



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO
PORTUGUÊS**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: João Moreira Aragão

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número do candidato: 20151954

Maio de 2019

Lisboa

JOÃO MOREIRA ARAGÃO

**A PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO
PORTUGUÊS**

Dissertação apresentada à Universidade
Autônoma de Lisboa, como parte das
exigências do Programa de Mestrado em
Ciências Jurídicas, área de concentração em
Direito, para a obtenção do título de Mestre.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora:

Professor:

Professor:

Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente
Orientador

Maio, 2019
Lisboa

A Deus, pela criação, a minha família, pelo incentivo, e a meus professores, pela dedicação.

AGRADECIMENTOS

A tarefa de escrever uma dissertação, associada aos afazeres diários, é uma missão desafiadora. Porém, a busca pelo conhecimento, a sede de adentrar em campos antes não explorados, sempre no intuito de ampliar a aplicabilidade do tema escolhido na vida jurídica cotidiana, incentivou-me a transpor tal barreira.

Todavia, não poderia deixar passar a oportunidade de fazer alguns agradecimentos, em especial, elevando a Deus todos os méritos, já que, sem Ele, nada seria possível.

Agradeço também a meus familiares, nas pessoas de meus pais, pela paciência, pelo incentivo, pela compreensão.

Outrossim, instituições e pessoas que tanto contribuíram para o sucesso desta empreitada também merecem destaque neste momento, uma vez que foram decisivas para o êxito da jornada.

Dessa forma, representando todos os órgãos parceiros, destaco aquele do qual faço parte, com muito orgulho, a Polícia Civil Sergipana, fonte de inspiração na procura de novos conhecimentos, ao tempo em que a atividade investigativa, diário serviço prestado à comunidade, estimula o meu aprimoramento profissional.

No que tange aos institutos de ensino, saúdo a Universidade Autônoma de Lisboa pela dedicação e pelo acolhimento prestados a alunos tais como eu, estrangeiros, que estão sujeitos às dificuldades da distância do lar, mas que foram plenamente amparados pelos professores e demais funcionários.

Por fim, ressalto a orientação do Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, um verdadeiro mestre para mim, que tanto apoiou, desde a sala de aula, com a indicação de livros e conteúdos jurídicos para o estudo, como também pelos contornos de formação da presente obra, mostrando a real importância do tema e como ele deve ser trabalhado.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por escopo levar ao leitor, um entendimento prático sobre a prisão, em especial a preventiva, investigando se, de fato, ela se traduz ou não em fator de controle da criminalidade.

O tema, que se tem mostrado imensamente importante frente à gama de direitos que acaba por exigir a sua efetivação, possui relevância peculiar no campo do Direito, principalmente quando percebemos as discussões a respeito de sua aplicabilidade, com frequentes debates sobre o assunto no mundo jurídico.

A importância deste trabalho, assim, reside na reflexão a que será levado o leitor sobre os mecanismos que devem ser aplicados para a concretização dos seus direitos nesta seara, através de uma análise profunda de meios existentes para tanto e de soluções plausíveis para a questão.

Dessa maneira, com a dissecação doutrinária do tema, será exposta a compreensão precisa do que sejam medidas cautelares penais, principalmente a prisão preventiva, bem como a sua importância no mundo jurídico como um todo e no âmbito mais íntimo de cada pessoa, enquanto membro de uma sociedade refém de ações delitivas.

Para dissecar a questão, após introduzi-la, busca-se de logo fazer uma explanação acerca das principais características dos instrumentos cautelatórios criminais, a fim de delimitar o tema.

Em seguida, realiza-se uma detalhada análise dos mecanismos de controle da violência, tanto do Direito Brasileiro como no Direito Comparado.

Para se determinar ao final um desfecho viável para a problemática apresentada, passa-se a desvendar se, diante de uma desenfreada criminalidade, estas medidas cautelares penais, com especial destaque ao estudo da correspondência entre as providências brasileiras e as portuguesas, revelam-se concretamente numa solução adequada para a garantia da segurança comum e da paz social.

E, ao encerrarmos, numa postura construtivista, penso ser de inteiro cabimento e conveniência a propositura das ações e medidas proporcionais e correlatas para um eficaz controle da criminalidade.

Palavras-chave: Prisão; Controle; Redução; Criminalidade; Eficácia; Solução.

ABSTRACT

This master's dissertation aims to take the reader, a practical understanding of detention, in particular, the preventive, investigating whether it translates or not in control of the crime factor.

The theme, which has proven immensely important front of the range of rights that require its execution, has particular relevance in the field of law, especially when we realize the discussions regarding its applicability, with frequent debates on the subject in the legal world.

The importance of this work, therefore, lies in the reflection that will be taken the reader about the mechanisms that should be applied to the realization of their rights in this field, through an in-depth analysis of existing resources to do so and plausible solutions for the question.

In this way, with the doctrinal theme dissection, will be exposed to understanding needs to be criminal pre-trial supervision measures, especially pre-trial detention, as well as its importance in the legal world as a whole and under closer of each person, as a member of a society hostage criminal actions.

To dissect the issue after introduction, it seeks to explain the main features of the precautionary criminal instruments, to delimit the subject.

Then, a detailed analysis of the control mechanisms of violence, both the Brazilian law as in comparative law.

To determine the end closure for the problems presented, to unravel if, in the face of rampant crime, these precautionary measures, with special attention to the study of the correspondence between the measures in Brazil and Portugal, specifically in an appropriate solution for guaranteeing the security and social peace.

And, to close, in a constructivist stance, I think it is inappropriate and convenience the filing of actions and measures related to proportional and effective control crime.

Keywords: Detention; Control; Reduction; Crime; Effectiveness; Solution.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	10
2. AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIIS	16
2.1. HISTÓRICO	16
2.2 CONCEITO	24
2.3. CARACTERÍSTICAS	26
2.4. FINALIDADE	30
3. AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO	32
3.1 A HISTÓRIA DAS MEDIDAS CAUTELARES NO BRASIL	32
3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A PORTUGUESA, OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIIS	35
3.3 ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES PENAIIS NO DIREITO BRASILEIRO	41
3.3.1 AS PRISÕES PROVISÓRIAS	43
3.3.2 A PRISÃO DOMICILIAR	65
3.3.3 A LIBERDADE PROVISÓRIA	70
3.3.4 VIGILÂNCIA ELETRÔNICA OU TORNOZELEIRA ELETRÔNICA	77
3.3.5 OUTROS MECANISMOS DE CONTROLE	83
3.3.6 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	88
3.4 A PRISÃO PREVENTIVA	93
3.4.1 HISTÓRICO	95
3.4.2 CONCEITO	101
3.4.3 REQUISITOS	103
3.4.4 PRESSUPOSTOS	117
3.4.5 A LEI N.º 12.403/2011	120
3.4.6 A PRISÃO PREVENTIVA NA JURISPRUDÊNCIA	123
3.5 AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIIS EM PORTUGAL	127
3.5.1 NO DIREITO PORTUGUÊS	127
3.5.2 BREVES REFERÊNCIAS A OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS	146
4. A EFICÁCIA DOS MECANISMOS CAUTELARES PENAIIS NA PREVENÇÃO E NA REPRESSÃO À	

CRIMINALIDADE	153
4.1 A PRISÃO PREVENTIVA COMO REGULADOR DOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE	155
4.1.1 A COERÇÃO	155
4.1.2 AS CONSEQUÊNCIAS	156
4.1.3 OS CUSTOS	157
4.1.4 OS RESULTADOS	159
4.1.5 A VIABILIDADE	162
5. OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE IDEAIS À PREVENÇÃO E À REPRESSÃO AO CRIME	163
6. CONCLUSÃO	165
7. FONTES	171
7.1. FONTES DOCUMENTAIS	171
7.2. FONTES PÚBLICAS	176
7.3. BIBLIOGRAFIA	177

ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BNMP – Banco Nacional de Mandados de Prisão
CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPP – Código de Processo Penal
CP – Código Penal
CF – Constituição Federal
FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional
HC – *Habeas Corpus*
LC – Lei Complementar
LEP – Lei de Execuções Penais
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

1- INTRODUÇÃO

O campo da prevenção e da repressão à violência, nos dias em que vivemos, é eivado de polêmicas, marcado por discussões das mais diversas vertentes, considerando os elevados índices criminais alcançados no Brasil e a permanente presença de ameaça terrorista na Europa, o que gera pensamentos variados e a consequente aplicação de mecanismos de toda natureza, sempre no intuito de frear a insegurança.

Com isso, em razão de as garantias fundamentais do ser humano, previstas no mundo jurídico democrático, inclusive na Constituição Brasileira e na Portuguesa, acharem-se em permanente pressão por um crescente avanço da criminalidade, a análise das medidas cautelares penais, em especial, a prisão preventiva, ganha uma maior importância, em especial, se as vislumbrarmos enquanto fator de controle do fenômeno delitivo.

Neste sentido, passa a ser imperioso investigar se, diante de uma desenfreada mancha criminal, estes mecanismos¹ se revelam por concreto numa solução adequada para a garantia da segurança comum e da paz social e a adoção de modernas ações para um eficaz controle à crescente da violência é essencial.

O crescimento das cidades, aliado aos fatores dele decorrentes, tais como as desigualdades socioeconômicas geradas pelo êxodo rural, a falta de estrutura urbana para acolher tamanha população, por meio de ausência de serviços públicos básicos, dentre eles, saneamento, moradia, emprego, proporcionou um aumento significativo do fenômeno criminal, gerando a necessidade de o Estado intervir de maneira efetiva para impedir a violação generalizada de direitos e garantias fundamentais do ser humano, tais como, vida e integridade física, patrimônio, liberdade, enfim, a segurança em seu sentido mais abrangente. Assim, para coibir a quebra desta hierarquia legal, com o objetivo de resguardar o bem-estar da comunidade, foi criado o Direito Penal.

Porém, muito embora o ordenamento jurídico-penal seja considerado uma ciência que dita o fato crime, estabelecendo quem por ele deva responder e em que medida, a principal característica daquele ramo do Direito é a sua finalidade de prevenção, buscando evitar, através de seus preceitos, a prática criminosa².

Assim, na intenção de coibir a concretização da conduta tida como delitiva,

¹ Com especial destaque ao estudo da correspondência entre as medidas cautelares penais brasileiras com as medidas de coacção portuguesas.

² TOLEDO, Francisco de Assis – **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pg. 03.

surgem os conceitos de prevenção geral, ou seja, aquele temor gerado na sociedade frente a imperatividade da norma penal, e a específica, isto é, a provocada no agente que cometeu a infração e foi condenado³.

Sabemos que, no Estado Democrático de Direito, a regra é a espera do decurso do processo para, ao seu final, caso haja uma condenação, seja a liberdade do indivíduo cerceada. Trata-se de uma garantia fundamental expressa nas Cartas Magnas brasileira e portuguesa dentre tantas. Todavia, em razão do elevado número de situações que se apresentaram perante os órgãos julgadores, o tempo de resposta do ente estatal para aquelas condutas ilícitas se mostrou em demasia longo, muitas vezes capaz de inviabilizar o pleno cumprimento da sanção e por consequência frustrar as suas funções preventivas e repressivas, ocasionando repetição de atitudes delitôgenas por parte dos mesmos infratores, impossibilidade de aplicação das penas, isto é, constrangimentos em geral maiores às vítimas.

Além disso, a lei penal é caracterizada por ser um instrumento através do qual a sociedade vem saciar o seu sentimento de vingança e, com tal morosidade, o indivíduo tem a impressão de que a sua satisfação não foi completa. Dessa forma, surge a vinculação entre sofrimento e segurança, que se tornam esperanças depositadas no ente público, em especial, no Poder Judiciário, a quem cabe proteger o cidadão e garantir o sentimento de Justiça.

Nesse contexto, a liberdade do acusado passa a ser vista como expressão de insegurança e impunidade, e a sua expiação, através da sua imediata prisão, vira algo imprescindível, capaz de conter o mal causado à vítima.

O cidadão, num entendimento retrógrado, pensa a sanção-prisão como único meio de satisfazer o seu sentimento de Justiça, sendo uma pena diversa, tal como uma restritiva de direitos ou uma punição alternativa, sinônimo de impunidade.

Tal fato obrigou o Estado a tornar o seu braço punitivo ainda mais forte e célere, com uma postura mais firme do seu *jus puniendi*, prevendo a possibilidade de aplicação de medidas cautelares penais, quer seja para garantir o cumprimento da sanção quer seja para proteger os cidadãos daqueles que insistiam em por reiterado delinquir.

Neste caminho, visando a assegurar a aplicação da lei penal, a manutenção ou restabelecimento da ordem e o regular desenrolar da instrução criminal, surge a prisão preventiva, idealizada, entretanto, enquanto medida extrema, com caráter de excepcionalidade,

³ Citados por Antonio García-Pablos Molina como “prevenções primária, secundária e terciária” em um cenário considerado “*pluridirecional*”. MOLINA, Antonio García-Pablos de – **Criminologia. Uma introdução a seus fundamentos teóricos**. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pgs 253 e 276).

atacando a garantia fundamental de liberdade do ser humano, porém, restringindo-a apenas quando aquele cidadão que cometeu um crime e, por circunstâncias objetivas, vem a ameaçar a plena eficácia do *jus puniendi*.

No Direito Brasileiro, permeado pelos valores de um Estado Democrático, levando-se em conta o gradual amadurecimento do instrumento, a liberdade é considerada uma garantia fundamental e a prisão se revela em uma exceção, justificada tão somente enquanto essencial à concretização das sanções criminais.

Como fundamento para tal preceito básico existem diversos princípios jurídicos, dentre os quais destaco a presunção de inocência, pelo que ninguém poderá ser considerado culpado, antes de uma sentença transitada em julgado.

Aqui, mais uma vez, diante do confronto de bens e regras de natureza constitucional, no qual temos de um lado a liberdade e de outros direitos como vida, segurança, propriedade, deve-se valer o aplicador do princípio da proporcionalidade⁴ para dirimir tais conflitos, ou seja, frente à lide de duas garantias fundamentais, aquela mais valiosa para o ser humano tem que ser escolhida.

E patenteando a sua natureza excepcional, a prisão preventiva, adotando as condições de toda medida cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, adequa-os à natureza criminal do instituto, traduzindo-os em *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*⁵, expressão da necessidade da medida diante do perigo que a liberdade do representado causa para a sociedade e a importância de conter a ânsia delitiva do criminoso, que poderia repetir suas ações ilícitas se estivesse em liberdade.

Neste sentido, a lei prevê pressupostos para que o juiz, atendendo ao pleito do Ministério Público, da Autoridade Policial ou até mesmo à sua própria convicção, de ofício, restrinja a liberdade do imputado e decrete a sua prisão preventiva. Trata-se da certeza da materialidade do crime, ou seja, uma comprovada existência de figura típica, e indícios

⁴ Para Canotilho, “o princípio da proporcionalidade, ou proibição do excesso, é um meio de controle administrativo destinado a balancear interesses em conflito. Porém, a sua aplicabilidade é ampla, servindo para solucionar desigualdades, e a sua importância no ordenamento é tamanha que, até em períodos de exceção, deve ser respeitado”. (CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. (19.^a reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. pgs. 268, 271 e 1298).

⁵ Mas sem os confundir por completo, pois, apesar de ambos darem idéia de cautelaridade, têm significados diferentes. *Periculum in mora* é o perigo que a demora gera na efetivação da jurisdição enquanto *periculum libertatis* é uma nova vertente, o risco advindo da liberdade do indivíduo. Já *fumus boni iuris* é a fumaça do bom direito, a probabilidade de o autor ter razão na demanda, ao passo em que *fumus commissi delicti* é a variante da convicção da existência do crime e da sua autoria.

suficientes de autoria, isto é, vestígios e indicativos de que aquela pessoa foi a responsável pela ação delitiva.

Além disso, a existência de certos requisitos de admissibilidade para a decretação do encarceramento cautelar é imprescindível, sempre no intuito de evitar que o indivíduo atrapalhe o processo, volte a delinquir ou que tente se furtar a uma eventual condenação.

De início, a legislação resguarda as ordens pública e econômica, entendendo a prisão cautelar como um mecanismo essencial para se evitar que o indivíduo volte a infringir a lei, a atormentar a vítima, a colocar em cheque a prestação jurisdicional, quer seja por uma propensão natural ao crime quer seja por estímulos relacionados à impunidade da infração praticada.

Segundo a doutrina brasileira, embora não haja uma definição consolidada para “*ordem pública*”, a periculosidade do réu pode ser utilizada como um critério para a sua constatação.

A conveniência da instrução criminal é outro requisito essencial para a decretação da prisão preventiva. Trata-se aqui da imperiosidade em se preservar o processo, em se evitar que a intervenção externa venha a macular o direito de punir do Estado. As provas do crime devem ser preservadas, os atores da dinâmica criminal não devem sofrer interferências capazes de prejudicar o entendimento da sua existência e do seu desenrolar.

A sensibilidade do juiz diante da reação do ambiente ao fenômeno criminal é o meio adequado para se avaliar a imprescindibilidade da prisão.

E, por fim, a garantia da aplicação penal vem justificar a medida excepcional em estudo, assegurando a plena concretização dos objetivos do Direito Penal, com a punição ao que infringiu a norma criminal. Em sendo a liberdade do representado uma ameaça para o cumprimento da pena, com a possibilidade de aquele tentar se furtar aos efeitos de uma possível condenação, deve ser decretado o seu encarceramento cautelar.

Entretanto, repito, por se tratar de um mecanismo limitador da liberdade, o operador do Direito apenas poderá se valer da prisão preventiva no estrito limite de sua necessidade, sob pena de se violar garantias fundamentais do ser humano, em especial, a dignidade da pessoa humana.

Nesta seara, deparando-nos com um embate entre liberdade e segurança, devemos observar o princípio da proporcionalidade, dando maior importância ao valor mais humanitário proposto, valendo-se, para tanto, da ponderação⁶.

⁶ Até porque, citando Pierre Bourdieu, Fernanda Bestetti de Vasconcelos defende que “o comportamento do

Com o advento da Lei Brasileira n.º 12.403/2011, de notada influência europeia, sendo a liberdade considerada um direito natural, o cárcere cautelar, que já era dotado daquela característica de excepcionalidade, passou a ser por expresse uma medida de última saída, numa inovação legislativa garantista, com veemente natureza preventiva, descartando-se a tendência punitiva a que se vinha destinando o instituto, mediante interpretações intolerantes e autoritárias.

O juiz, ao decretar a providência, quer seja de ofício, por provocação ou até mesmo ao convalidar a prisão em flagrante, deve ter em mente a razoabilidade da medida, num exame ponderado dos interesses colocados à sua análise, adotando a posição adequada para satisfazer a demanda com o menor sacrifício para ambas todas as envolvidas.

Com isso, mesmo atingidos requisitos e pressupostos do encarceramento cautelar, este apenas encontrará justificativa se outro mecanismo previsto em lei não for suficiente para atender ao fim pretendido. Aqui encontramos a consubstanciação do princípio da necessidade.

Outrossim, usando a proporcionalidade *strictu sensu*, o operador do Direito deverá estar atento para descobrir se a restrição da liberdade causa mais benefícios do que males, uma vez que a medida não pode gerar mais ônus do que bônus.

Em artigos como o 282.^{o7}, 312.^o (parágrafo único), 318.^o, 319.^o, todos da Lei Adjetiva Penal Brasileira, podemos encontrar exemplos que entendem a prisão preventiva como uma saída de exceção, podendo ser substituída por diversas outras limitações menos gravosas para o indivíduo e para a sociedade em geral, sempre atendendo ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Dessa forma, consolidando o caráter revolucionário do novo entendimento dado à liberdade, podemos concluir que delitos culposos, contravenções penais e, em alguns casos, crimes dolosos, desde que tenham penas curtas, deixam de admitir, em regra, a custódia cautelar em foco.

Neste diapasão, mister considerar que o encarceramento cautelar de fato passa a ser tido como um instituto preventivo e não punitivo. A determinação de materialidade e autoria delitiva, bem como a existência de elementos que comprovem a ameaça à ordem pública, ao bom andamento do processo e à aplicação da pena, não bastam para a prisão de uma pessoa, sendo imperativo que esse cerceamento do *jus libertatis* se mostre como único

agente determinará as características do campo social formado. VASCONCELOS, Fernanda Bestetti de – **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 101).

