculum in mora*, bem como uma interpretação sistemática com o inciso I do art. 313 do Código de

---

<sup>99</sup> “Parágrafo único: Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvidas sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.”

<sup>100</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal*, 13ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>101</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

Processo Penal, impedindo a prisão preventiva sob esse fundamento em casos de crimes culposos.

Alerta também o autor que não se pode fazer uma leitura isolada do dispositivo, corroborando que não se pode prender preventivamente para averiguações.

Além disso, pensa que o artigo deve ser interpretado de forma conjunta com o disposto na Lei 12.037/2009, que trata da identificação criminal, para chegar a conclusão de que essa hipótese de prisão preventiva deve ser empregada com cuidado, analisando-se a situação tendo em vista os casos de identificação criminal previstas na mencionada lei.

Com relação aos fundamentos da prisão preventiva, estes não sofreram modificações e estão previstos no caput do art. 312 do Código de Processo Penal<sup>102</sup>, com redação dada pela Lei 8.884/94, que não sofreu alterações com as mudanças do Código em 2011.

Sendo assim, a prisão preventiva poderá ser fundamentada na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Todos eles representam o *periculum libertatis*. Entretanto, se exige prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, que configuram o *fumus commissi delicti*.

A única mudança no art. 312 foi a inclusão de seu parágrafo único, que autoriza a prisão preventiva caso haja descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Mais uma vez, deve-se fazer uma interpretação constitucional do dispositivo. Logo, o não cumprimento da medida cautelar não pode ser visto como um ato que gera automaticamente o encarceramento, sendo imperiosa a atenção com relação ao princípio da proporcionalidade.

Essa cautela ao interpretar o dispositivo está positivada no novo § 4º do art. 282 do Código de Processo Penal, que determina outras

---

<sup>102</sup> “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

possibilidades como a imposição de outra medida cautelar, ou até a cumulação da descumprida com uma nova, sendo a prisão preventiva a última delas, sempre observando seus requisitos exigidos<sup>103</sup>.

#### **4.2.2 Das medidas cautelares alternativas à prisão**

A nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, que é a principal inovação trazida pela lei, positiva as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão, trazendo um rol taxativo de opções para o magistrado<sup>104</sup>, observadas as circunstâncias do caso concreto.

São as medidas cautelares previstas em lei: comparecimento periódico em juízo para informar e justificar suas atividades, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o indiciado ou acusado tiver residência fixa e trabalho, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória do acusado nas hipóteses de crime praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem serem inimputáveis ou semi-imputáveis, fiança quando admitido e monitoração eletrônica.

Cada uma das medidas cautelares tem uma função, que no próprio texto da lei está disposta. Isto é, cada uma delas, a depender do caso concreto, tem uma determinada finalidade, que deve ser analisada pelo magistrado no momento de sua eventual decretação.

---

<sup>103</sup> Ainda que estejamos diante de três opções graduadas (substituir a medida cautelar, impor outra em cumulação e decretar a prisão preventiva) o juiz não está obrigado a passar pelas duas primeiras fases para então utilizar o cárcere, devendo atentar-se ao princípio da proporcionalidade.

<sup>104</sup> Vale ressaltar que sobre o tema há discussão doutrinária, tendo em vista que alguns autores entendem que existe a possibilidade de aplicação do “Poder Geral da Cautela” do juiz, oriundo do processo civil, admitindo assim as cautelares inominadas. Sendo assim, os adeptos a esse pensamento veem o rol do art. 319 como exemplificativo, podendo o juiz implementar outras medidas cautelares que ali não previstas. Aqueles que defendem que estamos diante de um rol *numerus clausus* os fazem baseado principalmente no princípio da legalidade, e pelo fato de que nesse caso, as exigências do ramo do processo penal não é compatível com o civil, pois há a necessidade de previsão legal sempre que estivermos diante de normas restritivas de direito.

A primeira das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, modificado com a Lei 12.403/11, é o comparecimento periódico em juízo, que serve como um meio de controle do indiciado ou réu, permitindo que o juízo tenha informações quanto às suas atividades e seu paradeiro durante o processo ou inquérito policial, servindo como instrumento da eficácia da aplicação da lei penal.

A medida prevista no inciso II do mencionado art. 319, é a proibição de acesso ou frequência em determinados lugares, quando esses lugares guardarem estreita relação com as circunstâncias relacionadas ao fato, visando evitar a prática de novas infrações. Vale dizer que essa espécie de restrição já existia no Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/03), em seu art. 39-A, bem como na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), no art. 22, III, “c”.

Proibição de manter contato com pessoa determinada está prevista no inciso III como uma medida cautelar que já era prevista em outras legislações, como na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), e que não se resume ao distanciamento físico, nem apenas à suposta vítima da infração penal, mas também direciona-se as testemunhas, peritos e até mesmo os outros supostos participantes. Neste ponto, é possível que a medida cumpra com a função cautelar de tutela da prova.

Quanto à proibição de ausentar-se da Comarca, a medida também já era prevista na legislação nacional, mais especificamente no art. 89, parágrafo 1, inciso III da Lei 9.099/95, ganhando maior amplitude com sua inserção no Código de Processo Penal. Serve para a tutela da prova, bem como para a eficácia da lei penal, no que diz respeito ao perigo de fuga. Entretanto, importante salientar que poderá haver exceção quanto à medida quando houver fundamentada autorização judicial ou em casos de emergência, mesmo sem a autorização judicial, desde que haja justa causa.

O recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga no investigado ou acusado é medida condicionada à dois requisitos, que ele tenha residência e trabalho fixos, mediante comprovação. Segundo Aury Lopes Júnior, trata-se de medida cautelar que:

“...pode servir a diferentes fins, desde minorar o risco de fuga (ainda que com pouca eficácia), tutela da prova (já que o imputado ficará nos limites trabalho-domicílio) e até mesmo escopos metacautelares (e, por isso, censuráveis), como prevenção especiais e geral.”

No inciso VI do art. 319 do Código de Processo Penal temos a medida cautelar de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica, tendo como finalidade evitar a prática de novas infrações penais. Importante ressaltar o liame entre a função pública, econômica ou financeira exercida pelo agente e a modalidade criminosa de que se receia a reiteração da prática<sup>105</sup>.

A internação provisória do acusado, prevista no inciso VII do anteriormente mencionado artigo, só poderá ocorrer nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando, por exame pericial, restar comprovado que o acusado ou indiciado é inimputável ou semi-inimputável, tendo como finalidade evitar a reiteração, sob o prisma de preservação de ordem pública. Esta medida é o equivalente à prisão preventiva dos imputáveis, sendo denominada de “Medida de Segurança Preventiva”<sup>106</sup>.

Seguindo os incisos do art. 319 do Código de Processo Penal chegamos ao VIII, que enumera a fiança como uma das medidas cautelares alternativas ao cárcere, nas infrações que a admitem, que tem finalidade de assegurar o comparecimento aos atos do processo, de evitar a obstrução de seu andamento, bem como de coibir resistência injustificada à ordem judicial.

A medida cautelar de monitoração eletrônica está disposta no inciso IX e é cerne de debates doutrinários quanto a sua constitucionalidade<sup>107</sup>. Ela

---

<sup>105</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 comentada – Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> Luiz Antonio Câmara, em seus livros, trazendo à tona o pensamento de Eugênio Pacelli entende pela inconstitucionalidade da medida, tendo em vista seu caráter invasivo da intimidade e privacidade do indivíduo, somente podendo ser imposta quando houver concordância do acusado ou indiciado. CAMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais — prisão e liberdade provisória*. Juruã Editora. Sem contar do estigma do processo penal e do controle social exercido, já que é levado junto ao corpo.

tem como finalidade o controle das atividades e o deslocamento do acusado ou indiciado, visando justamente assegurar o comparecimento em atos do processo, e seu bom andamento, bem como evitar a nova prática de infrações.

A única e última medida cautelar alternativa à prisão não prevista nos incisos do art. 319 do Código de Processo Penal é a proibição de ausentar-se do país, prevista no art. 320. Aparece porque no caso concreto o indivíduo poderá não se ausentar do país, mas poderá se movimentar dentro do território nacional<sup>108</sup>.

Vale a crítica quanto as condições e meios do Estado fiscalizar o cumprimento das referidas medidas.

É salutar observar que, embora bem menos severas que o cárcere, as medidas cautelares alternativas também privam o acusado de sua liberdade. Por isso, seu uso não pode ser indiscriminado, sob pena de violar os preceitos constitucionais e o ideário da própria lei. Sendo necessária a análise de necessidade e adequação dessas medidas, não podendo servir como a única opção além do cárcere.

A liberdade do indivíduo deve ser sempre a primeira opção, e para que ele tenha sua liberdade atingida de forma mais ou menos branda, qual seja por prisão preventiva ou medida cautelar alternativa, requisitos e peculiaridades do caso concreto devem ser observadas.

Como o objeto das medidas cautelares é a proteção e eficácia do processo penal, que é um instrumento necessário para a aplicação de uma pena e proteção e eficácia das garantias constitucionais<sup>109</sup>, elas devem

---

Já Rogério Greco afirma que o direito à intimidade deverá ceder diante do monitoramento, já que essa limitação se faz em benefício do sujeito passivo da medida, que não enfrentará as mazelas do cárcere, onde os danos à personalidade são muito maiores. GRECO, Rogério. *Monitoração versus Direito à Intimidade*. Revista Consulex. nº 360, jan. 2012.

<sup>108</sup> Cabe ao juiz comunicar as autoridades que fiscalizam as saídas do território nacional, bem como de intimar o réu para a entrega de seu passaporte em 24 horas.

<sup>109</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Vol. I, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 28

sempre ser aplicadas tendo em vista o acautelamento do processo que está em desenvolvimento<sup>110</sup>.