⁷ Vide artigo 282.^o do Código de Processo Penal Brasileiro.

mecanismo capaz de atender ao fim excepcional de prevenção a que a medida cautelar se destina.

Contudo, não obstante todo o explanado, forçoso aqui ainda determinarmos se as medidas cautelares previstas na legislação processual penal, em especial a prisão preventiva, são mecanismos eficazes no controle da criminalidade.

É notório que a prisão, por si só, tem se revelado um agravador da crise carcerária, em nada sendo eficiente no trato da delinquência e na garantia da segurança pública, diante de fatores múltiplos como o tratamento corrupto e arbitrário, a morosidade judicial e a prisonização, esta conceituada como assimilação diária do preso dos males do cárcere, acomodando-o àquela situação, distanciando-o de bens e valores dignos, impulsionando-o ainda mais para o delito.

Dessa forma, aquelas providências alternativas surgem como um fator de equilíbrio, apesar da deficiência ainda existente em algumas situações. As audiências de custódia, ou seja, a apresentação do preso em flagrante ao juiz no prazo de 24 horas após a sua detenção, previstas em pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, implementadas em grande parte do país, não têm se mostrado, por exemplo, ao todo, eficazes ainda para conter o avanço da criminalidade, sendo que, em algumas regiões, houve um aumento significativo de crimes perpetrados por indivíduos em liberdade provisória, soltos após contato com julgador.

Na prática, a apresentação, que deveria se destinar à análise da legalidade e da necessidade da manutenção do encarceramento cautelar, acaba, por vezes, tendendo a reduzir índices de tortura e diminuir a população em cárcere, colocando em liberdade criminosos de toda sorte e obrigando a população a tolerar a reincidência delitiva deles.

Outros mecanismos alternativos, mas que carecem de aperfeiçoamento, são as tornozeleiras eletrônicas e a prisão domiciliar. No primeiro caso, têm-se uma redução de custos, posto que despendem 10 por cento das despesas dos encarcerados. Já a prisão domiciliar, enquanto medida cautelar, ainda esbarra na cultura do cárcere como vingança, também necessitando de um tratamento específico e meticuloso para quebrar esse paradigma no seio da sociedade.

Feitas estas breves considerações, passaremos a dissecar todas as vertentes expostas, no intuito de desvendar se as medidas cautelares penais são ou não a melhor resposta para a crescente das taxas criminais.

O presente estudo levará, através de análise cuidadosa e detalhada, baseada na eficácia e na viabilidade dos mecanismos em epígrafe, uma resposta crítica ao entendimento

propagado de que o cárcere é a solução para o controle da criminalidade, o único inibidor do seu avanço, maneira essencial para se garantir a segurança pública e forma justa, retributiva e vingativa ao que delinuiu.

2- AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIIS

2.1- HISTÓRICO

O Direito Romano, caracterizado pela garantia do direito material, daqueles valores essenciais à vida do cidadão, do seu dia-a-dia, ainda responsável pela salvaguarda das obrigações e pelo ressarcimento dos prejuízos, é o nascedouro das medidas cautelares, sendo os pretores os comandantes da sua efetivação.

Institutos existentes nesta época marcam os primeiros ensaios dos mecanismos em questão, como é o caso do *nexum*, que mantinha o vínculo do insolvente com o seu credor até a quitação da dívida.

Neste período, o pretor possuía o poder de garantir o adimplemento com uma caução, a chamada *cautio damni infecti*, ou também determinar a apreensão dos bens em litígio em face de uma das partes, a fim de preservá-lo, ou seja, a *missio in possessionem*.

E ainda não podemos esquecer do embrião do atual sequestro, o *apud sequestrem*, colocando terceiros na guarda do objeto da querela, com o mesmo intuito de conservá-lo e, *a posteriori*, entregá-lo ao seu vencedor.

Porém, foi o direito alemão que estruturou e sistematizou o tema, valendo ênfase para a proporcionalidade e as suas derivadas adequação e necessidade.

No início do Século XX, primeiro na seara do processo civil e, depois transplantada para o campo criminal, a noção de cautelaridade era tida como um apenso da execução.

Através dos estudos de Chiovenda, o processo cautelar passou a ser visto como um ramo autônomo, buscando a conservação de um direito de eminente condão patrimonial, através de uma tutela própria.

Com Carnelutti, a autonomia do processo cautelar ganha força, vindo Calamandrei a sedimentar, em 1936, as suas características, enfatizando a provisoriedade (encerra-se quando do desfecho do feito principal), mas, em especial, a instrumentalidade, pela qual ele não existe por si só, é destinado a assegurar a concretização de outra demanda,

embora este tenha descartado a sua natureza autônoma⁸.

Nesta época surge com Enrico Liebman a noção do perigo da demora e da fumaça do bom direito, aquela expressada no risco que a vagareza processual acarretaria para a solução da lide, e esta traduzida nos veementes indícios antes existentes de um provável provimento procedente para aquela parte. De nada adiantaria uma solução para a querela que não fosse implementada em função das problemáticas processuais.

Mais tarde, a autonomia do processo cautelar é reconhecida no mundo jurídico, diante de fatores notórios, tais como, a existência de litígio, a relação entre as partes, a presença do procedimento e do objeto próprios, bem como de um decisório final, fato este abraçado pelo ordenamento brasileiro, no Decreto-Lei de n.º 1.608, de 1939, no qual se acham previstos mecanismos cautelatórios tendentes a assegurar o resultado processual.

Entretanto, após a 2.ª Grande Guerra, dissemina-se o pensamento de que muitas vidas poderiam ter sido poupadas se os países possuísem internos sistemas de proteção aos direitos humanos, surgindo uma necessidade internacional, comum, globalizada, de se proteger a liberdade, enquanto garantia fundamental da pessoa.

Assim, várias nações firmam acordos internacionais, levando a tutela da liberdade não apenas ao âmbito interno, mas também externo. Normas processuais são elaboradas para regulamentar esse novo sentimento, iniciando pela Carta de São Francisco de 1945, seguindo pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁹ e chegando à Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, sempre se estatuidando o dever de investigar e punir os responsáveis pela correspondente violação.

O artigo 7.1.º da Convenção Americana dos Direitos Humanos, por exemplo, preceitua que liberdade e segurança são direitos comuns da pessoa. Às claras tratando o primeiro tema em seu aspecto físico, tal dispositivo encontra uma íntima relação com o artigo 5.º da Convenção Européia de Direitos Humanos, que dispõe sobre o segundo assunto. Ou seja, liberdade e segurança devem estar associadas e aquela só deverá ser privada em caráter excepcional, quando esta se achar ameaçada. Trata de uma conjunção de nítido interesse social, uma vez que o sucesso desta interação beneficia a todos.

A referida Convenção avança no tratamento do que seja liberdade, enfocando não apenas a sua privação, mas a forma como ela deve ser preservada e tolhida. Nesta obra, buscaremos apenas tratar do seu cerceamento propriamente dito, ou seja, do encarceramento e

⁸ Esta foi a inspiração do artigo 798.º do Código de Processo Civil de 1973.

⁹ Na qual havia a garantia de um justo processo ao acusado.

da avaliação da sua necessidade para efeitos de contenção do crime, em específico, na seara provisória.

As medidas cautelares penais encaixavam-se por exato neste momento, em que se buscava equacionar a prisão com a sensação de segurança e as noções de cautelaridade foram transplantadas para o âmbito criminal, inclusive para a prisão.

De fato, mecanismos penais, como qualquer outro de natureza cautelar, encontram fundamento na proteção do curso e dos resultados processuais, espelhados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, garantindo a punição daquele que infringiu a norma criminal, afastando a injustiça.

Todavia, muitos aplicadores do Direito passaram a transferir toda a problemática, não apenas a de questão processual mas até mesmo fatores de insegurança, para o sistema cautelar, em comum concretizando, a partir de então, a referida salvaguarda basicamente no encarceramento do acusado e, justificando suas ações na duração excessiva dos processos e nas falhas dos instrumentos de prevenção e repressão criminais menos gravosos. Com isso, a privação da liberdade, ainda que provisória, tornou-se uma solução imediata frente o avanço da insegurança já que não se conseguia uma rápida resposta aos desvios de conduta típicos.

Com essa atitude, a população tinha o sentimento de que o segregado é o responsável pelo fato, acha-se detido e, portanto, já está recebendo a sua punição, encontrando-se a coletividade segura com isso.

Este fenômeno, no olhar de Rogério Schietti Cruz¹⁰, trata-se de uma penalização desmedida de um instituto processual, reflexo da “*nomorréia penal*” citada por Carrara e tratada por Ferrajoli de “*metástase legislativa*”, correndo-se o risco de, ao invés de reduzir os índices criminais, aumentá-los.

E o citado autor¹¹, remetendo a Binder, segue em sua obra defendendo que a prisão somente se justificaria como *ultima ratio*, enquanto característica de um Estado Democrático de Direito, devendo o poder penal, considerado violento, ser evitado, e o castigo, minimizado, sob pena de o Estado acabar acentuando os conflitos¹².

¹⁰ CRUZ, Rogério Schietti – **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4.^a ed. Bahia: JusPodivm, 2018, pg. 23.

¹¹ *Op. cit.* CRUZ, Rogério Schietti – **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4.^a ed. Bahia: JusPodivm, 2018, pgs. 23 e 24.

¹² Para Teresa Armenta Deu, “o próprio Direito Penal deveria ser a *ultima ratio*, com um incremento da aplicabilidade do princípio da oportunidade, dando maior discricionariedade para o órgão acusador atuar, buscando-se solucionar o conflito criado entre Estado e indivíduo, com a violação da norma, através de meios

E aqui cabe um destaque especial aos ensinamentos de Günther Jakobs, uma vez que se acham às claras presentes nesta questão.

Ao falarmos em prisão, em restrição às liberdades individuais, penso que, em verdade, devemos remontar a uma breve análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo, solidificada por Jakobs.

Esta corrente doutrinária se fundamenta na antecipação da punição, na relativização ou supressão de garantias processuais e na criação de leis severas direcionadas aos considerados “*inimigos*” do Estado.

Incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito, pois dotado de autoritarismo, em que se pune o acusado de acordo com a sua periculosidade e não com a sua real culpabilidade, tal sistema recebe críticas.

Porém, diante do aumento da criminalidade, a sociedade, sedenta por justiça, transformando a segurança em um paradigma, uma barreira a ser transposta, passa a acatar as diretrizes do pensamento em epígrafe, mesmo violando garantias fundamentais, tais como, liberdade, presunção de inocência, dignidade, sempre com pretexto da busca de paz coletiva.

De fato, a população, acuada e desacreditada no aparato estatal, diante de crescentes e repetidas ameaças globalizadas, em especial o terrorismo, cobra uma resposta rápida e dura contra agentes organizados e muitas vezes transnacionais, a fim de ter garantida a segurança coletiva. O indivíduo que delinuiu, diante de uma seletividade criminal, passa a ser considerado inimigo social, perde a condição de pessoa e se torna alvo de políticas de poder rígidas e desumanas.

A consideração de um modelo de comportamento (*o dever ser*) é mais importante do que o ato cometido propriamente dito (*o ser*), adotando-se particularidades do Direito Penal do Agente como justificativas para a busca da paz, punindo o indivíduo pelo que ele é, buscando excluí-lo da sociedade em virtude daquilo que ele representa, de suas características, pelo seu histórico e não pelo que ele na verdade fez, misturando-se prevenção, investigação e sanção com instrumentos típicos do estado beligerante.

As garantias individuais deixam de ser encaradas como fundamentais, são relativizadas, e passam a ser limitadas por indiscriminado, criando-se um Direito Penal Especial, admitindo-se a violação de liberdades daquele que se transforma, sem qualquer

diversos, patrocinando-se, assim, a despenalização de algumas condutas e a distribuição de outras entre os tipos penais já existentes”. (ARMENTA DEU, Teresa – **Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1.º, n.º 1.º, 2015, disponível em <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/7/18>, pg. 135).

comprovação técnica e robusta, em uma “*coisa*” perigosa.

Em 1985 e, mais tarde, em 1999, Jakobs passa a defender que o poder público não tem capacidade para enfrentar a criminalidade de maneira satisfatória, possibilitando que mecanismos de controle mais rígidos sejam encarados como solução, mais uma vez elevando à categoria de inimigo aquele que infringiu a lei penal e mitigando as suas garantias constitucionais¹³.

O Direito Penal, nascido do desprendimento individual quando confere ao Estado o *jus puniendi* para a consequente manutenção da paz e da liberdade coletiva, que deveria manter o equilíbrio entre a tutela de bens jurídicos essenciais ao ser humano e a limitação daquele mesmo direito de punir do Estado, através da garantia da dignidade do cidadão e também do criminoso, pressionado pela própria comunidade, aterrorizada e desconfiante, regride, retrocede do humanismo e se transforma em um ramo securitista, no qual as características do infrator, a sua prejulgada periculosidade e a busca desenfreada pela segurança da população se sobrepõem ao ato cometido propriamente dito. Isto é, os medos criam atores incumbidos de efetivar a correlata resposta e norteiam a intervenção destes para conter a atividade daquele que de prematuro foi equiparado ao “*gado*”, no pensar de Fichte.

Na Europa, medidas comuns são idealizadas e implementadas, a fim extirpar o mal, de maneira organizada e unificada, sempre no intuito de evitar a delinquência com ações duras e reprimir atos tendentes à ilegalidade com rigor. Um novo olhar é tido para atividades populares, tais como as manifestações políticas, através de providências conjuntas como o programa “*Good practise for dialogue and communication as strategic principles for policing political manifestations in Europe*”¹⁴, desenvolvido na União Européia, no qual mecanismos de contenção, tais como a identificação prévia e o monitoramento de seus participantes, são exemplos práticos de que aqueles cidadãos, mesmo antes de praticarem qualquer conduta delitogena, já são considerados inimigos tão somente pelo que representam, por serem manifestantes¹⁵.

¹³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo – O progresso ao retrocesso**. Coimbra: Almedina, 2010, pg. 92.

¹⁴ OLIVEIRA, José Ferreira – **A manutenção da ordem pública como paradigma das ciências policiais**. in **Ciências Policiais e Política Criminal – Justiça e Segurança: um discurso de liberdade democrática**. Lisboa: ISCPSI, 2015, pg. 123.

¹⁵ Em 2002 era criado o *Frontey*, enquanto fundo destinando à cooperação e ao enfrentamento à questão do terrorismo e à proteção das fronteiras europeias. Já em 2009, prestigiando a atitude defensiva da sociedade civil que abalava a confiança no governo, Éric Besson, Ministro francês da Imigração, da Integração, da Identidade

No Brasil, a permissão do início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado do processo, após a condenação em segunda instância, há pouco abordada pelo Supremo Tribunal Federal, traduz uma aceitação das particularidades da Teoria do Direito Penal do Inimigo, permitindo-se que a dignidade dos condenados, por diferente daquela de meros acusados, deva ser calibrada pela expectativa mínima de Justiça, creditada aos instrumentos penais.

Nesta hipótese, para o STF, em havendo sentença condenatória na segunda instância, já existiria um certo juízo de culpabilidade que mitigaria a presunção de inocência, mesmo que não em definitivo porquanto ainda passível de recurso.

Destarte, para a Corte, o princípio da presunção da inocência seria absoluto até a prolação da sentença condenatória de primeiro grau. A partir daí, tal garantia é relativizada, pois, segundo esta lógica, já seria possível prever, com certa convicção, um resultado final definitivo de condenação¹⁶.

Não obstante, até mesmo no que concerne à doutrina concebida por Günther Jakobs, uma nova evolução se evidenciou e aqui deve ser considerada. A fim de se garantir a observância da norma, o sistema penal deveria possuir dois regimes convivendo em paralelo: o *Direito Penal do Cidadão* e o *Direito Penal do Inimigo*. Em relação ao primeiro, mister serem observados todos os direitos e garantias inerentes ao indivíduo, como no modelo

Nacional e do Desenvolvimento, fazia uma intervenção militar em face do islamismo fundador do terrorismo aplicado pela Al-Qaeda, que liquidava inocentes. Apesar disso, a evolução do terror pelas divisas requereu a idealização de um exército europeu, proposta embrionária, no entanto, que apenas encontrou defesa na Alemanha. (MOREIRA, Adriano – **Liberdade de Circulação**. In CORREIA, Eduardo Pereira (Coord.) – **Liberdade e Segurança**. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna e Observatório Político, 2015, pgs. 17 *usque ad* 19).

¹⁶ “Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se defluiu que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável. (...) Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável”. (HC 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, acórdão disponibilizado no DJE de 16.05.2016, Ata n. 71/2016).

liberal-clássico. Já no tocante ao segundo, tais direitos e garantias devem ser restringidos ou até suprimidos, uma vez que não se está diante de um cidadão, mas, em verdade, de um inimigo do Estado¹⁷.

Para se conquistar a paz, a convivência entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, representados na dicotomia dos valores de liberdade e policialização, deve ser harmoniosa, balizada em tratativas de enfrentamento do homem enquanto ser de responsabilidade, destinatário da resposta criminal, mas sempre capaz de passar pela ressocialização.

Ou seja, em que pese a influência do medo e da insegurança, fatores que levam o legislador a encarar a criminalidade de maneira severa e até mesmo produzir mecanismos por alto retributivos, o poder dado pelo cidadão ao Estado para punir os infratores, a parcela de liberdade que a sociedade disponibiliza ao ente estatal para encarar a delinquência não é ilimitada, não é absoluta e não justifica o tratamento como “*coisa*”.

O Direito Penal do Fato, em que a ação criminosa é considerada, não pode ser substituída pelo Direito Penal do Autor ou do Agente, na qual a personalidade do infrator é vista como lastro para a sanção penal. Uma relação de coexistência salutar e de mútuo complemento deve reinar entre eles para que o ser humano que feriu a lei seja punido pelo que fez, mas de forma digna, com o devido respeito às suas garantias fundamentais.

Com isso, o Direito Penal moderno, focado não apenas na punição severa daquele que ameaça a sociedade, mas também baseado no humanismo e no garantismo, em que o delinquente responde pelos seus atos, mas com dignidade, vem a ser considerado uma nova via para a conquista da paz comum (subsidiária aquele conceito tradicional e retrógrado), através da tutela dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, quer seja ele vítima ou infrator.

Assim, apesar de todo o citado conjunto de fatores tendentes a efetivar a adoção do Direito Penal do Inimigo de maneira isolada, em sua pior vertente, sem um olhar para o cidadão, os ensinamentos de Beccaria continuam efervescentes em nosso mundo jurídico e ainda são capazes de nortear pensadores, tais como Manuel Valente, Alberto Silva Franco¹⁸ e Diogo Freitas do Amaral¹⁹, dentre outros.

¹⁷ SOARES, Gabriela Mansur; RODRIGUES, Ingrid Samara – **Direito Penal do Inimigo: O Regime Disciplinar Diferenciado Aplicado ao Preso Provisório**. Caxias do Sul: Plenum Ltda., Ano XII, nº 71, Setembro 2016, pgs. 101 e 102.

¹⁸ FRANCO, Alberto Silva – **Crimes Hediondos**. 6.ª ed. São Paulo: RT, 2007, pg. 114.

¹⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo – O progresso ao**

Ainda persistem e, em alguns aspectos, até ganham força ações voltadas a tratar o delinquente de maneira digna, pelo mal que de fato praticou, destinando-lhe mecanismos punitivos sim, mas também ressocializadores, encontrando-se uma harmonização não apenas agora entre normas penais e processuais penais, mas também perante garantias constitucionais de necessidade, liberdade, integridade, dignidade.

E não podia ser diferente. Além de o próprio Direito Penal ser fundado na liberdade e na dignidade, o artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão já ampliava tais valores a todos os homens, não havendo motivo para tratamento diferenciado em função de políticas baseadas no poder, quer seja tratando-os como coisa quer seja por meio do cerceamento de seus direitos fundamentais, em especial, quando a Lei Maior do país e tratados internacionais destacam a pessoa como destinatários destas garantias.

No Brasil, instrumentos processuais penais que destinam a prisão provisória como *ultima ratio*²⁰, apenas quando outros meios não sejam possíveis para garantir o prosseguimento eficaz do processo e a consequente punição do criminoso, a garantia da remissão da pena, dentre outros, são indicativos de que o humanismo²¹ ainda permanece vivo e está presente na ciência jurídica penal pátria.