Da mesma maneira que acontece com a decretação da prisão preventiva, para a imposição de uma medida cautelar alternativa deve haver *fumus comissi delicti e periculum libertatis*.

Alguns princípios devem ser observados para a aplicação de medidas cautelares, como o da jurisdicionalidade, tendo em vista que só podem ser aplicadas mediante ordem judicial, o da motivação das decisões, visto que é obrigatória a fundamentação das decisões por parte dos juízes, e o do contraditório, já que a imposição da medida deve prescindir de uma manifestação da defesa<sup>111</sup>.

Quanto ao seu tempo de duração, a Lei 12.403/11 não definiu uma duração máxima das medidas cautelares<sup>112</sup>, nem mesmo uma sanção processual em caso de excesso. Entretanto, não se pode deixar de observar o princípio da provisionalidade, consagrado nos parágrafos 4 e 5 do art. 282 do Código de Processo Penal, que determina o caráter provisória das medidas cautelares, que tutelam uma situação fática, e uma vez perdido o *periculum libertatis* e/ou *fumus comissi delicti*, elas devem cessar.

Nesse mesmo sentido encontramos o princípio da provisoriedade aplicado às medidas cautelares de modo geral, sendo elas de caráter temporário, de breve duração, não podendo assumir contornos de pena antecipada.

Entretanto, isso não quer dizer que tenham total liberdade, pois as medidas cautelares só podem existir enquanto a situação fática persistir, de modo que elas devem ser reavaliadas quando a situação fática se modificar,

---

<sup>110</sup> PERCHON, Daniel F. G. “Reiteração e Reincidência como paradoxos no sistema de medidas cautelares penais e a lei 12.403/11: uma breve análise da aplicação de medidas cautelares fundamentadas pela ideologia da Defesa Social”. Disponível em: (<http://www.ibccrim.org.br>)

<sup>111</sup> Ibidem

<sup>112</sup> Interessante ressaltar que ao longo da tramitação do Projeto de Lei 4208/2001 houve uma tentativa de fixação de um prazo máximo para as prisões cautelares, determinando o prazo de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o acusado desse causa à demora. Mas, o dispositivo acabou vetado na Lei 12.403/11.

observando se sua necessidade persiste<sup>113</sup>, sendo necessária uma observação de duração razoável do prazo.

Logo, elas não podem servir como uma antecipação da pena, ultrapassando, em algumas situações, até mesmo o tempo da pena. Nesse sentido, os princípios da necessidade e excepcionalidade são basilares no que diz respeito a sua duração.

A jurisprudência ao longo dos anos tentou construir um limite global para a prisão cautelar a partir da soma dos prazos que compõem o procedimento aplicável.

A Lei 11.719/2008 estabelece prazos para os ritos comum e sumário, quanto a realização da audiência de instrução de julgamento, de 60 e 30 dias, respectivamente; bem como a Lei 11.689/2008 estabelece que no rito do Tribunal do Júri o prazo será de 90 dias para que se encerre a primeira fase. Esses marcos podem servir como indicativos de excesso de prazo, mas são prazos sem sanção, que colocam em risco sua eficácia. Portanto, não há um limite temporal estabelecido em lei quanto a duração das medidas cautelares.

Vale destaque a decisão da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, dada no RHC 20.566/BA julgado em 12/06/2007 no Superior Tribunal de Justiça, em que a súmula 52 do Supremo Tribunal de Justiça é excepcionada:

---

<sup>113</sup> A Lei 12.403/11 não fixou um prazo razoável para as medidas cautelares, indo em sentido contrário ao princípio da razoabilidade dos prazos, que pode ser encontrado de forma clara no art. 5º, LXXVIII da CF c/c Art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica. Vale dizer que em outros países como o Paraguai, segundo Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e Medidas Cautelares*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, P. 61), que o tempo máximo para julgamento é de três anos, e passado esse tempo, o processo é extinto. No mesmo sentido temos países como a Espanha, que segundo Eduardo Luiz Santos Cabette (*Lei 12.403 comentada – medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora), já tem decisão em seu Tribunal Constitucional no sentido de que a duração da cautelar prisional deve se reduzir ao que seja imprescindível para a obtenção do fim a qual foi decretada, bem como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ainda no direito comparado, Eduardo Luiz Santo Cabette, citando Aury Lopes Junior (*Lei 12.403 comentada – medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora) mostra que na Alemanha existe uma regra geral que o prazo máximo de uma prisão cautelar é de 6 meses. Nessa linha é o caso de Portugal, em que passados 18 meses sem que tenha sido prolatada a sentença ou dois anos sem que esta tenha sido transitada em julgado, o réu deverá ser posto em liberdade, salvo exceções. E por fim, o caso da Itália, em que é usado o critério quantitativo da pena *in abstracto* como limite de tempo máximo para a prisão provisória.

*“Mas, com a Emenda Constitucional no 45, introduziu-se expressamente a idéia de que o acusado deve ser julgado num prazo razoável. Trata-se da garantia da razoável duração do processo . Assim, a razoabilidade do prazo para a prisão cautelar deve ser analisada não apenas relativamente à etapa da instrução do processo, mas alcançando o processo como um todo. O recorrente encontra-se preso há quase 3 anos e meio sem uma resposta do Estado, ainda que sujeita a recurso. Requeridas novas diligências pelo Ministério Público em 08 de março de 2006, até a presente data não foram cumpridas. Por mais que tenha se encerrado a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, há que se reconhecer que as diligências requeridas pelo Ministério Público por força do artigo 499 do Código de Processo Penal, voltam-se à produção de mais elementos de instrução, inclusive com a oitiva de novas testemunhas, além da expedição de ofícios a diversos departamentos. Ademais, das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora no habeas corpus restou evidenciado, indene de dúvidas, que a demora na tramitação do feito não encontra justificativa plausível. Como a própria autoridade apontada como coatora afirma às fls. 141/142, apesar da ausência de Juiz titular na Comarca, não se justifica a delonga na conclusão do processo e, muito menos, a manutenção da prisão preventiva do recorrente por período tão longo de tempo.”Reconheceu-se, da mesma forma, que a demora não foi imputável à defesa, pois restou consignado que a demora deveu-se ao fato de que a comarca não dispõe de juiz titular e que a juíza substituta que cuidava do processo à época da impetração encontrava-se doente, impossibilitada de digitar, de dirigir, com limitações para desempenhar, com a necessária brevidade jurisdicional, suas atividades laborais, não podendo, pois, entregar a prestação jurisdicional a contento”(fl.75). Assim, entendo ser o caso de conceder-se a ordem sob o fundamento do excesso de prazo.”*

No que diz respeito a escolha da medida cautelar a ser adotada, o princípio da adequação será aplicado, cotejando sempre o caso concreto com as medidas cautelares a disposição na lei.

#### **4.2.3 Das garantias constitucionais**

Dando sequência às inovações da Lei 12.403/2011, observamos a intenção de fomentar a preservação de garantias constitucionais como o contraditório no novo § 3º do art. 282 e no § 4º do art. 289-A, que garante a ciência da defesa da imposição de medida cautelar e a comunicação a Defensoria Pública caso o acusado não informe advogado, respectivamente.

Outra garantia a ser preservada, já positivada na Lei de Execução Penal nº 7.210/84 em seu art. 84, é obrigatoriedade na separação dos presos provisórios dos já definitivamente condenados. Antes da alteração legal a

redação era a seguinte: “Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas” (grifei). Com a mudança do art. 300 do Código de Processo Penal, tal segregação se torna obrigatória.

Mais uma novidade trazida com o advento da lei de medidas cautelares é a impossibilidade do juiz determinar a prisão preventiva de ofício na fase de inquérito, disposta no art. 311 e § 2º do art. 282 do Código de Processo Penal<sup>114</sup>. Sendo assim, implementa-se a ideia de afastamento do juiz das atividades investigativas, não confundindo suas atribuições com as do Ministério Público e das autoridades policiais, já que um juiz-instrutor compromete sua imparcialidade.

O que se pretende é restringir a atuação do juiz para garantir sua imparcialidade e evitar sua tomada de posição com o envolvimento na fase de investigação, evitando uma postura inquisitória e preservando o sistema acusatório<sup>115</sup>.

#### **4.2.4 Da nova regulamentação da prisão em flagrante**

Por fim, como última mudança significativa legal, a prisão em flagrante sofreu impactos.

A Lei 12.403/11 provoca como principal impacto no instituto da prisão em flagrante o seu caráter de precautelaridade, sendo ela uma medida

---

<sup>114</sup> O problema aqui seria que no bojo do próprio Código de Processo Penal, como por exemplo a busca domiciliar nos moldes do art. 242, e em leis esparsas, como é o caso a prisão preventiva de ofício na fase investigatória no caso dos crimes da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). Na referida lei há previsões de atuação de ofício por parte do juiz, ainda que na fase investigatória. Sendo assim, algumas posições doutrinárias se formaram. A primeira entende que o disposto no §2º do art. 282 refere-se somente às cautelares do art. 319 do CPP, com fulcro no princípio da especialidade, a segunda que se refere somente às cautelares do Código de Processo Penal, permanecendo a atuação de ofício por parte do juiz nos casos das leis esparsas, e aqueles que entendem que houve revogação tácita de todos os dispositivos com previsão de atuação de ofício do juiz com relação as cautelares na fase de inquérito, ou ainda os que defendem que os dispositivos que vão em sentido contrário ao disposto no §2º do art. 282 usavam como paradigma o antigo art. 311 do CPP, mas como houve mudança paradigmática, deve se estender a mudança a todas as leis que se baseavam naquele paradigma.