Enquanto limitador do direito de punir estatal, as normas criminais, penitenciárias e correlatas também servem para garantir a paz social e enfrentar aquele que cometeu o crime como uma “coisa” que deve ser extirpada trata-se de um pensamento característico de Estado de Guerra, incompatível com os princípios norteadores do Direito Penal.

Ademais, assemelhar tal ramo jurídico a um verdadeiro Direito de Guerra e adotar os seus preceitos seria uma afronta à evolução do ser humano, um retrocesso à era da vingança e do nazismo, incompatível com uma sociedade que, ao longo dos tempos, encontrou na dignidade a força para a construção de pilares democráticos e de garantias fundamentais.

Assim como ocorreu com os hereges nos tempos medievais, no nazismo com os

retrocesso. Coimbra: Almedina, 2010, pg. 55.

²⁰ Em 14 de dezembro de 1990, a prisão preventiva foi considerada internacionalmente como uma medida de último recurso, quando da elaboração das chamadas Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade)²⁰, devendo, sempre que possível ser substituída por um outro meio que se mostre eficaz para a sociedade e menos danoso para o indivíduo.

²¹ Neste sentido pensam JESUS, Damásio Evangelista de – **Direito Penal – Parte Geral. 1º Vol.** 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 11, e NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Direito Penal.** 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pg. 74.

judeus, assemelhar a fisionomia aos moldes estigmatizados como de um ser indesejável, sem qualquer apuração cautelosa e conclusão efetiva, não pode ser fundamento bastante para a eliminação sumária de uma pessoa.

Abandonar os mecanismos garantistas de investigação, apuração, processamento e punição daquele que delinuiu seria distanciar o Direito Penal da Justiça e, por conseguinte, macular de fracasso a concretização da segurança coletiva, através de ações policizadoras e judicantes mais próximas da represália do que da ressocialização.

O Direito Penal, cujo esteio se dá, desde o seu nascer, na liberdade, não pode se esgotar, sob o pretexto de buscar segurança e coibir o perigo, na adoção única da Teoria do Direito Penal do Inimigo, que já se mostrou ineficaz na garantia da segurança coletiva. O rigor extremo e isolado aplicado ao inimigo, sem vistas para o cidadão que ali existe, traduz-se em uma intimidação descabida, inútil, posto que ele, ao invés de repensar seus atos, acaba por desenvolver um sentimento de revolta, propiciando até mesmo uma continuação delitiva.

O equilíbrio acima mencionado deve prevalecer para a concretização da Justiça, da liberdade e da paz social e por justo neste contexto devem ser encaradas as medidas cautelares penais, inclusive a prisão preventiva.

Dessa forma, mesmo que pensássemos os mecanismos cautelatórios criminais enquanto expressão do Direito Penal do Inimigo, ao longo dos tempos, vemos que a coexistência de normas rígidas, mas coerentes com a garantia da dignidade da pessoa humana é uma realidade. Em verdade, a prisão preventiva é uma medida cautelar e como tal deve ser encarada. Mas, por outro lado, claro está que o encarceramento provisório, além de ser uma última medida para a situação, não deve se distanciar dos requisitos de respeito aos princípios fundamentais, à sua proporcionalidade e à sua concreta eficácia no controle do crime. Caso contrário, estaríamos diante de uma abusiva e isolada aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

2.2- CONCEITO

No item anterior, vimos que as medidas cautelares penais possuem traços comuns com as do campo cível e o conceito daquelas remonta, de igual forma, a noções desta.

Da mesma forma, como poderemos observar ao longo desta obra, no Brasil, as ditas providências cautelatórias, diante das suas particularidades, de seus objetivos, detêm grandes similitudes com aquelas existentes no Direito Português, sendo este uma fonte primária para o avanço da percepção do tema em solo brasileiro, com um novo enfrentamento

do cárcere enquanto fator preponderante, ou não, no controle da criminalidade. Por tal razão, a extensão e o compartilhamento dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais se mostram evidentes.

Neste diapasão, podemos considerar que, além da conceituação, as questões envolvendo as características, as finalidades e os princípios dos instrumentos em voga são, em geral, comuns aos dois países e inclusive a outras nações, tais como a Itália, como destacaremos adiante, cabendo-nos ressaltar, no momento oportuno, as correlatas divergências.

Assim, voltando à definição do assunto, tais mecanismos consistem em ações urgentes e imediatas, anteriores ao final do processo, tendentes a proteger o objeto do litígio de todas as delongas e dos percalços do feito, bem como voltadas a assegurar que o vencedor da demanda não fique prejudicado e a decisão judicial de fato se realize, não sendo tolhidos por falhas procedimentais no decurso do litígio.

Isto é, com estas providências, busca-se salvaguardar a Justiça, na medida em que protelações no tempo, fugas e demais obstáculos postos à finalidade da jurisdição não atingiriam o cerne da lide, que se acharia assegurada cautelarmente.

Dessa forma, no âmbito criminal, o normal desenvolvimento do processo é mantido, tutelado, mas, se algum imprevisto ocorrer, por meio de uma medida cautelatória, o *jus puniendi* é garantido.

Porém, um aparente contrassenso que poderá distanciá-los surge neste momento e precisa ser de logo dirimido. Por diferente dos mecanismos civis, em que o *fumus boni iuris* protege um direito, aqui as medidas cautelares surgem em face da possível ocorrência de um delito, tal como, a ameaça à ordem pública. No mais, o *periculum in mora*, condição da providência civil, no campo criminal poderia se revestir de um verdadeiro fundamento para a sua concretização.

Porém, se bem analisarmos a polêmica suscitada, vislumbraremos que a salvaguarda do direito existente no meio cível se mantém no penal, uma vez que a prestação jurisdicional é o fim pretendido pela medida, isto é, a vontade e a garantia coletiva de que aquele que infringiu a norma seja punido é o real objetivo da providência.

No mais, tal efeito se estende para o perigo da demora, o qual pode atingir não só um direito patrimonial, por exemplo, como também a certeza de que o culpado cumpra a sua pena.

O que falar das medidas protetivas previstas na Lei n.º 11.340/2006 ou das representações de prisão ou interceptação telefônica que, no Brasil, correm em autos

apartados? Não seriam ações ao nítido autônomas? Creio que sim e tal resposta acaba por embasar a verdadeira razão de ser dos meios de cautela. Isto é, havendo jurisdição acerca destes, vê-se às claras que, mesmo sem uma ação própria, apesar de instrumento de outro processo, a sua natureza essencial persiste e continuará com a igual função, tutela.

E se assim não fosse não teria havido a real aproximação dos institutos nos ramos civil e penal como de fato ocorreu, uma vez que a reforma do CPP as inseriu no Título “*Da Prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória*”, deixando-as ainda mais semelhantes às equivalentes no campo cível, que, com a alteração do CPC, aboliu o processo cautelar, tratando-as agora como instrumento de tutela.

Assim, a meu sentir, qualquer tentativa de embaraçar a existência ou a eficácia dos mecanismos cautelatórios, sob o pretexto da diferenciação de ritos, da ausência de autonomia, não encontra amparo na essência da sua finalidade, que nada mais é do que resguardar o objeto e o resultado processuais, a concreta exequibilidade da decisão, o direito daquele que tem razão, ou seja, a Justiça.

Quanto ao fundamento propriamente dito da medida cautelar, este reside no perigo da demora e na fumaça do bom direito. Trata-se da união de um critério objetivo, no qual se protege aquilo que é o objeto da demanda, e um subjetivo, vinculado a quem se destina a providência.

No campo penal, os riscos postos à vítima ou testemunhas, à ordem pública como um todo e até mesmo ao *iter* processual são exemplos de destinatários dos mecanismos cautelatórios, ao passo em que o agente agressor, acusado, também é um dos seus alvos.

No que pertine ao prazo de cabimento, em razão de seu caráter instrumental, o prazo de vigência da medida cautelar, respeitado cada rito específico, como no caso dos 5 dias da prisão temporária, por exemplo, não pode ultrapassar o lapso temporal do processo principal. Não há sentido que um mecanismo preventivo avance após a condenação, haja vista que o encarceramento porventura decorrente do julgado terá uma natureza de pena, diversa daquele instituto cautelar.

Neste mesmo rumo, a persistência, em regra, de uma medida protetiva a uma vítima de violência doméstica ou uma interceptação telefônica não seriam viáveis em situações de feitos já arquivados por ausência de materialidade ou autoria.

2.3.- CARACTERÍSTICAS

Quando falamos em características das medidas cautelares, de logo cabe destacar

o Princípio da Proporcionalidade²².

Muitas vezes confundida com a razoabilidade²³, a proporcionalidade encontra sua origem na Alemanha, enquanto aquela vem da *Common Law* americana. Apesar de ambas buscarem impedir excessos, através da ponderação, aquela norteia ao básico a interpretação e esta tende a materializar as decisões. Ao passo que a primeira apenas impede abusos, sem fazer ligação entre meio e fim, a última exige esta relação e promove medidas concretas para a solução de situações reais.

Feita esta ressalva, importante em decorrência da barreira criada à fungibilidade, deter-nos-emos aqui na proporcionalidade, levada em conta a sua imprescindibilidade no que tange os instrumentos cautelatórios do ordenamento jurídico.

Pois bem, partindo do pressuposto que cada problema deve ter um correlato remédio, não haveria razão de ser uma falta de vinculação entre os distúrbios que porventura viessem a macular o desfecho da querela e a sua respectiva prevenção.

Com isso, não apenas o instrumento deve ser adequado à pronta solução do risco como também a sua dose, o seu impacto, não pode exceder aquele mal que se espera, a sua intensidade deve ser justa ao perigo existente.

Contudo, no âmbito do processo penal, a proporcionalidade também está ao íntimo ligada aos direitos fundamentais do acusado, protegendo-o de abusos, preservando a sua dignidade, a liberdade e, dessa forma, como até os princípios e garantias do ser humano encontram-se balanceados na Lei Maior, o sacrifício de um deles merece total atenção.

Neste momento, surgindo o conflito de valores constitucionais, uma outra face da proporcionalidade se revela e, para dirimir a celeuma, devemos nos valer da ponderação, ou seja, avaliar qual o bem juridicamente tutelado tem maior valor e deve ser resguardado²⁴.

²² Nereu José Giacomolli considera que, no Brasil, o Princípio da Proporcionalidade “decorre da estruturação enquanto Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, sendo imprescindível para barrar a arbitrariedade e, por isso, em cada situação penal, deve ser identificado um coeficiente de razoabilidade”. (GIACOMOLLI, Nereu José – **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pg. 37).

²³ DA SILVA, Virgílio Afonso – **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pgs. 29 e 30.

²⁴ Para Klaus Tiedemann, “o conflito entre indivíduo e Estado, criado com a violação da norma penal, gera uma questão de matiz constitucional, na medida em que, através da regulamentação do processo, os poderes de coerção públicos devem ser contidos e, por outro lado, há de se limitar o conjunto de direitos do infrator e demais partes do feito, impondo-lhes ainda deveres”. (TIEDEMANN, Klaus – **O direito processual penal. Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes.

Dentre a liberdade individual e a segurança social, o magistrado, enquanto aplicador do Direito, vai decidir qual valor merece ser elevado e não atacado. Não pode haver margem ao arbítrio do próprio Estado, prejudicando aquele que infringiu a lei tão somente em virtude da clamada paz social. A interferência penal, tal como o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Fato, deve ser equilibrada, bastante para levar a segurança à comunidade, mas também respeitando a dignidade da pessoa.

E, para tanto, a análise deve se dar caso a caso, diante de uma situação concreta. Frente uma hipótese de urgência, mas restritiva, o julgador tem que se valer de critérios de ponderação para não equiparar o acusado ao condenado.

Diante disso, outras características das medidas cautelares, surgem, embora consigamos perceber que decorrem da proporcionalidade, da ponderação, da necessidade de preservar o direito daquele que se diz ofendido, mas por igual da imperatividade de respeitar a natureza humana, a sua dignidade, as suas garantias fundamentais. São elas:

a) **Acessoriedade** – depende da existência de um feito principal, do qual é um apenso, um acessório para se fazer valer a Justiça;

b) **Interinidade** – os mecanismos de cautela não devem exceder, de regra, o decurso processual, sendo o resultado da lide, em geral, o limite de sua existência. Aqui surgem exceções, porém, pontuais, tais como as medidas protetivas, da Lei Maria da Penha;

c) **Instrumentalidade** – é instrumento para assegurar o resultado processual. Ela é **hipotética**, posto que leva em conta uma provável condenação, e **qualificada**, porque se revela no mecanismo apto a consumir o direito da parte;

d) **Jurisdicionalidade** – marcada pela prestação jurisdicional, somente pode ser imposta por um juiz;

e) **Preventividade** – objetiva evitar a impossibilidade do resultado processual. Com isso, busca-se impedir que o dano reste irreparável, afetando em definitivo o direito da parte. Com uma busca e apreensão, por exemplo, quer se impedir que o produto do crime seja exaurido;

f) **Referibilidade** – deve fazer referência à relação processual alvo do feito principal;

g) **Revogabilidade** – superadas as razões para sua decretação, deve ser extinta;

h) **Procedimento Sumário** – em razão de sua natureza urgente, não há espaço para debates jurídicos a respeito da sua admissibilidade, cabendo ao julgador, decidir sem

demasiadas argumentações das partes, ressalvada as legais vistas ao Ministério Público, enquanto órgão acusador e fiscal da lei.

Os mecanismos de cautela penais ainda podem ser **carcerizadores**, tolhendo a liberdade para a garantia do futuro cumprimento da punição, sendo o caso da prisão provisória, e **descarcerizadoras**, as quais ganharam força a partir da constatação da inoperância da detenção, da sua ineficácia.

Em verdade, as medidas carcerizadoras tendiam a recolher o cidadão, buscando isolá-lo do meio processual, evitando que ele interferisse no decurso da lide criminal. Todavia, fatores adversos, como a má aplicação do sistema legal, a ineficiência das prisões, que cerceavam a liberdade de pessoas sem a real necessidade ou as devolviam à comunidade mais perigosas que outrora, acabaram com disseminar no mundo jurídico a imperatividade de criação de outros meios para fazer valer a tutela, sem a reclusão.

Assim, norteados pela Teoria do Direito Penal Mínimo, através de uma menor participação do braço penal do Estado, um novo entendimento sobre o assunto se desenvolve pelo mundo, tal como na Assembléia da ONU de 1990, em que foram ratificados preceitos mínimos de não privação da liberdade, denominados **Regras de Tóquio**, e, *a posteriori*, em 1995, no seu 9.º Congresso, levando vários países, dentre eles o Brasil, a modificar o tratamento dispensado ao tema²⁵.

Ademais, demonstrando uma mudança de mentalidade, mesmo marcados pelo medo, frente a dificuldades de controle da criminalidade, como podemos notar no caso da violência doméstica, aquela semente de culto da liberdade antes plantada nos povos ainda persiste. Notemos que, embora o patente avanço da opressão dentro do lar, mesmo com o novo viés normativo para tal situação, a prisão continua a ser *ultima ratio*²⁶, havendo, em seu lugar, previsão de medidas protetivas diversas em legislações de várias nações, tais como a brasileira e a espanhola.

Por fim, no campo penal, as medidas cautelares podem ter natureza **pessoal**, atingindo as partes, tal como se dá com a prisão, a liberdade provisória, **civil**, na hipótese de ressarcimento do prejuízo, do dano, como é o caso da busca e apreensão de divisas, ou **probatória**, garantindo a regular tramitação do processo, da eficaz percepção dos fatos aos que nele atuam.

Neste último caso, percebemos a necessidade de se resguardar os elementos de

²⁵ Vide artigos 61.º, 69.º e 89.º da Lei n.º 9.099/1995 e artigo 319.º do Código de Processo Penal Brasileiro.

²⁶ Atendendo, inclusive, ao previsto nas Regras de Tóquio de 1990.

cognição contidos na dinâmica criminal, uma vez que, no Direito Penal, os indícios da ilicitude de um comportamento antes considerado como típico são demonstrados desde o ambiente delitivo, quando se dá o começo da ideação (idéia técnica de subsunção da conduta ao tipo) até a formalização dos correlatos instrumentos. Trata-se do Princípio da Indiciabilidade e, por meio dele, o fato caracterizado como típico pressupõe a sua ilicitude até que seja constatada a sua antijuridicidade.

2.4- FINALIDADE

Quanto à finalidade do instituto, como bem destaca Aury Lopes Júnior em seus ensinamentos²⁷, em geral, é a eficiente prestação jurisdicional. No campo penal, em específico, teremos como fim a preservação do resultado da demanda criminal, uma vez que, em sendo instrumento do processo, tutela-se o conjunto probatório, garante-se a vida digna da vítima²⁸ e a presença do infrator para se submeter à responsabilização pelos seus atos.

Todavia, quando levamos em conta as medidas cautelares penais, um apontamento merece destaque no que pertine às diferentes fases de uma querela criminal.

Não mais restam dúvidas de que a principal função dos mecanismos em análise é a salvaguarda do resultado jurisdicional e, por conseguinte, do direito da parte vencedora. Em sede penal, portanto, tal finalidade se traduz, em especial, na efetivação do *jus puniendi*.

Porém, de logo é imprescindível observar que, durante a investigação na seara policial, a citada proteção se destina ao Inquérito Policial, procedimento de natureza investigativa, tendente a levar ao acusador (quer seja ele público ou privado), os elementos necessários ao desencadeamento ou não da pertinente ação penal.

Logo, o fim dos instrumentos de cautela, na fase investigativa, é a garantia do sucesso das diligências tendentes a perquirir o descobrimento da verdade real.

E, assim, as medidas cautelatórias ganham outro cunho, um fim instrumental, muitas vezes até mesmo com um teor extrajudicial, anterior à lide processual-criminal, como se dá nas situações de decretação de prisão temporária, das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e até mesmo do encarceramento preventivo, para tutelar a ordem pública, impedir a reiteração delitiva ou assegurar o curso da instrução desde a fase inquisitorial até a

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 574.

²⁸ Naquilo que José Afonso da Silva descreveu como “o poder do ser humano de buscar a sua realização pessoal”. (SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018, pg. 235).

etapa judicial.

Neste contexto, aquela característica geral da instrumentalidade se reveste de uma outra conotação, qual seja, a administrativa, dada a natureza da persecução policial. E mais, o caráter cautelar do instituto em foco passa a mirar pessoas, bens, diligências, enfim, o convencimento do ente acusador, e não o resultado do processo. Notemos que, em ambas as situações, a finalidade de preservar o processo sequer entra em cogitação, em uma verdadeira missão extrajudicial, pré-processual.

Ademais, até mesmo na fase processual, as medidas cautelares podem ter outra função que não a concretização do direito de punir propriamente dito. Aí destacam-se os mecanismos voltados às questões de preservação da segurança, quer seja da vítima ou de testemunhas, quer seja da comunidade.

Quando uma pessoa é retirada do convívio social sob a justificativa de manutenção da ordem pública, quando são garantidas a uma testemunha formas de proteção, quando se busca dotar a ofendida de um dispositivo de segurança preventivo, no Brasil conhecido como “*botão do pânico*”, conseguimos às claras, vislumbrar que o objetivo destas providências não é o resultado processual em si, embora, ao final, ele venha a ser também seu destinatário mediato.

A finalidade destes instrumentos cautelatórios é, na verdade, a viabilização do *jus persecuendi in judicio*, a noção de perseguir a verdade real, de ter a vítima o seu direito assegurado, com a devida apuração e o correlato processamento do seu pleito.

Além disso, o intuito destes instrumentos é que se determine uma situação de normalidade bastante para que se efetive persecução, instrução, sentença e punição do ofensor.

E, ao final, até mesmo durante a execução da pena (ultrapassando o limite da interinidade), surgem mecanismos legais voltados ao cumprimento da punição, tais como a detração penal, o regime de detenção diferenciado, a prisão domiciliar, dentre outros direcionados à concretização do julgado antes proferido, sempre focados, em especial, na presença do condenado e, ao fundo, na pretensão punitiva do Estado ou da vítima.

Com isso, vemos que as medidas cautelares penais detêm um fim geral, voltado, por imperioso, para a conclusão processual, mas também possuem objetivos específicos, característicos de cada fase do *jus puniendi*, na inquisição, nas investigações, no decorrer do contraditório, do processo, e até na execução da pena.

Entretanto, em qualquer destas finalidades, gerais ou específicas, tal como se dá em outros ramos do Direito, deve-se observar que a urgência, por obrigatório, norteia a

finalidade dos mecanismos cautelatórios penais.

O risco decorrente da jurisdição e, em específico, das atividades investigatórias, da preservação da vida e da segurança social, permitem a aplicabilidade imediata de medidas típicas cautelares, de caráter protetivo, apontados para perfeita normalidade das diligências de apuração e processamento do feito, bem como da execução da pena.

3- AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

3.1- A HISTÓRIA DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS NO BRASIL

Já vimos que a cautelaridade tem sua origem no Direito Romano, enquanto forma de tutelar o *ius civile*, cabendo ao pretor a coibição de possíveis violações. Chiovenda, Carnelutti, Liebman²⁹ e, enfim, Calamandrei³⁰ deram suas contribuições para a consolidação instituto, influenciando o Código de Processo Civil Italiano³¹, o qual foi o lastro para os artigos 796.º e seguintes do CPC brasileiro, de 1973³².

Nesta direção, em 18 de setembro de 1939, com a edição do Decreto-Lei n.º 1.608, os mecanismos cautelatórios foram introduzidos no sistema processual brasileiro, em geral voltados a garantir os processos de conhecimento e execução, instrumentalizados por meio de ações cautelares, por exclusividade, de iniciativa judicial, ou de ânimo privado, quando de cunho preparatório, preventivo.

Em 1973, o novo Código de Processo Civil, ainda inspirado nas legislações alemã e italiana, inovou ao distribuir a matéria em títulos, equiparando o processo cautelar ao de conhecimento e ao de execução em uma tripartição do sistema processual, cabendo ao primeiro assegurar, por incidental, a consecução dos demais.

A cautela era instrumental, nos termos dos artigos 796.º e seguintes do citado diploma, garantindo a futura jurisdição, mas também podia ser antecipatória, de natureza satisfativa, quando, valendo-se do artigo 273.º da norma, o sentenciante decidia a questão de pronto e, com isso, antecipava o direito da parte.

Essa divisão, no entanto, não se verificava no processo penal, posto que o ordenamento adjetivo criminal não obedeceu a tal sistemática, embora a cautelaridade, o

²⁹ Com a idéia de fumaça do bom direito e do perigo da demora.

³⁰ Caracterizando os mecanismos como instrumentais e dando à sua tutela a natureza cautelar.

³¹ Vide artigo 700.º do Código de Processo Civil Italiano.

³² Vide artigos 796.º e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

poder de cautela, como forma assecuratória, tenha estado nele sempre presente.

Dessa forma, as noções de cautelaridade penal passaram a ser transplantadas dos conceitos do Direito Civil, resguardadas as peculiaridades de cada ramo, como, por exemplo, a impossibilidade de cautela antecipatória no âmbito criminal, em decorrência de princípios constitucionais fundamentais, em especial, daqueles que traduzem garantias ao acusado, tais como, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa.

Não havia maneira de se equiparar uma ação cautelar penal com aquilo que se dava no processo civil. Em verdade, na seara criminal, as medidas de cautela eram implementadas com base em noções do *ius civile*, mas sem a autonomia sistemática no ordenamento, em que pesem as similares características de instrumentalidade, prevenção.

Mesmo autores como Carnelutti³³, que sequer admite a existência de uma lide penal, o que implicaria na inexistência de jurisdição, Vicente Greco Filho³⁴ e Rogério Tucci³⁵, que não concordam com a existência de um processo cautelar na área criminal, rendem-se à aplicação de mecanismos assecuratórios do *jus puniendi*.

E assim se deu na Lei n.º 12.403, de 2011, quando o legislador brasileiro, nos artigos 282.º e 319.º, dentre outros dispositivos, conferiu à prisão preventiva e a outros mecanismos a natureza cautelar, pondo fim a qualquer consideração interpretativa contrária, mesmo sem o contexto de um sistema processual próprio, específico.

Pois bem, ao analisarmos as legislações penais brasileiras, tanto substantiva como adjetiva, desde o seu nascedouro, nos dispositivos constitucionais de 1824, passando pelos idos de 32, com o Código de Processo Criminal de 1ª Instância, até os dias atuais, com a norma citada no parágrafo anterior, podemos notar que, lastrado nos conceitos do Código de Processo Penal Italiano de 1930, o ordenamento pátrio é criado a partir de preceitos autoritários, típicos de uma era dominada pelo fascismo.

Apesar de aberto a possíveis evoluções, motivadas por mutações sociais, com a imperatividade de uma adaptação ao avanço tecnológico, a exposição de motivos do Código Penal de 1940, avalizada por uma vasta comissão de juristas, dentre os quais, Francisco de Assis Toledo, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, já deixava clara a sua desatualização, evidenciando a pressão pela redução dos índices criminais, através de medidas

³³ CARNELUTTI, Francesco – **Instituições de Direito Processual Civil**. Traducción de La Quinta Edición Italiana por Santiago Sentis Melendo. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, pg. 28.

³⁴ GRECO FILHO, Vicente – **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, pgs. 101 e 102.

³⁵ TUCCI, Rogério Lauria – **Teoria do Direito Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pg. 54.

repressivas, tratadas como uma razoável resposta ao delito, à rejeição dos condenados e a necessidade de conter a reincidência.

Em 1941, o Decreto-Lei n.º 3.689, que institui o Código de Processo Penal, exaltava a simplificação e a modernização dos procedimentos, mas fortalecia o instituto da prisão preventiva como resposta ao criminoso considerado perigoso, numa perfeita sintonia com aqueles paradigmas do Direito Penal do Inimigo de Jakobs.

O clamor público tem uma nova conotação e se revela em um dos requisitos para a manutenção da ordem coletiva e a condução do acusado à presença da autoridade veio a se tornar um dos fundamentos para a privação da sua liberdade, ainda que de momento.

Todavia, em virtude desse sistema processual implementado, em 2010, o Brasil já possuía de cerca de meio milhão de pessoas detidas, sendo quase metade provisórias, enquanto a criminalidade não apresentava redução.

Sem ainda entrar no mérito do flagrante desrespeito aos direitos humanos fundamentais, o acusado era tido como um mal a ser contido, retirado na esfera social, naquele conceito de “gado” desenvolvido por Fitch. E o crime só crescia.

Não obstante, o sistema carcerário tornava-se um grave problema nacional, não apenas pela sua total inoperância, mas também pelos seus custos e pelo seu reflexo social. Não bastava apontar a redução do crime com o número de prisões. Mecanismos diversos do cárcere deveriam garantir uma solução intermediária, proporcionando ao julgador evitar detenções equivocadas, ineficazes, enfim, desnecessárias.

Assim, medidas que fossem alternativas à prisão³⁶, humanas e proporcionais, mas também contundentes por suficiente para controlar a atividade delitiva eram necessárias para a nova visão criminológica nacional.

E, neste sentido, legislações ordinárias que acabaram não somente complementando, mas, na prática, transformando a visão cautelar penal, foram introduzidas, em gradação, no ordenamento, iniciando uma nova era, que culminou com o atual enfoque dado à reclusão cautelar.

No ano de 2001, uma proposta de alteração do Código de Processo Penal elaborada por mestres como Ada Pellegrini Grinover, Rogério Lauria Tucci, Luiz Flávio Gomes, foi apresentada e aprovada pelo Executivo nacional e, em 2004, quando do

³⁶ Tendo em vista ser um mecanismo de forte impacto na vida do ser humano, não apenas lhe afetando na liberdade, mas também em outros valores, tais como o patrimônio. (ROCHA, João Luís Moraes – **Ordem Pública e Liberdade Individual – Um Estudo sobre a prisão Preventiva**. 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, pg. 32).

compromisso firmado por um Poder Judiciário mais célere e republicano, os três poderes garantiram o andamento daquele projeto.

Ao longo do tempo, outras normas foram sendo editadas, sempre naquele sentido de modernização e adequação social da legislação criminal, cabendo aqui, de logo, destacar as Leis n.º 11.689 e 11.690, ambas de 2008, aquela alterando a composição do júri e esta modificando a interpretação probatória do juiz.

No ano seguinte, a Lei n.º 11.900 veio introduzir a videoconferência no mundo processual penal brasileiro e, em 2011, a Lei n.º 12.403 alterou por completo o tema das cautelares no Código de Processo Penal, buscando associar os direitos fundamentais do acusado com a imperatividade de conter o crescimento do crime, a insegurança, tratando aquele que ainda não foi condenado como um ser destinatário de garantias à liberdade, vida digna, e vendo a prisão como um mecanismo excepcional, que precisa ter uma motivação adequada, uma proporcionalidade veemente, para ser implementada.

O texto legal cria medidas cautelatórias diversas da cadeia, abrindo o conceito dos instrumentos criminais de salvaguarda dos resultados processuais e do seu desenrolar, em especial de natureza pessoal, enfatizando a sua importância e a sua prioridade frente o cárcere, e atualizando outros mecanismos, tais como, a fiança.

O encarceramento passa a ser visto de acordo com aqueles critérios de adequação, proporcionalidade e necessidade, enfim, como última saída para o fenômeno criminal³⁷, enquanto uma medida de violência, que deve ser precedida de outras formas cautelatórias, tais como, comparecimento periódico a Juízo, proibição de frequentar certos locais, recolhimento noturno, tornozeleira eletrônica, dentre outros.

3.2- A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A PORTUGUESA, OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

A Constituição Federal Brasileira prevê, em seu artigo 5º, LVII, o chamado Princípio da Presunção de Inocência, asseverando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desde os idos de 1200, com a Suma Teológica de São Tomás de Aquino, encontramos registros dos efeitos do estado de inocência. Naquela obra, duas vertentes eram consideradas, sendo uma a da suspeita e a outra da imperatividade de se garantir um

³⁷ Em consonância ao defendido no artigo 6.1.º das Regras de Tóquio.

julgamento conforme os ditames da lei, não havendo lugar para punição lastreada em ilações e conjecturas.

Em 1215, a Carta Inglesa, além de prever o devido processo legal, com o contraditório e ampla defesa, estatuiu que todo cidadão deveria ser julgado sob o manto do ordenamento constituído, proibindo-se o uso de provas viciadas.

Tal regramento se repetiu na legislação francesa de 1670, na qual se considerava que a absolvição por ausência de culpa presumiria a inocência do acusado, sendo seguida pela Constituição Americana de 1866.

Com a Revolução Liberal do Século 18, foi sedimentada a citada garantia, enquanto valor fundamental do ser humano, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁸, em 1789³⁹, com o intuito de limitar o poder dos reis e seus juízes, que detinham com as “*lettres de cachet*” a disposição das liberdades dos súditos.

Depois do final da Segunda Grande Guerra, com a luta contra o fascismo, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos consolidou, em seu artigo XI⁴⁰, a presunção de inocência, associando o princípio a uma tutela de jurisdição, mediante um devido processo legal, pelo qual o juízo de culpabilidade deve ser atestado por um órgão julgador, após comprovação da responsabilidade do acusado. Difunde-se a idéia de estado de inocência, o que levaria, em concreto, a uma presunção de não culpabilidade⁴¹.

Tal preceito tornou-se fonte para diversos textos constitucionais, como, por exemplo, o brasileiro, estando a regra prevista em seu artigo 5.^o⁴².

Em verdade, o aludido estado de inocência traduz dois aspectos basilares. O primeiro é o de que ninguém está obrigado a prová-la, pois esta é a situação natural de todo cidadão, ela é presumida, tratando-se de um direito natural. O segundo ângulo a ser visto é o de que medidas que restrinjam a liberdade antes da formação do juízo de culpabilidade não encontram respaldo em um ordenamento, a menos que haja comprovada necessidade.

Dessa maneira, em uma visão radical, a prisão preventiva e qualquer outro modelo de encarceramento provisório sequer encontrariam amparo jurídico quando inseridos em um ordenamento lastreado na presunção de inocência.

Diante destas premissas, vemos um valor que parece ser aplicado de forma

³⁸ Vide artigo 9.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

³⁹ FREITAS, Jayme Walmer de –**Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004, pg. 17.

⁴⁰ Vide artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

⁴¹ FREITAS, Jayme Walmer de –**Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004, pg. 15.

⁴² Vide artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

absoluta e não admite qualquer tipo de cumprimento de pena que não esteja fundado em sentença penal condenatória transitada em julgado.

Daí se poderia extrair que o ser humano goza, na prática, de uma presunção de não culpabilidade, refletida em um estado de inocência a ser considerado em todos os sentidos, apenas sendo maculado com o rótulo de culpado aquele contra quem exista uma sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, não mais sujeita a alteração judicial por meio do processo criminal.

De fato, ao referido enunciado são atribuídos os nomes de princípio da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade e estas terminologias são tratadas, com frequência, na doutrina, como sinônimas. No entanto, pode-se colocar em questão o alcance que cada uma delas tem na garantia da isenção de ação punitiva estatal na esfera de liberdade do réu antes do trânsito em julgado.

Em solo brasileiro, é um princípio orientador do processo penal, por meio do qual é imposto ao Poder Público o dever de não outorgar ao acusado (ou investigado) consequências jurídicas de uma condenação penal antes da operação do trânsito em julgado desta.

Segundo Eugênio Pacelli, este dever se consubstancia na observância de duas regras específicas:

“(...) uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada”.⁴³

Durante a persecução penal, assim, a regra é a liberdade do indiciado (ou denunciado), só podendo o Estado interferir nessa esfera em caso de risco comprovado à efetividade do processo ou da realização da jurisdição penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Por esta razão, as medidas de restrições de direitos de indivíduos durante a persecução penal devem ser sempre de natureza preventiva, e jamais repressiva, como punição.

Assim, o estado de inocência proíbe a antecipação dos resultados de uma condenação penal.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pg. 37.

No entanto, é defensável que a situação jurídica de inocente difere daquela de não culpado. Nesta perspectiva, o princípio disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição preconiza, em verdade, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, mas não por necessário que todos serão considerados inocentes ao longo do processo criminal.

Outrossim, em que pese a existência de todos esses direitos básicos do ser humano, toda essa visão garantista, no Brasil, seguindo a vertente italiana, faz referência à prisão preventiva, embora compatibilizando-a com a presunção de inocência, ou seja, admitindo-a quando for, de fato, necessário à garantia do *jus puniendi*.

Trata-se de um ângulo diverso do cerceamento da liberdade, visto como uma forma de relativizar a presunção de inocência mas, tal como na Itália e no Brasil, com limitações de hipóteses de cabimento, tido como excepcionalidade, sem o condão de condenação antecipada, e enfatizada a imperatividade de ser aplicada por um período razoável.

As finalidades e as características das medidas cautelares penais, dentre elas a prisão provisória, neste ponto, ganham importância robusta, sendo ao íntimo ligadas aos valores fundamentais da Carta Magna, encaradas como reais condições de validade para a sua existência. A proporcionalidade se torna um critério essencial para dosar a afronta à presunção de inocência.

Em função de, no Brasil, ter surgido debate acerca da possibilidade de a liberdade do acusado em processo criminal ser ceifada antes mesmo do trânsito em julgado do feito, cabe-nos destacar, neste momento, sua relação com os mecanismos acautelatórios, dentre eles, o encarceramento.

A discussão ganhou notoriedade ao longo do tempo, debatendo-se a viabilidade jurídica de se cercear o *jus libertatis* antes da sentença condenatória com trânsito em julgado e, pelo fato de o próprio CPP, mesmo atualizado pela Lei n.º 12.403, ainda dispor de critérios vagos para a prisão preventiva, tais como, a necessidade de garantia da ordem pública, foi inevitável uma vinculação ao controle da criminalidade.

Doutrina e jurisprudência tentam até hoje definir um critério para a caracterização de ordem pública e, por muito tempo, dividiram-se sobre o assunto, estando em pauta a real concretização do estado jurídico de inocência, a garantia da ampla defesa, ameaçadas pela possibilidade de a prisão, efeito mais visível da condenação, ser efetivada antes da conclusão do processo.

A manutenção da paz social, superlativizando o interesse público perante o individual, a periculosidade do réu, já foram tidos como lastros e hoje, a sensibilidade do juiz ao ambiente, o exemplo da detenção como resposta imediata ao delito ainda são critérios

muito utilizados na apreciação do cerceamento da liberdade.

Mesmo com todos os avanços legislativos, no Brasil, ainda há resquícios de aplicação isolada da Teoria do Direito Penal do Inimigo e da antecipação dos efeitos da condenação, o que se revela em uma nítida afronta ao Princípio da Presunção de Inocência.

Contudo, a proporcionalidade, valor fundamental a ser considerado quando se fala em medida cautelar penal, merece grande atenção nesta hermenêutica, haja vista que espelha também o Princípio da Proibição do Excesso, tal como defendido por Canotilho⁴⁴, buscando guiar o legislador na elaboração de normas sobre o tema da restrição das liberdades, bem como o aplicador do Direito, na prevenção dos abusos, devendo qualquer limitação ser necessária, adequada, proporcional ao fim a que se destina⁴⁵.

Não é à toa que a própria Lei Maior Brasileira cria mecanismos jurídicos para proteger o cidadão de abusos, tais como, o *habeas corpus*, nos termos do artigo 5º, LVIII, da Carta Política.

Assim, quando presente o conflito de interesses coletivos e particulares, a proporcionalidade deve atuar, através da ponderação de valores, escolhendo-se aquele que alcance os resultados pretendidos com o menor grau de violação de garantias possível.

E, para tanto, mais uma vez devemos nos valer das características dos mecanismos cautelatórios antes vistos. A proporcionalidade deve ser vista como um critério em si, mas também noções de adequação, necessidade merecem destaque quando estivermos frente uma situação de conflito de garantias e princípios, traço comum quando falamos em medidas restritivas⁴⁶.

A proporcionalidade em si pressupõe que as divergências entre normas equivalentes, após uma análise ponderada do caso concreto, devem ser resolvidas com base na amplitude de sua viabilidade e aplicabilidade. A necessidade impõe que o limite ao direito fundamental deve ser imprescindível para a efetividade plena dos ditames constitucionais, ao passo em que, pela adequação, a medida deve ser capaz de atingir o fim almejado. É um

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. (19.^a reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. pg. 457.

⁴⁵ Por outro lado, Canotilho enfatiza que “a proteção do excesso tem uma outra face, qual seja, a proibição do defeito, tratando da insuficiência estatal em conter ameaças a direitos fundamentais, como é o caso do feto (artigo 69.º, 3.º)”. (CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. (19.^a reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. pg. 273).

⁴⁶ Neste sentido, GIACOMOLLI, Nereu José – **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pg. 38.

critério de claro prestígio à dignidade da pessoa humana⁴⁷.

Tem o operador do Direito que analisar se aquele instrumento de que se vale, como, por exemplo, uma interceptação telefônica, é o meio menos gravoso para as partes envolvidas, se é essencial para se chegar ao objetivo pretendido e se é o mais eficaz para a garantia do resultado penal. E isto, mesmo que norteado por aspectos específicos, ficará a cargo da ponderação do julgador, do seu estudo subjetivo de caso, da sua sensibilidade ao meio criminal⁴⁸.

Já estudamos que a jurisdicionalidade é característica das medidas cautelares penais, uma vez que fica a cargo de um magistrado a sua apreciação, a qual deve se lastrear na salvaguarda razoável dos direitos humanos⁴⁹. Neste contexto, via de consequência, o devido processo legal, preceituado no artigo 5.º, LIV, da Carta Magna de 1988, também encontra campo de aplicabilidade, em uma verdadeira jurisdicionalidade em sentido estrito, posto que a decisão referida deve ser motivada, permeada de garantias e ritos, como a imparcialidade e a independência funcional do sentenciante, da publicidade e da fundamentação dos atos⁵⁰.

Não obstante, mesmo quando observamos um rito sumário, devemos considerá-lo decorrente da natureza de urgência do instrumento, que, justificado na fumaça do bom direito e no perigo da demora, devem ser com rapidez tratados pela jurisdição, sob pena de perda do objeto.

Ademais, o contraditório e ampla defesa também são corolários do devido

⁴⁷ Jorge Miranda subdivide o princípio da proporcionalidade em “idoneidade (adequação – meio correto à prossecução), exigibilidade (necessidade – aquele que melhor satisfaz os fins, com menos custos) e racionalidade (proporcionalidade stricto sensu – justa medida, nem aquém nem além do devido)”. (MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. Vol. 1.º. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, pg. 299), sendo acompanhado por Canotilho (CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. (19.ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. pgs. 269 e 270).