<sup>115</sup> No que se refere ao tema, é importante salientar que existem críticas na doutrina, como por exemplo de Aury Lopes Júnior, quanto ao decreto de prisão preventiva de ofício pelo juiz durante o processo, por tomar uma postura incompatível com a exigida no sistema acusatório, comprometendo sua imparcialidade. LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

precária de mera detenção, para colocar o detido à disposição do juiz, que diferente das medidas cautelares não é dirigida a garantir o resultado final do processo, e que justamente por isso pode ser praticada por um particular ou por autoridade policial.

Ela está justificada em casos excepcionais de necessidade e urgência previstos no art. 302 do Código de Processo Penal, que não sofreu alterações.

A nova redação do art. 310, modificada pela lei de 2011, deixa claro esse caráter da medida, extinguindo as prisões em flagrante que perduravam por vários dias, podendo chegar até o fim do inquérito policial, determinando assim sua duração máxima de 24 horas. Logo, para que o indivíduo fique preso mais do que esse prazo, exige-se então uma decisão judicial fundamentada decretando a prisão preventiva.

Nesse sentido enuncia Aury Lopes Júnior:

*“...ninguém pode permanecer preso sob o fundamento ‘prisão em flagrante’, pois esse não é um título judicial suficiente. A restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar as 24 horas (prazo máximo que o auto de prisão em flagrante seja enviado para o juiz competente, nos termos do art. 306, §1º, do CPP).”<sup>116</sup>*

Sobre o tema, é interessante ressaltar a Resolução n.66 do Conselho Nacional de Justiça, de janeiro de 2009, que mesmo antes da mudança do art. 310 já previa a necessidade do juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, se manifestar sobre a concessão ou não a liberdade provisória, fundamentando caso entenda pela manutenção da segregação. Com a nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, exige-se também a fundamentação caso escolha por uma ou mais medidas cautelares.

Portanto, seguindo o disposto no atual art. 310 do Código de Processo Penal, ao receber o auto de prisão em flagrante o juiz deverá relaxar a prisão, caso seja ilegal; se legal for, poderá converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código e caso as medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do

---

<sup>116</sup> LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

mesmo Código não forem suficientes; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Quanto a legalidade da prisão em flagrante, é imperiosa a análise do art. 5º, incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI da Constituição Federal de 1988, bem como o atualizado art. 306 do Código de Processo Penal, que insere como novidade a necessidade de imediata comunicação da prisão ao Ministério Público, e reforça a redação anterior de imediata comunicação ao juiz, dos familiares do preso, bem como o envio, em até 24 horas após a prisão, do auto de prisão em flagrante ao juiz e, caso não haja indicação de advogado, o envio de cópia integral também para a Defensoria Pública.

Ainda no art. 306 do Código de Processo Penal, atualizado em 2011, a exigência de entrega ao preso da nota de culpa<sup>117</sup>, no prazo de 24 horas permanece inalterada.

Diante desse panorama estabelecido pela lei, recebendo o auto de prisão em flagrante o juiz fará sua análise em dois momentos. No primeiro observará o aspecto formal do auto, bem como a legalidade do flagrante, tomando como base o art. 302 do Código de Processo Penal, bem como de seu art. 306. Sendo ilegal, deverá ser relaxado, e se legal, homologado.

Em um segundo momento, homologada a prisão em flagrante, deverá analisar a necessidade ou não da prisão preventiva, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança e a eventual imposição de uma das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do mesmo Código. Alertando sempre para a excepcionalidade do encarceramento preventivo, que deve ser a última das opções.

A nova redação do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal traz regra já prevista antes da mudança da lei no *caput* do mesmo artigo, e vem na mesma linha do previsto no art. 314 de que jamais haverá conversão da prisão em flagrante em preventiva caso o juiz

---

<sup>117</sup> A nota de culpa defini o motivo da prisão, dando notícia da causa determinante da medida, indicando os elementos de acusação, mencionando nomes dos condutores e testemunhas.

verifique, pelas provas constantes nos autos, que o agente praticou o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do art. 23 do Código Penal, isto é, que tenha praticado a conduta ao abrigo de uma das causas excludentes de ilicitude.

Por fim, com o advento da Lei 12.403/11 o antigo art. 317 do Código de Processo Penal foi revogado e passou a disciplinar a prisão domiciliar, bem como o art. 318. Como consequência, o instituo da apresentação espontânea que impedia a prisão em flagrante deixou de existir.