⁴⁸ Neste sentido, GIACOMOLLI, Nereu José – **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pg. 39.

⁴⁹ Para Michele Taruffo, “a motivação de um decisório judicial teria uma função endoprocessual, de natureza técnico processual, apreciando as razões expostas no caso concreto, e outra extraprocessual, garantista, lastreada na razoabilidade, legitimando o ato perante o ordenamento, dando respaldo, por exemplo, à decretação de uma prisão preventiva”. (TARUFFO, Michele. In: Marinoni, Luiz Guilherme. **Estudos de Direito Processual Civil – La motivazione della sentenza**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 167).

⁵⁰ Para Geraldo Prado “a imparcialidade judicial é uma das vertentes que garante às partes a plena eficácia da jurisdição, assegurando que o magistrado não aderiu a uma das versões antecipadamente”. (PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pg. 108).

processo legal e estão assegurados na Lei Maior aos acusados em geral, tanto no Brasil, como em outros ordenamentos, como, por exemplo, o italiano, que incumbiu o Ministério Público de apresentar todos os elementos favoráveis ao acusado e vinculou o magistrado, obrigando-o a considerá-los na decisão.

Trata-se de uma patente salvaguarda dos direitos fundamentais daquele que está sendo investigado ou processado, através de um processo justo⁵¹, legítimo, com observância da exposição de suas razões e das demais garantias fundamentais preceituadas na Constituição.

3.3- ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Expomos no item 3.1 que as medidas cautelares penais, no Brasil, acompanharam a evolução legislativa, sendo tratadas, como formas primeiras de salvaguarda do *jus puniendi*, por expresse, pela Lei n.º 12.403, em 2011, que alterou o artigo 319.º do Código de Processo.

Se, por um lado, os mecanismos de cautela, com a nova legislação, foram ampliados, ganharam maior força, regras novas e específicas, por outro, ficaram restritos à natureza pessoal, relacionando-se com o noticiado e sua relação processual. Arrestos, sequestros e outros instrumentos reais, direcionados às coisas objeto da querela, não foram tratados no preceito mudado.

De fato, a alteração deu ao julgador uma amplitude antes não existente, posto que sequer havia no dispositivo anterior, uma forma alternativa para preservar a ordem pública a aplicação da lei criminal, que não as prisões provisórias. Se o magistrado quisesse inovar, mesmo tendo a sua legalidade questionada, deveria lançar mãos de cautelares inominadas tais como a retenção do passaporte, proibição de se frequentar certos locais.

Em verdade, a mudança nada mais fez do que adaptar muitos instrumentos já existentes na legislação penal, enquanto sanções propriamente ditas, como, por exemplo, a restrição do direito de frequentar determinados lugares, a prisão domiciliar, transformando-os em mecanismos cautelatórios diversos do cárcere, a serem manuseados em primeira hora, antes de qualquer aprisionamento desnecessário.

Com isso, visa o legislador a proteger o regular andamento do processo, resguardando o seu desenrolar, o infrator, que tem a sua liberdade protegida de uma medida

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. (19.ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. pg. 494.

extrema, violenta, a prisão, e, ao final, a sociedade como um todo, que, em gradação, desvencilha-se dos efeitos nefastos do cárcere, através da garantia de que seus membros serão tratados dignamente, mesmo quando cometem ilícitos, permanecendo distantes de um sistema que, nos moldes atuais, mais prejudica do que ressocializa.

Ao alterar a Lei Adjetiva Criminal Brasileira, a Lei n.º 12.403/2011, antes de tratar da prisão, passou a dispor sobre as medidas cautelares destinadas a fazer valer o poder punitivo estatal, garantindo a sua instrução e o cumprimento de suas decisões. Trata-se de uma evidente valorização da liberdade, poupando o acusado do cárcere desnecessário e desmedido, mas também de uma salvaguarda dos objetivos do processo penal, uma vez que as punições pelo descumprimento são rigorosas.

Ao iniciar o capítulo, em sede de disposições gerais, o CPP, em seu artigo 282.º, torna explícitos e normatiza os critérios de necessidade e de adequação já vistos nesta obra, garantindo que o mecanismo adotado tenha efetiva importância para o resultado do processo penal, bem como que seja o menos gravoso possível para a vítima e também para o acusado, sempre se observando a proporcionalidade do instrumento a se lançar mão frente ao mal existente.

Ademais, tamanha é a importância dada pelo legislador aos mecanismos de cautela em substituição à prisão que não apenas esta é considerada *ultima ratio*⁵² como há a previsão de que, ainda que aplicados em comunhão, conjuntos, são tidos como mais atrativos para o desfecho da lide que o encarceramento⁵³.

No que pertine aos procedimentos a serem adotados na implementação destas formas de cautela pelos poderes constituídos, o mesmo artigo garante o contraditório, a ampla defesa⁵⁴ e a oficialidade, mediante a apreciação judicial, a quem caberá emitir decisão, de ofício ou após ser provocado pelos órgãos policiais, pelo Ministério Público ou pelas partes⁵⁵.

Saliente-se que, pelo citado dispositivo, o pleito pelas providências aludidas cabe, em sede de investigação policial, ao Delegado de Polícia e ao *Parquet*. Quando do curso da ação penal, o magistrado pode agir de ofício, sendo garantindo aos litigantes também o requerimento.

Ora, no meu entender, sendo a ação pública, o Ministério Público também é parte e, assim, pode atuar na etapa de instrução processual. Porém, nos casos de feitos privados,

⁵² Vide artigo 282.º, § 6.º, do CPP.

⁵³ Vide artigo 282.º, § 1.º, do CPP.

⁵⁴ Vide artigo 282.º, § 3.º, do CPP.

⁵⁵ Vide artigo 282.º, § 2.º, do CPP.

veja que a iniciativa, estando restrita aos envolvidos no caso concreto, exclui o órgão ministerial, ainda que na figura de fiscal da lei.

Outrossim, a reprimenda pelo descumprimento do mecanismo cautelatório, inclusive com o encarceramento do violador, a reiteração da sua aplicação pela persistência da necessidade ou ainda a sua revogação pelo desaparecimento dos motivos que o ensejaram, também ganharam espaço no diploma processual, nos parágrafos 4.º, 5.º e 6.º do referido artigo 282.º do CPP⁵⁶.

Ao encerrar este tópico, aqui cabe um destaque para o parágrafo 1.º, do artigo 283.º, do Código de Processo Penal. Em tal dispositivo, comum a todas as medidas cautelares penais, está prevista a impossibilidade de cerceamento da liberdade para os casos que não a admitirem enquanto sanção. Ou seja, se o indivíduo não poderia ser preso após condenado, não haveria motivo em levá-lo ao cárcere cautelarmente.

Em sequência, passaremos a estudar as diversas medidas cautelares penais previstas no ordenamento criminal, iniciando pelas prisões, seguindo pelos instrumentos diversos do cárcere para, ao final, dissecar a privação preventiva, suas consequências e concluir sobre a sua viabilidade ou não no controle do avanço da criminalidade.

3.3.1- AS PRISÕES PROVISÓRIAS

No Século XVIII, a prisão detinha a natureza da cautela, sendo uma forma de se assegurar o cumprimento da sanção, da punição, sendo que esta se revelava em um suplício, constando de castigos, mais dotada de conotação física do que social.

Com o ocaso da Idade Moderna, marcado pela Revolução Francesa, em 1789, as punições ásperas não encontravam mais plausibilidade. O cárcere continuava a existir, mas sendo um lugar temporário, para preservar o condenado até o castigo.

A humanização da pena, a sua proporcionalidade, a sua dosagem, passaram a ser difundidas ao longo dos tempos, aplicando-se punições de acordo com o crime cometido, a exemplo do que se passara antes, na época do Talião.

O período iluminista, porém, veio a modificar por radical a natureza da prisão. A crise econômica que afetava a população, gerando inclusive a disseminação da miséria e o consequente aumento da criminalidade, exigia que o martírio fosse substituído pela cadeia.

⁵⁶ Vide artigo 282.º, §§ 4.º, 5.º e 6.º, do CPP.

O sacrifício da liberdade do criminoso era uma forma de expressão da soberania⁵⁷, tendo o representante maior do Estado, enquanto depositário legítimo do poder, a obrigação de protegê-la e a cada cidadão o desprendimento de ceder parte de seu direito para induzir os demais a defendê-lo, naquilo que Cesare Beccaria, em 1764, chamou de direito de punir⁵⁸.

Tal pensador, no entanto, via que o suplício nada mais seria do que um espetáculo inócuo e, à luz da sociologia, mais trazia prejuízos, em função da sua crueldade, da sua violência⁵⁹.

Ele considerava que, de fato, o direito do magistrado de aplicar uma medida com características de pena se originava na força, e, mediante provas, tais como confissão, corpo de delito, e critérios outros, dentre os quais, fama, ameaça, o encarceramento era justificado. Todavia, esta privação não poderia ficar a critério subjetivo de um juiz, mas sim deveria estar lastreado em limites estabelecidos na lei.

Beccaria considerava que a finalidade da norma era levar a felicidade ao ser humano, e, se para conter o crime sempre fosse necessária uma privação, o homem seria extirpado até dos seus sentidos. A prevenção do delito, a educação, o estímulo, o prêmio à virtude e ao cumprimento das leis, portanto, já eram apontadas pelo autor como formas mais eficazes de garantia da paz social, sendo a salvaguarda da liberdade a verdadeira luz para a sua efetividade⁶⁰.

O avanço do capitalismo e, por conseguinte, da pobreza, encerrou a ligação entre vingança e prisão e, com isso, os cárceres ganharam uma nova visão. As instituições prisionais, agora não mais uma área de humilhação, vêm a ser um local de readaptação social.

O sistema panóptico defendido por Michel Foucault⁶¹, pelo qual se punia o infrator, mas também o vigiava para que este não reincidisse, passou a confundir o cerceamento da liberdade com a punição propriamente dita. A prisão-castigo se tratava de uma inovação, fazia parte de um conceito pelo qual era melhor monitorar o criminoso, evitar que ele volte a delinquir, trancando-o em uma cela, do que castigá-lo. Isto tornou obsoletas todas as outras formas de expiação.

⁵⁷ Tal como defendido por Jorge Miranda, ao estabelecer a nação os parâmetros da sua ordem jurisdicional (MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. Vol. 2.º. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, pg. 54).

⁵⁸ BECCARIA, Cesare – **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: CD, 1996, pgs. 18 e 19.

⁵⁹ *Op. cit.*, pg. 33.

⁶⁰ *Ibidem*, 1996, pgs. 89 a 94.

⁶¹ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e Punir – Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1999, pgs. 219 e 261.

No entanto, os cárceres daquela época detinham uma real capacidade de reprimir o crime e garantir a ressocialização do criminoso, uma vez que se tratavam de entidades baseados na rigidez, na higiene, na segurança sistêmica. A reflexão pelo isolamento seria a solução para o fenômeno criminal.

No Brasil, as normas atinentes à prisão, desde o Império até a República, foram marcadas pelas mazelas e pensamentos de cada época, condicionando a situação processual do infrator ao período em que estava inserido, sendo esta caracterizada por uma inicial irracionalidade, seguida por mitigações do rigor e chegando, enfim, até a Lei n.º 12.403/2011.

Na primeira Constituição do Império, em 1824, após se constatar o abuso de magistrados, o artigo 179.º previa que *“ninguém seria preso sem uma culpa formada”*, excetuando as situações legais, elencadas no inciso VIII, e, mesmo com a sua culpabilidade tida como certa, nos casos de pena não superior a 6 meses, quando não se ausentasse da Comarca (inciso IX) ou se prestasse fiança (nas hipóteses cabíveis), também não seria recolhido ao cárcere.

Em 1832, o Código Imperial dispôs sobre a motivação deste juízo de valor para o início do processo, ao exigir que o juiz devesse, mediante análise das provas já produzidas até o momento, estar convencido da existência do delito e da sua autoria.

Quando houvesse prisão em flagrante, não fosse possível a fiança (artigo 175) ou com a pronúncia do réu, esta sujeita ao contraditório, ele era recolhido à prisão por automático.

Com a reforma legislativa de 1841, o Código Imperial foi alvo do *“policialismo judiciário”*, no qual a Polícia tinha autonomia para prender, investigar, acusar e pronunciar alguém em determinadas situações, tidas como de menor gravidade.

O Chefe de Polícia teve funções assemelhadas ao Juiz de Paz, sendo a suas sentenças, quando confirmadas pelo magistrado, capazes de levar o réu a júri⁶², até 1871, quando a Lei n.º 2.033 retirou-lhe tamanho poder, embora lhe fosse mantido o arbitramento da fiança e, por meio do Decreto 4.824, viesse a ser criado o Inquérito Policial.

Com a Proclamação da República, cada Estado passou a ter autonomia legislativa em sede de processo, tendo alguns mantido o Código Imperial até 1941, ano em que o Código de Processo Penal foi criado, norteados por ideais fascistas, às claras descritos em sua exposição de motivos, em especial no que tange ao tema das medidas cautelares, priorizando o interesse da administração da Justiça.

⁶² Vide artigo 54.º da Lei n.º 261/1841.

Não havia limites claros à prisão preventiva, possível quando a ordem pública, a aplicação da lei penal e a instrução estivessem ameaçadas e até mesmo obrigatória nas infrações com pena máxima superior a 10 anos, bastando-lhe uma mera prova indiciária.

Todavia, por gradação, o rigor de 1941 foi cedendo, sendo em 1967 a prisão preventiva obrigatória abolida do sistema processual penal brasileiro, pela Lei n.º 5.349, que deu ao artigo 311.º do *Codex* uma nova roupagem, similar ao que conhecemos hoje.

Em 73, com a Lei n.º 5.941, surgiu a possibilidade do réu pronunciado ou condenado ficar livre, e, em 1977, com a Lei n.º 6.416, a liberdade provisória sem fiança, quando o magistrado verificasse que não estavam presentes aqueles requisitos da prisão preventiva.

Na prática, a fiança ficou limitada aos casos de prisão em flagrante, externada como um mecanismo disponível ao acusado para se livrar do cárcere mais rápido⁶³.

Em resumo, até 41, quando preso em flagrante, o cidadão poderia manter sua liberdade quitando a fiança, quando cabível, ou se livrar solto, em hipóteses menos graves.

Caso não tivesse sido capturado nesta condição, o acusado poderia ter a sua prisão decretada por uma autoridade, não por necessário um magistrado, quando o crime fosse inafiançável ou se não recolhesse a fiança.

Se pronunciado, seria por automático recolhido ao cárcere, salvo se coubesse a caução e assim procedesse ao seu pagamento.

Com o CPP de 1941, a prisão passa a exigir mais requisitos, à evidência relativos à sua necessidade, adequação e proporcionalidade. As ordens pública e econômica, a instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal se tornam essenciais para a concretização do encarceramento preventivo, diante de indícios de autoria e prova da materialidade do fato.

A prisão, antes da condenação, é vista agora como exceção, devendo se dar em situações de flagrante e, quando fora desta característica, em virtude da fumaça do bom direito e do perigo da demora, por meio de ordem escrita e fundamentada de um magistrado.

O instrumento da liberdade provisória, com ou sem o benefício da fiança, ganha o condão não apenas de regular a manutenção do indivíduo no cárcere, transformando-se em uma garantia de salvaguarda do ressarcimento à vítima dos prejuízos causados pela prática

⁶³ Vale salientar que, com a edição da Lei n.º 9.099/1995, nos casos de crimes com pena superior a um ano, sendo tal limite posteriormente aumentando para dois anos, o acusado não ficava à mercê da fiança, caso assinasse termo de compromisso de comparecimento a Juízo (artigo 69.º). Tal regra vigora até os dias atuais.

delitiva, aliada a noções de preservação da paz social frente a ditames técnicos de enquadramento penal, dosimetria de pena, reincidência, dentre outros, enfim, requisitos basilares para a sua concessão.

De fato, mesmo em se tratando de crimes hediondos, apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal, à época, de que a liberdade provisória não lhe deveria ser aplicada, independente de cabimento prático ou não da fiança⁶⁴, por violar uma norma constitucional de inafiançabilidade, o avanço na matéria foi indiscutível, mediante critérios de proporcionalidade e ponderação, diante de uma afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Com isso, a citada garantia fundamental da liberdade passou a ser entendida pela Corte como um direito diverso da fiança, nada impedindo que lhe fosse assegurada, mesmo em situações de inafiançabilidade, com base na análise de critérios específicos atinentes ao *periculum libertatis*, como, por exemplo, da periculosidade do acusado, do seu risco para o processo, para a vítima e para sociedade, e mediante o devido processo legal.

E é justo neste contexto que entram as medidas cautelares diferentes da prisão, uma vez que acabam por regular distorções interpretativas outrora inviabilizadoras da liberdade, através de instrumentos capazes de conter o medo do infrator sem que lhe seja aviltado um valor fundamental.

Dessa maneira, podemos observar que o processo de evolução do encarceramento cautelar, no Brasil, ficou à mercê de critérios temporais, sendo interpretada de acordo com a época em que era aplicada. E, apesar de avanços, o Código de Processo Penal remonta a uma era autoritária, vindo o ordenamento a sofrer com as dificuldades de implementação de um diploma por total novo, atualizado, integrado e coerente com os novos e atuais entendimentos jurídicos.

Pois bem, feita esta breve evolução histórica, veremos agora as prisões provisórias do sistema penal brasileiro.

Prevista na Lei Adjetiva Penal de 1941, em seu artigo 408.º, § 1.º, a prisão decorrente de pronúncia remontava àquela imperatividade dos tempos do Império de se recolher ao cárcere aquele que fosse pronunciado. Este também era o fundamento da detenção em virtude de sentença condenatória recorrível, elencada no artigo 594.º do referido diploma.

⁶⁴ No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 113945, o Ministro do STF Teori Zavascki considerou que proibição da liberdade provisória para os crimes hediondos derivaria da inafiançabilidade constitucional de tais delitos, porém, esta não inviabilizaria aquela, sendo o pensamento pretérito uma violação à presunção de não culpabilidade, revendo o entendimento anterior.

A necessidade da prisão daquele que se achava da iminência de ser levado ao júri popular era algo incontestável, diante da considerada e arriscada fuga do criminoso.

Porém, critérios de não culpabilidade presumida sempre nortearam o mundo jurídico criminal brasileiro e assim não seria diferente neste campo, sendo o ponto de partida para a ruptura de uma retrógrada e desproporcional resposta para aquele que cometeu um ilícito e, por cautela, deveria ser acompanhado pelo sistema penal.

Para Fernando Capez⁶⁵, “*a pronúncia é a manifestação judicial de subsunção da conduta ao tipo e que encaminha o caso para julgamento pelo júri popular. É neste momento que magistrado analisa a acusação e, de forma interlocutória, sem apreciar o mérito, verifica a possibilidade de procedência da imputação*”.

A prisão decorrente da decisão de pronúncia, não mais automática, enquanto encarceramento cautelar de natureza processual, deveria estar lastreada no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, sendo uma garantia do bom andamento processual e do seu resultado final.

Aqui vale destacar que, em se tendo uma prévia apreciação de admissibilidade de culpa, feita pelo magistrado, traduzida na pronúncia, os pressupostos de materialidade e de autoria já deveriam estar presentes.

No mais, no § 2.º do artigo 408.º, do Código de Processo Penal Brasileiro de 1841⁶⁶, os antecedentes do pronunciado, em se tratando de consideração a respeito do encarceramento cautelar após o juízo de culpabilidade, eram levados em consideração, apesar de achar resistência no direito do acusado de se defender livre, tornando-se um óbice não apenas à liberdade mas também ao devido processo legal. Os maus antecedentes, enquanto reflexo da Teoria Penal do Inimigo, aliados a meras e superficiais considerações de autoria e materialidade, não poderiam bastar para privar alguém de um valor constitucional.

E assim a jurisprudência brasileira enfrentou momentos de discordância, como se deu no julgamento pelo STJ do RHC 6420-MG⁶⁷, em que a fumaça do bom direito e o perigo da demora foram considerados para a decisão de encarceramento, apesar do anterior e ainda resistente entendimento do Supremo Tribunal Federal, refletido no *Habeas Corpus* 73978-4-

⁶⁵ CAPEZ, Fernando – **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pgs. 682 e 683.

⁶⁶ Vide artigo 408.º, § 6.º, do Código de Processo Penal Brasileiro de 1841.

⁶⁷ Vide decisão no Processo STJ – RHC 6.420/MG, 6.ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, Data de Julgamento: 19/08/1997, publicado no DJU em 22/09/1997.

RJ⁶⁸, que continuava a pensar a prisão provisória após a pronúncia como automática e possível apenas nos termos do artigo 408.º, do CPP.

Contudo, passados os anos, os tribunais brasileiros passaram a seguir o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, vindo o STF, em 2007, no julgamento do *Habeas Corpus* 89.754, a exigir os requisitos do artigo 312.º da Lei Adjetiva Criminal para a concretização do encarceramento cautelar após a pronúncia⁶⁹.

Com a reforma do CPP de 2008, pelas Leis 11.689 e 11.719, daquele mesmo ano, a prisão em foco deixou de existir de forma automática, tal como referida no artigo 408.º, do texto anterior, uma vez que o seu § 2.º fora revogado, prestigiando o princípio da presunção de inocência, em específico, o da não culpabilidade.

E mais, o artigo 413.º, § 3.º do mesmo diploma tornou obrigatória a motivação judicial para a pronúncia, sem possibilidade, portanto, de embasamento nos antecedentes, nas referências da vítima ou em decisões abstratas precedentes que não tivessem sentido com o caso concreto.

Vejamos que a prisão decorrente de pronúncia, enquanto resquício da época medieval, medida processual automática tendente a garantir o feito, tem a sua natureza alterada pela nova legislação. Ela se torna um encarceramento cautelar, de cunho preventivo, decretada após o estudo de caso e fundamentada em critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade outrora vistos.

Na prática, transformada em privação de liberdade preventiva, ela deve ser encarada enquanto um mecanismo destinado a garantir a aplicação da lei penal, as ordens pública e econômica e a instrução criminal, diante de pressupostos de materialidade e autoria.

Entretanto, agora, com a edição da Lei n.º 12.403, de 2011, a prisão após a pronúncia merece um novo olhar, devendo estar enquadrada nos modernos critérios para a consideração do cárcere, ou seja, um meio menos gravoso para a concretização do *jus puniendi*, apenas encontrando razão de ser quando inexistirem outros métodos capazes de atingir os resultados pretendidos.

No que pertine à prisão após sentença penal condenatória recorrível, tal como preceituada nos artigos 393.º, I, e 594.º, do antigo Código de Processo Penal, o mesmo

⁶⁸ Vide decisão no Processo STF – HC 73.978-4/RJ, 2.ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 13/08/1996, publicado no DJU em 20/09/1996.

⁶⁹ Vide decisão no Processo STF – HC 89.754/BA, 2.ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 13/02/2007, publicado no DJ em 20/04/2007.

raciocínio decorrente do encarceramento derivado da pronúncia se operou no Direito Brasileiro.

Pelo artigo 393.º da norma processual criminal, a perda da liberdade após a condenação era automática, sempre que o crime fosse inafiançável, embora ainda possível o manuseio do grau recursal. E mais, a apelação, pelo artigo 594.º do mesmo estatuto, só era permitida para o réu que fosse recolhido ao cárcere.

A prisão decorrente de sentença penal recorrível era considerada uma consequência da sanção já imposta, embora ainda sujeita a uma condição resolutiva, a sua possível reforma, mas sendo justo esta variante que acabaria por definir a sua característica de definitiva e, por isso, não se feria a presunção de inocência.

Contudo, em ambos os dispositivos, a fiança era, quando cabível, uma maneira de quebrar o absolutismo da regra e garantir a liberdade do condenado. Ora, já neste ponto podemos vislumbrar que, se por um lado um mecanismo processual é capaz de mitigar a imperatividade da reclusão, por outro, trata-se de uma forma de demonstrar o interesse do réu no resultado processual.

Assim, se aquela prisão era a maneira encontrada para assegurar o direito de punir estatal, a fiança, neste contexto, mostrava-se como uma contracautela nesta direção.

Não obstante, em que pesem opiniões em seu favor, baseadas, dentre outros argumentos, na possibilidade de o réu se valer dos benefícios da Lei de Execução Penal, tal modalidade de encarceramento encontrava forte incongruência com os valores constitucionais da presunção de não culpabilidade. Para Afrânio da Silva Jardim, que via a sua boa viabilidade, os bons antecedentes do acusado não eram motivos bastantes para impedir a sua ida ao cárcere, devendo ocorrer se ele oferecesse risco à concretização do *jus puniendi*⁷⁰. Aqui já vemos que, até entre os partidários daquela modalidade de prisão, a cautelaridade já deveria ser considerada para a privação de liberdade.

Já para outros estudiosos, como Fernando da Costa Tourinho Filho, a prisão após a condenação possuía veemente natureza cautelar, mas de condão misto, limitando o encarceramento, porém, assegurando as vantagens da Lei de Execução Penal⁷¹. Deveriam estar presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, a fim de não se antecipar a

⁷⁰ Afrânio da Silva Jardim entende que “a prisão decorrente da sentença penal recorrível não tinha a natureza cautelar, faltando-lhe acessoriedade, instrumentalidade, provisoriedade, uma vez que o autor do delito já se achava devidamente definido, sendo a privação de sua liberdade fruto da pretensão punitiva estatal”. (JARDIM, Afrânio da Silva – **Estudos e Pareceres**. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pg. 391).

⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – **Processo Penal**. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 341.

culpa do noticiado e, por conseguinte, ferir a idéia constitucional emanada da presunção de inocência. Mas não se podia negar que haveria benefícios para o apenado na futura concretização da sua sanção.

Neste sentido, considerando o juízo de periculosidade que deve legitimar qualquer medida cautelar penal, a sua vertente preventiva, a prisão decorrente de sentença penal condenatória, enquanto automática consequência da sentença, revelava-se uma verdadeira antecipação do juízo de culpabilidade, ou seja, de efetivo início de cumprimento da pena.

Entretanto, a imprescindibilidade do *periculum libertatis* para que o sujeito tivesse a sua liberdade restringida, a provisoriedade da decisão e a presunção constitucional de não culpabilidade continuavam a justificar que, se a Carta Magna presume a inocência do réu, nenhum mecanismo processual pode afetar a sua situação jurídica, neste caso, o seu *status libertatis*.

E assim se dava em outros ordenamentos, tal como o Código de Processo Italiano, em que a detenção apenas se justifica quando a Justiça possa vir a ser fraudada em suas intenções.

Aliado a estes fatores, muitos juristas, como defendido por Ada Pellegrini Grinover⁷², passaram a se preocupar também com os efeitos contrários à privação equivocada da liberdade do acusado, sem o caráter preventivo, como, por exemplo, a já citada prisonização, que nada mais é que os efeitos gerados pelo cárcere no detento, bem como a possibilidade de indenizações geradas pelo desrespeito ao preceito fundamental constitucional de inocência.

Estes pensamentos fizeram com que aquela modalidade de encarceramento fosse por maioria considerada uma medida cautelar penal e, enquanto forma de antecipação do cumprimento da expiação, perdesse força no direito processual brasileiro. Tal como o derivado da pronúncia, foi revogado pela Lei n.º 11.719, de 2008.

Em verdade, após a edição das Leis n.º 11.689 e 11.719, o sistema de encarceramento cautelar brasileiro ficou de início restrito às prisões em flagrante, temporária e preventiva, cabendo salientar que, como veremos adiante, até a situação flagrancial, após a Lei n.º 12.403/2011, deve ser por obrigatório apreciada pelo magistrado não apenas sob o ponto de vista formal. Deve agora o juiz analisar se estão presentes os requisitos dos *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e garantir a liberdade do acusado, a menos que, quando

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini – **Liberdade Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pg. 43.

necessário e cabível, mereça ser convertida em alguma medida cautelar, dentre elas o cárcere preventivo.

Não obstante, a discussão sobre o início de cumprimento da pena, após a sentença condenatória em segundo grau, ainda permanece em aberto no STF, cabendo a cada Ministro da Corte entender a evolução normativa pertinente ao tema e ver que o encarceramento antes do trânsito em julgado daquela sentença nada mais é do que a volta da já enterrada e inexistente regra preceituada nos artigos 393.º, I, e 594.º, da Lei Adjetiva Criminal Brasileira.

Entretanto, aqui faremos um destaque para o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, posto que se trata de um tema ainda controverso no Brasil, e, apesar de ser um instituto considerado como um encarceramento-pena, mantém, inclusive para alguns membros da Corte Maior, características de cautela, diante do não esgotamento das vias recursais.

Em que pesem as discussões existentes entre a 1.ª e a 2.ª Turmas do Tribunal a respeito da possibilidade de início do cumprimento da pena criminal, antes do trânsito em julgado do processo, a presunção de inocência e a vinculação da partida da punição ao encerramento formal do processo, exposta pela Lei de Execuções Penais, eram tidas como argumentos decisivos para permitir o manejo de recursos, protelando o efetivo começo da sanção penal.

Corroborando o entendimento dos que impõem a sentença criminal transitada em julgado, havia a concordância das turmas neste requisito no que tange às penas restritivas de direito, surgindo a divergência apenas quanto à prisão⁷³.

Outro ponto defendido nesta seara foi a não recepção do artigo 637.º do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988, alegando-se tratar de matéria pré-constitucional.

Questiona-se neste âmbito se, existindo no Direito Brasileiro, as prisões provisórias e definitivas, aquelas como forma de cautela e estas como reflexo da punição criminal, em qual meio se encaixa o cerceamento da liberdade em comento, já que não se trata de uma cautelar e nem de pena propriamente dita, por ainda haver pendência de esgotamento do campo recursal.

De fato, a Suprema Corte tendia a unificar seu entendimento acerca do assunto, considerando o trânsito em julgado do feito como requisito para início do cumprimento da

⁷³ Aqui se destaca o posicionamento do Ministro Eros Grau no *Habeas Corpus* n.º 91.232/PE, quando defende a extensão do entendimento adotado para as penas restritivas de direito até as privativas de liberdade.

pena, refutando-se, antes disso, a antecipação dos efeitos da sentença condenatória.

Todavia, contrariando todas as expectativas, em 2003, o STF editou a Súmula 716.^a, possibilitando que os mencionados efeitos fossem antecipados, relativizando, de um lado, o princípio da presunção de inocência, mas prestigiando, de outro, o *favor libertatis*:

“Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Neste sentido, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, em 2009, o Supremo, por maioria, permitiu que um condenado pelo júri popular a pena de prisão recorresse em liberdade.

Mais uma vez, os partidários da tese defenderam a presunção de inocência, enquanto os contrários abraçaram o entendimento da inexistência de efeito suspensivo do recurso⁷⁴, havendo a primeira prevalecido.

Admitiu-se que o prematuro início da sanção se justificava apenas quando presentes os requisitos para a concessão da prisão preventiva.

Diante de um evidente confronto existente entre duas garantias fundamentais previstas por igual na Carta Magna, valendo-se da proporcionalidade, a Corte decidiu elevar a liberdade e os efeitos benéficos de uma decisão em prol do estado de inocência. Porém, com isso, abriu-se o caminho para novas interpretações dos efeitos das sentenças condenatórias, inclusive no que pertine ao início do cumprimento da pena.

E, como já era de se esperar, seguiu-se tal pensamento no Tribunal e, no ano de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292, o STF considerou, por maioria, a possibilidade de execução da pena depois de uma decisão de segundo grau, antes do trânsito em julgado, apesar da presunção de inocência. Não havia condições de se aguardar a inesgotável e, até às vezes, ineficiente via recursal brasileira para que aquela partida fosse dada.

Aqui vale destacar que a doutrina também admite este pensamento⁷⁵.

⁷⁴ Os Ministros Ellen Gracie e Menezes Direito também argumentaram que a Convenção Americana de Direitos Humanos não garante o direito absoluto de liberdade durante o manejo de recursos, que são muitos, devendo haver o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, o que já ocorre em outros países, até mesmo para proteger o condenado e seus familiares. Contudo, foram vencidos.

⁷⁵ “...estando o acusado solto, o juiz deverá, necessariamente, seja na pronúncia, seja na sentença condenatória, declinar as razões pelas quais entende não ser possível ao réu aguardar o julgamento em liberdade”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pg. 467). E segue o autor, “... a tramitação de um recurso e de um recurso extraordinário é inevitavelmente morosa, o que poderia

Ademais, pacificando o entendimento, em 2016, a Suprema Corte em julgamento de ações declaratórias de constitucionalidade n.º 43.º e 44.º, decidiu pela possibilidade do cumprimento da pena criminal, antes do trânsito em julgado do feito, desde que ultrapassado o segundo grau, quando se exaure o exame de fatos e provas, concretizando o duplo grau de jurisdição.

Fundamentou-se, então, que a decisão de segundo grau que confirma a sentença condenatória teria força suficiente para considerar o réu culpado. Isso porque é este o juízo definitivo sobre o contorno factual do caso. Os eventuais recursos de natureza extraordinária aos Tribunais Superiores não poderiam modificar este contorno, pois têm efeito devolutivo restrito à matéria de direito.

Para tanto, asseverou-se que o artigo 283.º do Código de Processo Penal não impede o começo da execução penal, devendo-se ponderar a presunção de inocência com a efetividade do sistema penal, protetor de vidas e patrimônios.

A dignidade dos condenados, à diferença daquela de mero acusados, deveria ser calibrada pelo anseio de Justiça depositado nos instrumentos penais.

Segundo o voto do Ministro Teori Zavascki, relator do julgamento do *habeas corpus* que marcou a mudança de orientação da Corte, a presunção da não culpabilidade pode se modificar à medida que os elementos do processo confirmam de forma cada vez mais definitiva o juízo de condenação, sendo, assim, justificável, na mesma proporção, um tratamento mais gravoso deferido ao investigado/denunciado.

Era certo, para o Ministro, que, até prolatada a sentença condenatória de primeiro grau, deve ser garantido o tratamento do acusado como inocente. Na hipótese de superveniência de sentença condenatória, porém, já existiria um certo juízo de culpabilidade que abrandaria aquela presunção, ainda que viável o grau recursal. Nesse sentido, enuncia:

“Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação – a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação – embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à

produzir um estado de alerta contra a impunidade, se fosse necessário, sempre que se aguardasse o desfecho da via extraordinária para a realização da prisão”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pg. 773).

revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior”.⁷⁶

A inocência seria por absoluto presumida até a condenação de primeiro grau, sendo relativizada, em seguida, posto que já haveria uma convicção do resultado final condenatório.

Ainda no sentido de exemplificar o entendimento de ser possível a mitigação progressiva da presunção de inocência, o citado Magistrado se utiliza de premissas invocadas pelo seu colega Ministro Gilmar Mendes:

“Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável. (...)

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável”.⁷⁷

Nesse cenário, o acórdão penal condenatório em apelação já seria suficiente para

⁷⁶ HC 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, acórdão disponibilizado no DJE de 16.05.2016, Ata n. 71/2016. O acórdão encontra-se assim ementado: “*CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, art. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas Corpus denegado*”.

⁷⁷ HC 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, acórdão disponibilizado no DJE de 16.05.2016, Ata n. 71/2016. O acórdão encontra-se assim ementado: “*CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, art. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas Corpus denegado*”.

ensejar o início do cumprimento da pena, sem transgredir o núcleo essencial do princípio constitucional de presunção de inocência.

Esse pensamento foi mantido pelo STF ao apreciar o Recurso Extraordinário 964246, porém, com um placar de 6 a 5, mais apertado que o anterior de 7 a 4, o que se revela em um risco para a sustentação do posicionamento, já que novas interpretações surgem a todo tempo, inclusive considerando que uma má aplicação do decisório referido, com a concretização do cárcere após o julgamento em segunda instância de forma **obrigatória**, diferente da interpretação adequada do acórdão que, na verdade, permitiria a **possibilidade** de prisão após o *decisum* colegiado.

Porém, em qualquer dos enfoques a ser dado ao tema, notamos uma nítida relativização do princípio da presunção de inocência, mitigando uma garantia fundamental do ser humano, tratando o condenado como traidor e ameaça à sociedade, característica esta inerente à Teoria do Direito Penal do Inimigo⁷⁸.

De fato, não podemos deixar de constatar a influência do Direito Penal do Inimigo e suas particularidades naquele entendimento do STF. Lastreados no anseio social, na maculação do réu como “*inimigo*”, “*coisa*”, os julgadores autorizam o início do cumprimento da pena, inclusive com o começo da produção de seus efeitos condenatórios, sempre em nome da lei e da ordem, até mesmo com a relativização de garantias individuais e fundamentais do ser humano.

E mais, impossível fechar os olhos para o nítido traço de cautela deste tipo de encarceramento, uma vez que a mitigação da presunção de culpabilidade e o pendente esgotamento das vias recursais demonstram que se trata de uma medida com maior intuito de garantir o *jus puniendi* que de iniciar o cumprimento da sanção imposta.

Aqui se trata de uma verdadeira prisão decorrente de sentença recorrível, a qual não mais existe no ordenamento brasileiro, cabendo um novo possível instituto semelhante, face o novo tratamento legal dado à matéria, enquanto mecanismo cautelar, banir vertentes automáticas e autoritárias, fundadas tão somente em parte da análise dos órgãos de jurisdição, sendo imprescindível uma aplicação lastreada na proporcionalidade, necessidade e adequação.

Feitas estas considerações, podemos concluir que, no Direito Criminal Brasileiro,

⁷⁸ Em 2017, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 118770/SP (vide decisão em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>), o Ministro do STF Luís Roberto Barroso estendeu esse entendimento ao Tribunal do Júri e considerou que o veredicto dos jurados é soberano, cuja decisão seria inatacável via grau recursal, haja vista o artigo 5.º, XXXVIII, “c”, da CF/88, com valoração, mediante critério de proporcionalidade, superior à presunção de não-culpabilidade.

apenas três modalidades de encarceramento provisório subsistem, quais sejam, a prisão em flagrante, a temporária e a preventiva.

O aprisionamento temporário trata de uma medida cautelar que atenta contra a liberdade do cidadão, mas é caracterizada por ter um período de duração determinado, deferido para certas situações, em apuração de crimes considerados graves, e tendente a garantir, em hipóteses restritivas fixadas na lei, a instrução criminal.

Apesar de ter a sua constitucionalidade questionada em solo brasileiro, sob a alegação se revelar uma detenção para averiguação, não recepcionada pelo texto constitucional de 1988, a prisão temporária visa, sob o pretexto de reduzir a criminalidade, minimizar os abusos das forças policiais, garantindo-lhes um novo mecanismo de investigação.

De fato, o citado encarceramento temporário, cabível desde a fase pré-processual, tem uma utilidade enorme durante o período inquisitivo, em meio ao Inquérito Policial, uma vez que se trata de um instrumento ágil e eficaz de obtenção de provas fundado na captura do suspeito, podendo ser ela, ao final do lapso temporal fixado, prorrogada, convertida em preventiva ou, se frustradas as expectativas, encerrada, pondo-se em liberdade o detido.

Pois bem, após vários anos de discussão, a prisão temporária, no Brasil, foi regulamentada em 1989, pela Lei n.º 7.960, tendo o seu artigo 1.º, de logo, estipulado as suas hipóteses de cabimento⁷⁹.

Assim, em uma rápida análise, percebemos que caberá a detenção temporária sempre que for ela imprescindível para a investigação criminal, quando o suspeito não tiver identidade certa ou residência fixa e quando houver fundadas suspeitas de sua participação em crimes por taxativos relacionados na norma, sendo estes os seus requisitos.

Quanto aos delitos referidos pelo texto legal, podemos notar, após leitura do artigo 1.º, que são infrações que se mostram de gravidade acentuada, muitas delas praticadas com violência, tais como, homicídio doloso, sequestro, cárcere privado, roubo, extorsão, estupro, e outras que atacam a paz social de forma avassaladora, como o tráfico de drogas.

Este rol, em que pesem opiniões contrárias, é taxativo, na medida em que dispõe acerca de restrição de liberdade, sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁸⁰.

No artigo 2.º, a norma dá ao magistrado o poder de decidir sobre a ida ou não do

⁷⁹ Vide artigo 1.º da Lei n.º 7.960, de 1989.

⁸⁰ STJ – *Habeas Corpus* 35.557/PR 2004/0068836-2. T-5 – Quinta Turma, Relator: Ministro Félix Fischer, Data de Julgamento: 17/08/2004. Data da Publicação: 20/09/2004, pg.318.

indivíduo ao cárcere, cabendo-lhe fazê-lo em 24 horas, conforme o parágrafo segundo. Porém, o dispositivo retira-lhe a iniciativa da manifestação, uma vez que apenas poderá se posicionar após a provocação da Autoridade Policial ou do Ministério Público⁸¹.