Antes da mudança da lei, entendia-se que a postura de se apresentar de forma espontânea à autoridade policial, narrando e reconhecendo a autoria de um fato criminoso, era incompatível com a intenção de fuga ou de ocultação. Hoje, nada impede que o juiz siga esse entendimento, mas não há a previsão em lei. Sobre o tema leciona Fernando Capez<sup>118</sup>:

*“A autoridade policial não poderá prender em flagrante a pessoa que se apresentar espontaneamente, de maneira que não se pode falar em flagrante por apresentação. Isso porque o art. 304, caput, do CPP dispõe que ‘apresentando o preso à autoridade competente...’ (destacamos). Como se vê, a lei pressupor que o sujeito seja apresentado pelo condutor, não empregando a expressão ‘apresentando-se’. Deste modo, deixou de prever a possibilidade de prisão daquele que se apresenta à autoridade policial, não havendo óbice, porém, para que seja imposta a prisão preventiva ou temporária, quando for o caso.”*

---

<sup>118</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328

## Conclusão

---

Ao longo do trabalho foram expostos os principais aspectos da prisão preventiva, principalmente após os impactos que o instituto sofreu com reforma parcial do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/11. Observamos a intenção da lei de tornar o encarceramento provisório uma medida excepcional através do reforço de limites antes estabelecidos, e da previsão de novos mecanismos que visavam tornar possível o entendimento de que a prisão deve ser a última das alternativas.

Nesse sentido conclui-se que a prisão preventiva é compatível com o princípio da não culpabilidade, desde que respeitados os limites estabelecidos pela lei infraconstitucional e pela Constituição Federal. Portanto, deve a prisão preventiva ser provisória e excepcional, de natureza assecuratória do processo de conhecimento penal, ou seja, visando possibilitar a reconstrução histórica dos fatos atribuídos aos acusado e uma eventual imposição de resposta estatal, e da execução penal. Logo, o cerceamento completo da liberdade antes de trânsito em julgado de decisão só se justificaria se imprescindível para afastar o risco ao processo.

Sendo assim, nota-se que a finalidade da prisão preventiva não é ser uma verdadeira antecipação da pena, e não tem também seus efeitos de retribuição e prevenção, seja geral ou especial. Sua finalidade é a garantia da eficácia e eficiência do procedimento e da aplicação da sentença.

Tal limitação e excepcionalidade se justificam tendo em vista os prejuízos irreparáveis causados pelo cárcere, independente de ser ele advindo de sentença condenatória ou de decreto de prisão preventiva. Condenado ou absolvido ao final do processo, o indivíduo submetido a prisão preventiva carregará um estigma e terá seus laços familiares e profissionais rompidos, gerando um alto custo social.

Além de desrespeitar garantias constitucionais, a segurança pública também acaba sendo penalizada pelo uso abusivo das prisões preventivas,

tendo em vista que o encarceramento desses acusados deteriora ainda mais a situação caótica de penitenciárias superlotadas, abrindo espaço para a violação de direitos humanos e expondo os presos provisórios a um possível recrutamento por parte daqueles que já estão cumprindo pena, resultando em um alto índice de reincidência.

Diante desse quadro, as medidas tomadas através da Lei 12.403/11 para mudar, de forma parcial, o Código de Processo Penal eram necessárias, principalmente no que diz respeito à prisão preventiva. Entretanto, devemos também observar o seu impacto no mundo dos fatos, e não somente no papel.

No ano de 2012 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) iniciou a pesquisa sobre a adoção de medidas cautelares após a edição da Lei 12.403, que entrou em vigor em 2011, com intuito justamente de analisar seus impactos no Brasil<sup>119</sup>. O referido estudo ainda não foi publicado.

Segundo o último relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen), de junho de 2014, a população carcerária brasileira ultrapassou os 600 mil presos; de 2002 para 2013, segundo dados do IBGE, a população brasileira cresceu 15% enquanto a população carcerária mais que dobrou, aumentando 140% no mesmo período. A realidade atual é que temos quase dois presos por vaga e, ainda que o número de vagas nos presídios de 2000 para 2014 tenha triplicado, o déficit de vagas no mesmo período mais do que dobrou<sup>120</sup>.

Segundo a mesma pesquisa realizada pelo Depen, os estabelecimentos destinados a presos provisórios são ocupados em sua ampla maioria por presos já condenados (84%); a maioria dos presos provisórios está detida por prazo superior à duração razoável do processo (60%), ou seja, estando custodiados por mais de 90 dias; e a quantidade de presos provisórios corresponde a quase a metade da população carcerária

---

<sup>119</sup> <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59524-pesquisa-sobre-adocao-de-medidas-cautelares-deve-ser-respondida-ate-dia-15>

<sup>120</sup> <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

brasileira (41%). Indo mais além, segundo dados da pesquisa, são disponíveis 115.656 vagas para presos provisórios, mas eles chegam ao número de 222.190.

O levantamento feito pelo ICPR (Institute for Criminal Policy Research)<sup>121</sup> mostra que o Brasil ocupa hoje o quarto lugar no ranking de maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia; e entre os países comparados, o Brasil exibe a quinta maior taxa de presos sem condenação. Assim, do total de pessoas privadas de liberdade no Brasil, aproximadamente quatro entre dez estão presas sem terem sido julgadas. Para mais, dentre os cinquenta países com maior população prisional, o Brasil tem a segunda maior variação na taxa de aprisionamento.