Todo o procedimento relativo à prisão, desde a confecção da ordem (em duas vias, sendo uma destinada ao preso, para fins de Nota de Culpa, cientificando-lhe da imputação, das identidades das autoridades envolvidas, do representante, do tempo de privação, etc.), passando pelos direitos do detido, até a sua soltura, encontra-se previsto no referido dispositivo, o qual, em sua cabeça, por textual traz a regra geral de um lapso de 5 dias de duração de encarceramento, prorrogável por igual período. Após isso, deve ser ele ser solto.

Porém, outros prazos se acham fixados em leis diversas, sempre prorrogáveis por mesmo tempo, tais como o de 30 dias dos crimes hediondos, aí incluído o tráfico de drogas, previstos na Lei n.º 8.072/1990.

Como podemos perceber, a prisão temporária tem uma evidente natureza investigativa, devendo ser apreciada a sua conversão em preventiva quer após pleito para tanto quer depois do início do processo criminal.

Um ponto que cabe destaque neste momento, é a necessidade de cumulação ou não dos incisos do artigo 1.º para a decretação da prisão temporária. Em que pese divergência doutrinária a este respeito⁸², autores como Fernando Capez⁸³, Antônio Magalhães Gomes Filho⁸⁴ e Jayme Walmer de Freitas⁸⁵ entendem que, havendo concomitância dos incisos I ou II com o III do citado preceito, está o magistrado autorizado a decretar o encarceramento provisório, posto que o perigo da demora (incisos I e II) e a fumaça do bom direito (inciso III) se acham presentes.

Dessa forma, quando imprescindível para a investigação criminal, ou seja, quando

⁸¹ Aqui encontramos um ponto para uma crítica na aplicabilidade da norma em questão, uma vez que, não raras as vezes, o juiz decreta a prisão temporária do investigado por um certo tempo, após uma representação diversa, qual seja, de medida cautelar preventiva, isto é, sem prazo determinado. Trata-se de uma aplicação inadequada da lei, uma vez que a iniciativa do pleito pela Polícia ou pelo *Parquet* são essenciais, não sendo possível a utilização do entendimento da fungibilidade, sob pena de se macular a real função do mecanismo cautelatório.

⁸² Eugênio Pacelli considera que o inciso II é redundante e, com isso, bastam as presenças do I e III para que o juiz decrete a prisão temporária do indivíduo. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pgs. 463 e 464).

⁸³ CAPEZ, Fernando – **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pg. 380.

⁸⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães – **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pg. 230.

⁸⁵ FREITAS, Jayme Walmer de – **Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004, pg. 102.

o fato delitivo ainda carecer de melhores elucidações de um procedimento já instaurado, cabe a prisão temporária.

Do mesmo modo ocorre com a ausência de identidade ou a residência incerta. Tal requisito encontra resistência na doutrina, uma vez que esta hipótese, considerada redundante por Pacelli⁸⁶, já estaria abrangida dentro da necessidade de maior clareamento do evento delitígeno e de sua autoria. Além disso, vemos que tal preceito abre caminho para abusos, uma vez que endereço fixo não é uma realidade para muitos em nosso país, bem como a plena identificação do cidadão e até mesmo o porte do correlato documento não são condutas por cultural comuns.

Além disso, se o interesse da norma foi garantir a execução penal, estaríamos confundindo a prisão temporária com a preventiva, como veremos adiante.

Por fim, quando a lei fala em fundadas razões, traz a idéia de motivos veementes, significantes para o decurso investigativo.

E mais, ao elencar crimes de patente gravidade, o legislador que demonstrar a imperatividade da medida, a sua importância para a paz social e, por conseguinte, para a prevenção e a repressão à criminalidade, mas de maneira conjunta com o fim processual, com o seu resultado.

Na medida em que se mostra essencial a junção deste inciso com outro, fica evidente que o percurso do feito, a sua instrução e a concretização do cumprimento da sanção são o seu maior objetivo.

Assim, a provisoriedade, a instrumentalidade e a cautelaridade da medida estão demonstradas, havendo, portanto, um tempo de execução, um procedimento principal vinculado e a imperatividade de se observar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No mais, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade do mecanismo devem ser alvo da atenção do julgador, sob pena de perder a sua real natureza e de servir como um mero instrumento de atendimento a diligências, como, por exemplo, uma condução coercitiva⁸⁷.

Outra modalidade de cerceamento da liberdade, de forma provisória, prevista no Direito Brasileiro é a prisão em flagrante. Trata-se da detenção daquele que foi achado em

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pgs. 463 e 464.

⁸⁷ Ainda mais após o Supremo Tribunal Federal declarar a impossibilidade da condição coercitiva do interrogado, nas ADPF 395.^o e 444.^o. Vide STF – ADPF 395.^o, Relator: Ministro Gilmar Mendes, em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4962368>, e STF – ADPF 444.^o, Relator: Ministro Gilmar Mendes, <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149497>.

uma situação de imediatividade em face da prática delitiva, encontrando-se prevista nos artigos 301.º e seguintes do Código de Processo Penal.

O termo flagrante traduz a idéia de uma situação que está às claras, evidente, e assim o legislador definiu esta medida de patente natureza processual e cautelatória, a fim de retirar do meio social aquele que está cometendo o crime ou que acabou de fazê-lo.

Em razão de sua natureza urgente, o próprio ordenamento não apenas dispensou a necessidade de prévia autorização judicial, como também delegou a qualquer pessoa a capacidade de atuar, prendendo aquele que esteja em real e concreta afronta aos ditames legais, cometendo tipos criminais⁸⁸.

Pelas características do encarceramento em foco, um instrumento tendente a preservar a comunidade, retirando do seio social, de maneira imediata, aquele que está praticando um ilícito, fica demonstrada às claras a presença dos requisitos dos mecanismos cautelares, isto é, a fumaça do bom direito, externada na situação de evidência posta, bem como o perigo da demora, traduzido na possibilidade de fuga do criminoso, na salvaguarda do conjunto probatório da persecução policial ou até mesmo da instrução processual.

Em amplitude doutrinária e com a análise do artigo 302.º, da Lei Adjetiva Criminal, o flagrante vem a se dividir em **próprio**, quando o indivíduo é encontrado cometendo a infração ou quando acabou de praticá-la, **impróprio**, sempre que é perseguido logo após a ação delitiva, e **presumido**, ao ser encontrado com instrumentos, provas, produto do crime, bem depois de ter feito a atitude considerada como ilícita.

Melhor explicando, quando alguém é encontrado cometendo o tipo penal, esfaqueando alguém, por exemplo, ou acabando de praticá-lo, sendo achado logo após desferir os disparos de arma de fogo contra a vítima, acha-se em flagrante.

Não obstante, se a pessoa for perseguida depois de infringir a norma penal, em sendo capturada, também deverá ser autuada, haja vista que a continuidade da ação, aliada às ininterruptas diligências, dão a certeza da sua responsabilidade.

E, ao final, se o indivíduo for encontrado, logo após o crime, com objetos, bens, instrumentos que demonstrem a sua participação naquele ato, tais como, pertences subtraídos da vítima, a faca usada para matar, esta presunção autoriza o seu encarceramento provisório.

Notemos aqui a ideia de imediatividade aposta na norma, a chamada **situação de flagrância**, deixando evidente que a permissão para se restringir a liberdade de alguém, sem anterior pronunciamento do juiz, deve ser chancelada pela clara comprovação da

⁸⁸ Vide artigo 301.º do CPP.

materialidade e da autoria criminais⁸⁹.

Nos artigos 304.º e seguintes, o *Codex* veio a regulamentar o procedimento de autuação em flagrante, ou seja, como devem proceder os agentes públicos para formalizar o encarceramento, a atuação na análise do caso, bem como indicam os direitos inerentes ao detido.

Assim, toda vez que a pessoa for encontrada em situação de flagrância, deve ser detida e apresentada à Polícia Judiciária, órgão do sistema de segurança pública destinado a apurar as infrações penais, no trato investigativo e repressivo, levando ao Ministério Público e ao Poder Judiciário os elementos de convicção obtidos, proporcionando-lhes a atuação processual.

Neste sentido, ao receber o preso, a Autoridade Policial deve seguir os ditames normativos previstos no CPP, em total sintonia com a Carta Magna, garantindo ao preso direitos fundamentais como o silêncio, a incolumidade física, mental, a assistência jurídica, a comunicação à família, dentre outros, sob pena de nulidade do ato e posterior relaxamento da prisão.

Dessa forma, o Delegado de Polícia, a quem cabe presidir o feito, após entrevistar os envolvidos e os condutores e, ao analisar os elementos de convicção a ele apresentados, estando convicto da situação de flagrância, da materialidade e da autoria delitivas, de logo, deve colher a oitiva dos responsáveis pela prisão (em número mínimo de dois)⁹⁰ e, se possível, das demais pessoas que tenham algo a informar sobre o ocorrido, testemunhas ou não, compromissadas ou não.

Com isso, assegura-se uma comprovação mínima da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, naquele instante inicial de apuração, registrando-se as condições básicas para se atestar a materialidade e autoria do evento delitígeno.

Após a colheita destas informações, a Autoridade Policial passa ao interrogatório do conduzido e à determinação das informações sobre a sua vida pregressa, obtendo dados sobre o seu *habitat* pessoal, social e criminal, bem como esclarecendo de imediato os seus

⁸⁹ Inclusive, segundo o artigo 303.º do CPP, em caso de a infração ser permanente, cometida ao longo do tempo, enquanto durar esta situação, o agente se acha em estado de flagrância, cabendo a sua detenção.

⁹⁰ O § 2.º do artigo 304.º prevê que, em não havendo condutores a serem ouvidos, devem ser colhidas as palavras daqueles que tenham presenciado a apresentação do preso à autoridade policial. São as chamadas testemunhas de apresentação. Na prática, porém, quando policiais militares comparecerem a uma unidade, conduzindo alguém, na maioria dos casos, tratam-se de testemunhas de apresentação, uma vez que costumemente agem após solicitação da vítima ou de terceiros, pouco tendo presenciado da dinâmica criminal.

direitos, a imputação que lhe é feita, deixando clara, inclusive, a possibilidade que lhe é facultada de permanecer calado, não produzindo prova contra si e nem delineando detalhes do acontecido a quem tem o dever de investigar o que se passou. Tudo deve ser assinado pelas partes, pelo presidente do auto e pelo escrivão ou servidor compromissado que o confeccionou⁹¹.

Em seguida, no prazo de 24 horas, será lavrada a chamada Nota de Culpa e de Ciência das Garantias Constitucionais, na qual se formalizam as informações prestadas ao flagranteado, como acima foi dito, sobre a imputação criminal que lhe é feita, os autores de sua prisão e autuação, os seus direitos fundamentais assegurados, dentre outros.

No mesmo período, deve ser o feito levado ao conhecimento do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, a fim de avaliarem a sua legalidade e a viabilidade da permanência ou não do detido no cárcere.

Conforme o artigo 310.º do CPP, o magistrado poderá relaxar a prisão, quando a considerar ilegal ou homologá-la, em sendo legítima. Nesta última hipótese, o juiz ainda terá que decidir se mantém a privação da liberdade ou se solta o autuado, podendo-lhe aplicar a fiança⁹² ou então medidas cautelares, tais como a detenção domiciliar⁹³, a preventiva⁹⁴ ou outros mecanismos paliativos preceituados nos artigos 319.º, do mesmo estatuto.

E, assim, tal como as demais modalidades de prisão antes vistas, ao se deparar com o auto de prisão em flagrante, o magistrado deverá analisar a presença da cautelaridade ou não daquele encarceramento, isto é, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade, diante dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Hoje, no Brasil, foram implementadas as chamadas audiências de custódia que

⁹¹ Aqui vale frisar que o § 3.º do artigo 304.º prevê que, em não querendo ou em não podendo assinar o seu interrogatório e demais peças, duas testemunhas instrumentárias deverão atestar a situação.

⁹² A fiança, apesar de ser um instrumento originariamente destinado à garantia pelo acusado das despesas processuais, multas, indenização dos danos causados à vítima, na prática, acabava por se tornar um fator de limitação da liberdade, na medida em que o valor a ser recolhido se tornava, muitas vezes, o óbice à liberdade. Além disso, em muitas hipóteses previstas na lei penal brasileira, como, por exemplo, no delito de furto qualificado, cujas penas máximas excedem a discricionariedade da Polícia Judiciária, caberia ao magistrado deliberar sobre a sua concessão (artigo 322.º, parágrafo único, do CPP). Contudo, agora, com a nova redação do artigo 319.º do CPP, a fiança passa a ser uma medida cautelar diversa da prisão, cabendo ao juiz, não apenas analisá-la, quando da apreciação do auto de prisão em flagrante, fazendo ponderações a seu respeito, mitigando-a, se necessário, mas sim avaliando a possibilidade de substituir o cárcere pela mesma.

⁹³ Vide artigos 317.º e 318.º do CPP.

⁹⁴ Se presentes os requisitos para tanto (artigo 312.º do CPP).

nada mais são do que a apresentação daquele que foi preso e autuado em flagrante delito ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e ao Defensor Público, por simultâneo, em uma oitiva única, em um só momento, quando é colhida a sua versão, são analisadas as vertentes legais dos procedimento, apresentados requerimentos, representações e demais peças processuais pelos entes envolvidos e, ao final, o magistrado avalia a permanência ou não do detido no cárcere, mediante condições ou instrumentos cautelatórios.

Aqui cabe destacar que, assim como a prisão decorrente de pronúncia, o encarceramento em flagrante se expira com a sua apreciação pelo Poder Judiciário, a fim de seguir o rito processual, transformando-o em outra medida cautelar, que pode ser até uma prisão (preventiva ou domiciliar), havendo, porém, a opção de outros mecanismos menos gravosos previstos no mencionado artigo 319.º, tais como a tornozeleira eletrônica, o comparecimento a Juízo, a limitação de comportamentos e a própria fiança.

Por fim, tema principal deste trabalho, a prisão preventiva é a forma de privação provisória de liberdade mais agressiva do Direito Brasileiro, uma vez que retira do meio social, por tempo indeterminado, a critério de uma avaliação subjetiva do magistrado, aquele que foi considerado autor de um delito, porém, mediante com uma mera comprovação indiciária.

De fato, os pressupostos da medida em questão são a prova da materialidade do crime, ou seja, a certeza da existência delitiva, que por concreto ocorreu um fato típico, antijurídico e culpável, e indícios suficientes de autoria. Trata-se de uma expressão do *fumus boni iuris*, tornando a grave consequência daquela prática delitiva por estrito vinculada a uma indubitável convicção de ter acontecido algo relevante no campo penal.

Porém, o mesmo não se dá com a autoria. Aqui a Lei Processual apenas exige indícios de que aquele indivíduo que tem a sua prisão representada ou decretada de ofício pelo juiz, seja responsável pela infração.

Conforme ensinamentos de Mirabete, nesta vertente, não são exigidos elementos concludentes ou unívocos, que gerem a certeza, contentando-se o ordenamento com informações menos robustas que nem precisam gerar prova de autoria⁹⁵.

Ademais, concomitantes com tais pressupostos, alguns requisitos são imprescindíveis para a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312.º do CPP. A princípio, a norma prevê a imperatividade de se garantir a ordem pública e econômica, que estaria ameaçada com a ação cometida por aquele indivíduo, tornando intranquila a vida

⁹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini – **Processo Penal**. 4.ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, pg. 381.

social, de uma família, ou até mesmo de uma única pessoa (como, por exemplo, uma testemunha ou a vítima).

Em alternativa, o Código procura resguardar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, encarcerando aquele que as ameaçar, colocando em cheque o resultado do *jus puniendi*.

Estes requisitos, tradução do *periculum in mora*, junto com os pressupostos citados, revelam a cautelaridade da prisão preventiva, tal como veremos em mais detalhe em capítulo específico desta obra.

Entretanto de logo aqui podemos observar que a prisão preventiva possui em suas entranhas uma nítida influência da Teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que, mediante critérios superficiais, pouco objetivos, tal como a prova indiciária de autoria, permite o cerceamento da liberdade daquele que foi considerado suspeito de uma ato ilícito, deixando à sensibilidade do juiz, frente a repercussão criminal, a possibilidade de extirpar uma garantia constitucional, inclusive sem um prazo certo de duração.

Não obstante, a escalada da violência e a crescente judicialização dos conflitos passou a tornar regra a exceção. A prisão preventiva, em seu âmago, destinada a situações excepcionais, cautelares, virou uma forma usual de conter a criminalidade, sendo por abusivo decretada como mecanismo de resposta à sociedade para o avanço da delinquência.

Isso gerou um desnecessário aumento da massa carcerária, que atingiu índices constantes, crescentes e alarmantes, acarretando em custos para o Estado, desrespeito aos direitos fundamentais dos internos, ineficiência completa da ressocialização.

Além disso, a banalização dos encarceramentos provisórios não conseguiu por concreto conter a violência, obrigando o legislador a aprimorar o sistema repressivo processual penal brasileiro, enfocando a efetividade da justiça criminal em consonância com a complexidade do ambiente social, de sua permanente mutação.

Dessa forma, tal como se deu na atualização processual civil, foram introduzidos no CPP modernos mecanismos de tutela penal, paralelos e alternativos à prisão, garantindo a imprescindível atenção à vítima, mas agora com o olhar mais humano e ressocializador também para o noticiado.

Assim, apesar de críticas variadas, dentre elas, o de fortalecimento da criminalidade, foram inseridos no diploma instrumentos menos ofensivos do que a cela, fundados em critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade das medidas cautelares.

Adaptados à gravidade do crime, à sua repercussão social e à proporção para o mal causado, estes mecanismos, tais como a prisão domiciliar, de nítida natureza cautelar,

vêm atualizar o sistema processual penal brasileiro, revigorando-o e tornando-o mais capaz de enfrentar o crime sem tamanha afronta aos direitos fundamentais do ser humano.

3.3.2- A PRISÃO DOMICILIAR

De origem, a prisão domiciliar consistia, tal como previsto na Lei de Execuções Penais, em uma forma de satisfação de pena em regime aberto, na qual o condenado, atendidas algumas situações especificadas naquela norma⁹⁶, em virtude de não ser capaz de cumprir a sua sentença no cárcere, passava a cumpri-la na própria residência, por atender a requisitos legais ou pela inexistência de estabelecimento prisional adequado para tanto.

Em se falando de uma maneira de cumprimento de sanção, trata-se de um mecanismo humanizado⁹⁷, colocado à disposição do apenado para que ele possa efetivar a sua reprimenda, de forma menos sofrível.

Porém, embora seja um método para o cumprimento de pena em regime aberto, difere da geral casa do albergado, tal como idealizada na LEP, uma vez que, em se achando neste órgão prisional, o interno pode trabalhar durante o dia, recolhendo-se pela noite.

Já na prisão domiciliar, introduzida no Brasil pela Lei n.º 5.256, de 1967⁹⁸, ampliada em seu cabimento pela Lei n.º 6.416/1977⁹⁹, e firmada como especificidade do regime aberto na Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), o cidadão lá deve permanecer recolhido, só podendo sair mediante ordem judicial.

Não obstante, a concessão do direito ao cumprimento da sentença em casa não é automática. A Lei n.º 7.210, de 1984, em seu artigo 117.º, prevê condições específicas para que o sentenciado tenha direito a tal benefício. São critérios lastreados na idade, em enfermidades ou situações particulares, como filho menor ou gravidez, podendo ser revogado o direito, se o detento descumprir as hipóteses estatuídas no artigo 118.º, voltando a cometer

⁹⁶ Vide artigo 117.º da Lei n.º 7.210/1984.

⁹⁷ Lembremos que a prisão não tem mais a antiga característica de vingança, sendo uma medida de ressocialização do infrator.

⁹⁸ Nesta lei, a prisão domiciliar se justificava pela falta de casa do albergado ou estabelecimento similar na localidade.

⁹⁹ Surge a prisão-albergue domiciliar, como forma de pacificar posicionamentos judiciais que às vezes concediam o cumprimento da pena no lar e, em outros momentos, preferiam superlotar as cadeias, enquanto o Estado não providenciava a casa do albergado. No entanto, a falta de fiscalização gerava a impunidade e revelava a necessidade de rigoroso controle, sob pena de perda do benefício. Isso se deu na Lei n.º 7.210/1984.

crimes, desrespeitando regras ou não pagando multa a ele estabelecida.