Os dados da pesquisa<sup>122</sup> sobre a aplicação de penas e medidas alternativas realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), e publicada em 2015, revelam que em 37,2% dos casos em que os réus estiveram presos provisoriamente, não houve condenação à prisão ao final do processo, resultando em absolvição ou condenação a pena restritivas de direitos em sua maioria. A pesquisa confirma o diagnóstico de quanto *“ao sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema da justiça”*<sup>123</sup>.

Tomando como base os números apresentados podemos observar que apesar de existir uma primazia da liberdade no nosso ordenamento, reforçada pela Lei 12.403/11, que visava principalmente tornar a prisão preventiva uma medida excepcional, esta não foi capaz de reduzir o número de presos provisórios, sobretudo os presos preventivos.

Rubens Casara, juiz de direito, aponta como fomentador o fato de que a garantia dos direitos fundamentais são vistos hoje como obstáculos a eficiência repressiva do Estado e a tradição autoritária que condiciona como

---

<sup>121</sup> [http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All)

<sup>122</sup> [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325\\_relatorio\\_aplicacao\\_penas.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf)

<sup>123</sup> Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça do dia 15/12/2015.

a prisão será aplicada, sendo ela privilegiada enquanto a liberdade é afastada sem maiores constrangimentos, que reflete de forma direta na maneira como os aplicadores de direito decidem<sup>124</sup>. Nesse sentido, alerta ainda o autor que:

*“...a prisão para ser encarada com seriedade deve ser percebida como a manifestação mais grave de ingerência estatal na liberdade das pessoas e compreendida à luz da dinâmica da reprodução social e suas contradições.*

*(...)*

*No Brasil, o atual tratamento legal conferido à prisão preventiva, a prisão cautelar por excelência, já é muito ruim: revela-se casuístico em diversas passagens, apresenta uma regulamentação do instituto em termos ambíguos, com textos fluidos/abertos (que favorecem decisionismos e perversões inquisitoriais.”*

---

<sup>124</sup> CASARA, Rubens. “A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias”. Boletim 227 – Dezembro/2015. Artigo disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>

## BIBLIOGRAFIA

---

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo. Jan./Mar. 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudança legislativa*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Jan/Dez 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 comentada – Medidas cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CAMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais – prisão e liberdade provisória*. Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed., São Paulo: Saraiva. 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e Medidas Cautelares*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva. 1991.

GRECO, Rogério. *Monitoração versus Direito à Intimidade*. Revista Consulex, nº 360, jan. 2012.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Vol. I, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal*, 13ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

#### Sites consultados:

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Garantia da ordem pública e violação do princípio da proporcionalidade*. Boletim 217 – Dezembro/2010. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/09/16)

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na lei 12.403/11*. Boletim 229 – Dezembro/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/09/16)

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Exigências para obtenção de liberdade provisória e proporcionalidade*. Boletim 184 – Março/2008. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 24/08/16)

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany Badaró. *Reforma das medidas cautelares pessoais no cpp e os problemas de direito intertemporal decorrentes da lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011*. Boletim 223 – Junho/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/07/16)

BÁRTOLI, Márcio. *Prisão cautelar e princípio da proporcionalidade*. Boletim 119 – Outubro Esp./2002. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 24/08/16)

BASTELLI, Ricardo. *Artigo: Prisão e liberdade no estado democrático de direito: “estado de equilíbrio”*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 18/10/16)

BEDNARSKI, José Luiz. *Garantia da ordem pública e clamor social*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> , 04.07.2001. (Acesso: 19/09/16)

BONAVIDES, Paulo. “*Proporcionalidade, razoabilidade e direito penal*”. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 25/08/16)

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Mais reflexões sobre a lei 12.403/11*. Disponível em: [http://www.ibccrim.org/boletim\\_artigo/4378-Mais-reflexoes-sobre-a-lei-1240311](http://www.ibccrim.org/boletim_artigo/4378-Mais-reflexoes-sobre-a-lei-1240311) Boletim 223, Junho de 2011 (Acesso: 19/07/16)

CASARA, Rubens. “*A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias*”. Boletim 227 – Dezembro/2015. Artigo disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 28/09/16)

CASTRO, Douglas Camargo de. “*Estado de inocência e a ordem pública: prisão preventiva e violação dos direitos humanos*. Pode ser encontrado em: [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca\\_etds.php?srsecao=resultado&nrseq=12282@1](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?srsecao=resultado&nrseq=12282@1) (Acesso: 20/09/16)

COSTA, Francisco José Santos da. *Do Direito Penal do Cidadão ao Direito Penal do Inimigo: uma análise sintética das três velocidades do Direito Penal*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 28/09/16)

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório Brasileiro*. Boletim 223 – Junho/2011. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. (Acesso: 19/07/16)

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Direito Penal do inimigo: sobre o que estamos falando?* Boletim 196 – Março/2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 28/09/16)

DEZEM, Guilherme Madeira. *Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões*. Boletim 223 – Junho/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/07/16)

ESSADO, Tiago Cintra. *Prisão cautelar: a necessidade como pressuposto imprescindível*. Boletim 225 – Agosto/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/07/16)

ESTELLITA, Heloisa. “*Direito Penal, constituição e princípio da proporcionalidade*”. Boletim 131 – Outubro Esp./2003. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 24/08/16)

FRAGANO, Marcello e POLLACHI, Natália. *O problema da prisão provisória e o impacto das Leis das Cautelares na cidade de São Paulo*.

Boletim 265 – Dezembro/2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 18/10/16)

GODOY, Carlos A. Canellas. *A garantia da ordem pública como condição de decretação da prisão preventiva*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, 15.01.2003 (Acesso: 19/09/16)

IEMIN, Matheus Magnus Santos. *Direito penal do inimigo - Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 28/09/16)

LEITE, Rosimeri Ventura. *Princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, 25.06.2004 (Acesso: 24/08/16)

LOPES JR. Aury, A *(in)existência de poder geral de cautela no processo penal*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 25/08/16)

MAYA, André Machado. *Os limites da aplicação imediata da lei 12.403/11*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/07/16)

MIRANDA, Jacinto Nelson. *Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório Brasileiro*. Boletim 223 – Junho/2011 <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/07/16)

NAHUM. Narcí Antoinio R. *O retorno dos conceitos de periculosidade, de inocuidade, como “defesa” da sociedade globalizada*. Boletim 161, Abril 2006. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 29/09/16)

NOLASCO, Thiago Guilherme. *Considerações sobre o Direito Penal do inimigo e o Processo Penal do Inimigo*”. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 28/09/16)

OLIVEIRA, Paulo Sérgio de. *A aplicação da lei 12.403/11 durante a vacatio legis*. Boletim 223 – Junho/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/07/16)

PERCHON, Daniel F. G. “Reiteração e Reincidência como paradoxos no sistema de medidas cautelares penais e a lei 12.403/11: uma breve análise da aplicação de medidas cautelares fundamentadas pela ideologia da Defesa Social”. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 11/10/16)

PRADO, Geraldo. *Prisão e Liberdade*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13211-13212-1-PB.pdf>

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Breve análise da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime de cautelares pessoais no processo penal brasileiro*. Boletim 223 – Junho/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org> (Acesso: 19/07/16)

REALE, Miguel. *Tentativa de eliminação do critério de periculosidade*. Boletim 140. Julho/2004. Artigo disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 20/09/16)

ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. *(Re)pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação de prisões cautelares*. Boletim 256 – Março/2014. Artigo disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/09/16)

SABINO, Pedro Augusto Lopes. *Proporcionalidade, razoabilidade e direito penal*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, 12.11.2003 (Acesso: 24/08/16)

SICA, Leonardo. *Prisão preventiva para garantia da ordem econômica*. Disponível em: <http://www.stqadvogados.com.br> (Acesso: 20/10/16)

SILVEIRA, Marcelo Eron Rodrigues da. *Os meios de comunicação como difusão do Direito Penal do Inimigo e usurpação dos atributos do Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 28/09/16)

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. *Três teses equivocadas sobre as alternativas penais à prisão*. Boletim 272 – Julho/2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 18/10/16)

TAYLOR, Daniel Westphal. *A decretação da prescrição e o princípio da proporcionalidade – uma relação necessária*. Disponível na internet [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 01.04.2008 (Acesso: 24/08/16)

TORON, Alberto Zacharias. *A fuga após a prisão preventiva*”. Boletim 149 – Abril de 2005. Artigo disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 29/09/16)

UZUM, Adriana Haddad. *A reincidência, por si só, não impede o benefício da liberdade provisória*. Boletim 79 do IBCCRIM, de Junho de 1999. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 10/10/16)

VALENTE, Rodolfo de Almeida. *As boas novidades da lei 12.403/11*. Artigo publicado no Boletim 225, de Agosto de 2011. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 19/07/16)

VIEIRA, Antônio. *Artigo: princípio da proporcionalidade e prisão provisória*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 12/10/16)

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. *Descumprimento de medida cautelar e a decretação da prisão preventiva: à luz da homogeneidade*. Boletim 227 – Outubro/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> (Acesso: 12/10/16)

VONTOBEL, Anne Martins. *Algumas considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade*. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/export/poder...de...de.../principio\\_proporcionalidade.doc](https://www.tjrs.jus.br/export/poder...de...de.../principio_proporcionalidade.doc) (Acesso: 25/08/16)

WUNDERLICH, Alberto. *Garantia da ordem pública e sua leitura interpretativa*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> , 21.08.2006. (Acesso: 19/09/16)

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm> (Acesso: 25/08/16)

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59524-pesquisa-sobre-adocao-de-medidas-cautelares-deve-ser-respondida-ate-dia-15>

[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325\\_relatorio\\_aplicacao\\_penas.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf)

<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen- nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=Al](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=Al)

Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça do dia 15/12/2015