Outrossim, apesar da inexistência de previsão legal para tanto, a progressão para o regime aberto e a consequente abrangência do direito ao cumprimento domiciliar da pena passaram a ser adotadas pela Justiça Brasileira sempre que se comprovasse a ineficiência do poder público em assegurar os regimes fechado, semiaberto e até o aberto, por falta de estrutura, como, por exemplo, face a ausência de casas de albergado em determinadas localidades, carência de unidades capacitadas para abrigarem presos com doenças não tidas como graves, dentre outras situações.

Diante da imperatividade de se preservar os direitos fundamentais do condenado, estava claro que as suas características e peculiaridades pessoais, enfim, a sua dignidade, deveriam fundamentar, e assim passaram a entender os Tribunais¹⁰⁰, que ele não poderia cumprir sua sanção em um regime mais gravoso, em razão da negligência e da impotência estatais.

Porém, ainda assim, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2014, o Brasil já contava com cerca de 700 mil presos e tão somente aproximados 140 mil em regime aberto, na modalidade domiciliar, persistindo um deficit carcerário de 300 mil vagas. Apenas tornar a pena mais humana, compatível com a dignidade do sentenciado, não era suficiente, mostrando-se importante estender tal modalidade de prisão para outras hipóteses não abrangidas no aludido artigo 117.º da LEP.

Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, na intenção principal de reduzir a massa carcerária, de diminuir os custos do sistema prisional, mas também com o objetivo de assegurar o resultado do processo-crime, foi introduzida no Código de Processo Penal a prisão domiciliar cautelar, isto é, como forma alternativa ao encarceramento preventivo.

No artigo 318.º do CPP, o legislador previu que o magistrado poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar em algumas situações, muitas delas já atacadas pelo artigo 117.º da Lei de Execuções Penais.

No dispositivo, a idade, a enfermidade, a gestação, a menoridade da prole foram mantidas como requisitos para a substituição, apesar de alterados os parâmetros.

Todavia, os pressupostos e requisitos essenciais para a prisão preventiva, analisados em brevidade no item anterior e que serão alvo de tópico específico desta obra,

¹⁰⁰ Súmula Vinculante n.º 56.º, do Supremo Tribunal Federal: “*A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS*”.

também devem estar presentes para a concessão do benefício.

É imperioso ressaltar que a prisão domiciliar preceituada no artigo 318.º do *Códex* tem natureza cautelatória, isto é, instrumental, provisória, não podendo se confundir com aquela decorrente do regime aberto de cumprimento de pena, consequência de uma sentença criminal, de nítida característica ressocializadora, conforme preconiza a Lei de Execução Penal.

Neste momento, vale salientar que a regra do já mencionado parágrafo 1.º do artigo 283.º, do Código de Processo Penal, também encontra enquadramento nesta hipótese e, sendo extensivo a todas as medidas cautelares penais, impede a privação de liberdade quando não for possível o recolhimento ao cárcere como forma de condenação.

Com isso, nas situações em que inexistam fundamentos para o cumprimento da pena em regime de privação de liberdade, o encarceramento preventivo e, por consequência, o domiciliar não encontrarão amparo legal.

Outro aspecto importante a consideramos, nesta ocasião, introduzido no CPP pela Lei n.º 13.257/2016, é a possibilidade de substituição da prisão preventiva pelo regime domiciliar, em se tratando de detida grávida ou com filho menor de 12 anos¹⁰¹.

Trata-se de um avanço significativo na aplicabilidade dos preceitos fundamentais da Carta de 1988, que já previa diversos direitos essenciais à dignidade da mulher, todavia, quando de uma prisão, o sexo feminino, que já ficava à mercê da insalubridade, da precariedade de estrutura física e humana para o atendimento de suas necessidades vitais básicas, tinha a sua situação agravada se em estado de gestação ou com filho menor de idade, dependente de seus cuidados.

Neste contexto, buscando resguardar não apenas a detida, mas a sua família, já enfraquecida com o cárcere¹⁰², o legislador estendeu as hipóteses legais de prisão domiciliar à gestante, independente do tempo de gravidez e do seu grau de risco, e à mãe de criança de até 12 anos, procurando-se evitar, assim, que os efeitos da privação de liberdade atinjam por indireta via a prole daquela detenta.

Por fim, em se considerando que estamos diante de um benefício, resta uma questão: Se o preso atender às exigências legais para a substituição de sua prisão preventiva para o regime domiciliar, o julgador está adstrito a este preceito ou deve analisar o caso

¹⁰¹ Vide artigo 318.º, IV e V, do CPP.

¹⁰² Neste sentido, ROCHA, João Luís Moraes (Coordenador) – **Entre a Reclusão e a Liberdade**. volume I. Coimbra: Almedina, 2005, pg. 116.

concreto e apreciar o seu deferimento ou não?

Como já é do amplo conhecimento do mundo jurídico, quando o legislador usa a expressão “*poderá*”, trata-se, na verdade, de um “*poder-dever*”, uma discricionariedade regrada, vinculada, cabendo-lhe aplicar o direito subjetivo contido naquele preceito, quando o beneficiário atender às condições ali impostas pela norma.

No caso em epígrafe, não poderia ser diferente e, em se tratando de uma garantia fundamental da mulher, não há qualquer razão para que o magistrado não conceda tal substituição, em estando presentes as suas hipóteses de cabimento, isto é, gravidez ou prole de até 12 anos.

E assim, argumentos contrários, evidenciando, por exemplo, a necessidade de uma investigação social da vida da presa e de sua família, a fim de constatar se ela é de fato a responsável pela criança, ou até mesmo análises sobre o risco da gravidez¹⁰³, não encontraram amparo legal para impedir a concessão do benefício, sob pena de estarmos aplicando a Teoria Penal do Inimigo, de forma isolada, tratando a mulher como “*coisa*”, mantendo-a nas grades sem atentar para a imprescindível humanização da medida, que deve, repito, ser adequada, necessária e proporcional.

E justo nesta direção, há pouco, em dezembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal assim entendeu, quando o Ministro Gilmar Mendes aplicou a substituição, considerando que a alteração legislativa em foco se trata de uma alternativa viável ao cárcere que acautela o processo, mas não agride em excesso quem lhe é submetido¹⁰⁴.

Com isso, percebemos uma significativa evolução normativa e jurisprudencial, neste campo, no Brasil, uma vez que se pacifica o entendimento de que, em preenchendo os requisitos legais para o benefício, este deve ser concedido pelo magistrado não apenas às presas, mas também aos detentos do sexo masculino, atendendo, dessa forma, ao fim para o qual aquele texto foi criado, ou seja, salvaguardar a dignidade do que infringiu a lei, que deve ser responsabilizado por seus atos, mas que, por outro lado, possui o direito de ter as suas garantias fundamentais respeitadas.

E, para demonstrar às claras esse constante aprimoramento jurídico em solo brasileiro, no dia 19 de dezembro de 2018, enquanto este trabalho estava sendo elaborado, foi sancionada a Lei n.º 13.769, que altera o artigo 318.º do Código de Processo Penal, incluindo-

¹⁰³ Vide *Habeas Corpus* n.º 70069545499, 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 08/06/2016, Data da Publicação no DJe: 13/06/2016.

¹⁰⁴ Vide decisão no *Habeas Corpus* n.º 151.057, do Supremo Tribunal Federal, de 18/12/2017, Relator Ministro Gilmar Mendes, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/hc-adriana-ancelmo.pdf>.

lhes os itens A e B¹⁰⁵.

Pelo primeiro dispositivo, a prisão preventiva será convertida em regime domiciliar, quando a mulher for gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência¹⁰⁶.

Aqui destacamos que a previsão impõe a substituição, através da utilização do termo “*será*”, consagrando aquele pensamento de que o direito deve ser concedido, estando presentes os requisitos legais para tanto, os quais, por sua vez, acham-se estabelecidos nos incisos I, isto é, não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, e II, ou seja, não ter praticado infração contra filho ou dependente.

E mais, pela cabeça do artigo 318-A.º, a gestação em tela independe de tempo ou de fatores de risco, a maternidade não precisa ser por necessário sanguínea, a idade da criança, antes considerada quando se falava em 12 anos, agora não é levada em conta e a deficiência ali referida pode ser de qualquer espécie, haja vista que o intuito do legislador foi suprir a hipossuficiência daqueles seres humanos que ou estão em formação ou carecem de cuidados permanentes e presenciais de seus responsáveis.

Ademais, no artigo 318-B.º, é feita alusão a uma regra já mencionada no CPP¹⁰⁷, estatuinto-se que a substituição não impede a cumulação com outras medidas cautelares penais.

Outrossim, integrando o ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n.º 13.769/2018 também altera a Lei de Execução Penal, no que tange à prisão domiciliar, criando um parágrafo 3.º para o artigo 112.º, específico para as hipóteses em comento (quando a mulher for gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência), condicionando o benefício da progressão para o regime domiciliar aos já citados requisitos (não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e não ter praticado infração contra filho ou dependente).

E ainda, no artigo 3.º, é criada a obrigação de se monitorar e se acompanhar a execução da sentença criminal da mulher, avaliando-se a real necessidade de mantê-la ou não no cárcere, sempre visando a sua reinserção social.

Porém, em se tratando de condenada, a lei avançou nas exigências ao criar um lapso temporal para a permissão da reclusão domiciliar (cumprimento de 1/8 da pena no

¹⁰⁵ Vide artigos 318-A.º e 318-B.º, ambos do CPP.

¹⁰⁶ Vide artigo 318-A.º do CPP.

¹⁰⁷ Vide artigo 282.º, § 1.º, do CPP.

regime anterior)¹⁰⁸, requerer primariedade e um bom comportamento no sistema carcerário e retirar daquele leque de beneficiárias as mulheres que integrem organizações criminosas.

Diante disso, é evidente a constante mutação do sistema normativo brasileiro no que tange, em especial, à finalidade do instituto da prisão, sempre na direção de integrar as noções de prevenção e repressão, analisando-se o perfil criminal do infrator e do condenado em conjunto com outros fatores, tais como, a sua condição humana, física e social, a sua conduta em face do processo e o seu comportamento durante o cumprimento dos instrumentos cautelares e, no caso dos condenados, da fiel obediências à punição propriamente dita, mas sempre mirando a reinserção daquele ou daquela que atacou a paz social e violou as leis penais.

3.3.3- A LIBERDADE PROVISÓRIA

Já sabemos que a prisão é um instituto criminal pelo qual é suprimida a liberdade de um indivíduo, recolhendo-o ao cárcere, quer seja em virtude de cumprimento de pena, quer seja como medida cautelar penal.

Pois bem, por outro lado, a liberdade provisória revela-se hoje um mecanismo de contracautela a esse encarceramento, em especial, nas hipóteses de detenção cautelar, servindo como uma alternativa viável à massificação dos presídios, à ressocialização do infrator, ao controle da criminalidade.

Trata-se de um instrumento de natureza penal que, atendendo aos ditames da presunção de inocência, garante que o investigado, acusado ou réu, dependendo da fase em que o *iter* processual se encontre, possa se defender livre, mediante condições a serem cumpridas.

Chama-se provisória, em razão de ficar condicionada a um processo, à existência da demanda criminal.

É uma medida aplicada pelo magistrado e pode ser obrigatória, facultativa ou proibida. Na primeira hipótese, segundo a doutrina brasileira, a liberdade é garantida nas situações previstas na Lei n.º 9.099/1995, ou seja, nos crimes tidos como de menor potencial ofensivo. A mais comum vertente é a facultativa, quando o julgador, atendidos os requisitos legais, analisa a sua aplicabilidade ou não. Já a proibição de concessão da liberdade provisória,

¹⁰⁸ No caso do artigo 4.º da Lei n.º 13.769/2011, o legislador vinculou o benefício da prisão domiciliar, em se tratando de crimes hediondos, ao cumprimento de 2/5 da pena para detentas primárias e 3/5 para as reincidentes.

antes prevista para os crimes hediondos, alguns dispositivos do Estatuto do Desarmamento e a Lei de Drogas, acha-se em decadência no direito brasileiro por carecer, diante da nova legislação processual criminal, de fundamentação constitucional, sendo, na prática, abolida.

A nível de história, o instituto em análise era posto, no Brasil, desde o período colonial, com uma exceção à regra, não sendo considerado um direito do indivíduo, mas sim uma faculdade do poder público, que, mediante cartas de seguro¹⁰⁹ e vinculada a outras garantias, poupava-o do encarceramento.

As cartas de seguro, *a posteriori* convertidas na fiança, são tidas como uma espécie de caução para garantir que o afiançado cumpra os atos processuais e, depois, sirvam como multa, quitação das custas ou elemento de indenização pelo prejuízo sofrido com a prática delitiva.

E assim se dava no Código de Processo Penal de 1941, quando a prisão era a regra¹¹⁰, sendo a liberdade, mediante ou não fiança, admitida apenas em crimes de menor repercussão, quando a possibilidade de aprisionamento após a condenação não era tido como plausível.

Em 1977, com o advento da Lei n.º 6.416, a fiança tornou-se mais abrangente e comum, sendo manuseada por exclusão, isto é, de acordo com o antigo artigo 323.º, era possível a sua aplicação quando as hipóteses de inafiançabilidade estivessem afastadas.

Assim, em geral, tirando-se as pretéritas noções de vadiagem, clamor público, que embaraçavam a caução, os casos abrangidos era aqueles envolvendo crimes de pena mínima não superior a 2 anos, para os cidadãos primários e desde que a prisão preventiva não se mostrasse essencial.

Todavia, na prática, mesmo quando o crime se mostrava inafiançável, o juiz já podia livrar o indivíduo da cela, mediante comparecimento aos atos processuais, nos termos do artigo 350.º da legislação anterior. Isso tornava a fiança sem efeito prático, levando-a ao declínio.

Com a nova redação do tema, dada pela Lei n.º 12.403/2011, a situação foi invertida, vindo a liberdade provisória a passar a ser regra, na medida em que, sempre que a prisão preventiva não encontrar respaldo, o indivíduo deve estar livre.

¹⁰⁹ Que posteriormente se transformaram na atual fiança.

¹¹⁰ Lembremos que, pela Lei n.º 5.349/1967, a prisão preventiva era obrigatória quando presentes os indícios de autoria e provada a materialidade de delito punido com pena de reclusão igual ou superior a 10 anos.

E mais, no novo enfoque legal conferido à detenção cautelar, como *ultima ratio*, a preservação da liberdade deverá ser assegurada mesmo em sendo imperativas medidas cautelatórias penais, desde que possam substituir o cárcere. E, neste momento, a garantia em questão encontra sua maior aplicabilidade, sob a luz do artigo 321.º do Código de Processo Penal.

Com isso, mesmo diante de uma prisão em flagrante delito, ao analisar o feito, o magistrado deve, pelo artigo 310.º do CPP, ou relaxá-la, quando encontra alguma nulidade, ou homologá-la, se todos os requisitos dos artigos 301.º e seguintes do estatuto estiverem presentes.

E é justo nesta última situação que encontramos a maior inovação. Ao conferir legalidade à autuação em flagrante, o julgador deve, pelo citado artigo 310.º, verificar se merece ser aplicada, no caso concreto, alguma medida cautelar e, assim sendo, diante de critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade, converter a prisão em preventiva ou substituí-la por outro mecanismo de salvaguarda elencado no artigo 319.¹¹¹.

Ou seja, melhor explicando, mesmo que uma pessoa seja detida em ato delitífero flagrancial, apenas permanecerá encarcerada se os requisitos da prisão preventiva estiverem presentes. Caso contrário, ela deverá ser solta, com base no artigo 321.º, do CPP¹¹², quer seja ficando adstrita a outra medida cautelar do artigo 319.º ou não.

E aqui notemos que o citado preceito fala em “*deverá*” conceder liberdade provisória, tratando-se, portanto, de um direito subjetivo do indivíduo e cabendo ao magistrado, perante a presença das exigências legais, garanti-la.

Assim, até independente de fiança, quando existente uma excludente de culpabilidade ou de ilicitude, quando a prisão preventiva não encontrar fundamento ou, como veremos adiante, nas hipóteses em que o cidadão deva ter aquela garantia dispensada, pela sua situação econômica, a liberdade provisória deve ser assegurada pelo Judiciário.

¹¹¹ Aqui cabe destacar que, além das hipóteses mencionadas, o magistrado deve atentar para as previsões legais de excludentes de ilicitude previstas no Código Penal Brasileiro, tais como os artigos 23.º, I, II e III, 128.º, I e II, 146.º, § 3.º, I e II, dentre outras, bem como os casos de afastamento da culpabilidade igualmente preceituados naquele diploma, como, por exemplo, erro de proibição (artigo 21.º do CP), coação irresistível, obediência hierárquica, imputabilidade decorrente de embriaguez completa e fortuita (artigos 21.º, 22.º e 28.º, § 1.º, do CP). Em tais oportunidades, o julgador deve garantir a liberdade do indivíduo, cabendo salientar que, conforme o parágrafo único do artigo 310.º, quando aplicado o artigo 23.º do Código Penal, o beneficiado pela liberdade firmará compromisso de comparecer aos atos processuais, sob pena de revogação.

¹¹² Vide artigo 321.º do CPP.

De fato, se o legislador quis dar um novo contexto ao *status libertatis*, ao tornar o cárcere uma exceção, mesmo diante da possibilidade de dispensa de cumprimento de medidas cautelares, já que o artigo 321.º não as torna obrigatórias, o instituto da liberdade provisória se tornou um verdadeiro mecanismo cautelaratório só pelo fato de se mostrar um benefício garantido em troca da cela.

Isso se dá em razão de o artigo 350.º remeter a aplicação para o artigo 282.º § 4.º, do CPP, e estipular que, em caso de descumprimento de qualquer obrigação imposta, seja ela cautelar ou não, aquele benefício será retirado, podendo o magistrado aplicar uma medida cautelar, inclusive, a prisão preventiva.

Assim, percebemos que, por si só, o revolucionário contexto dado à liberdade, inclusive no que tange o livramento provisório, entra em sintonia com uma nova visão de reinserção, de ressocialização, com aplicações concretas da proporcionalidade, adequação e necessidade. Além disso, também se vislumbra a imperatividade da redução da massa carcerária, retirando da cadeia aqueles indivíduos que, durante o curso do processo, não oferecem risco à segurança da coletividade, do normal processamento do feito, enfim, do *jus puniendi*.

Outro fator a ser considerado neste capítulo é a roupagem dada ao instituto da fiança pela nova legislação. Em verdade, alguns conceitos e certas características de tal garantia continuam inalteradas no diploma processual, como, por exemplo, a forma de quitação, que pode ser através de dinheiro, pedras preciosas, títulos ou hipoteca¹¹³, e as obrigações dela decorrentes, dentre as quais, o comparecimento a Juízo, sob pena de ser considerada quebrada.

Ademais, permanecem idênticas as situações de quebramento (descumprimento das condições impostas pelos artigos 327.º e 328.º, do CPP), cassação (quando se perceber que não era cabível, segundo os artigos 338.º e 339.º) ou perdimento (quando o réu for condenado e não se apresentar para cumprir a sanção, conforme o artigo 344.º, do CPP)¹¹⁴.

Porém, a atualização normativa trouxe novos conceitos para o tema, como no que pertine ao valor da fiança, agora delimitado em salários-mínimos, embora, pelo artigo 326.º, a fixação do seu *quantum* tenha permanecido inalterada, isto é, devendo ser observada a

¹¹³ Vide artigo 330.º do CPP.

¹¹⁴ No caso de quebramento, metade do valor da fiança será destinada ao Fundo Penitenciário Nacional. Quando houver perdimento, a quantia vai toda para o FUNPEN e nas situações de cassação, será devolvida ao acusado, conforme artigo 337.º do CPP.

natureza da infração, a capacidade financeira do afiançado e até sua personalidade criminal, além dos custos processuais.

Apesar de ainda continuar a ser possível à Autoridade Policial arbitrá-la, o limite foi modificado, sendo cabível agora para os crimes cuja pena máxima não exceda 4 anos¹¹⁵. Ultrapassado este parâmetro, o pleito deverá ser feito ao magistrado, que, em 48 horas, decidirá¹¹⁶.

Além disso, não sendo arbitrada a caução pela Polícia, o julgador poderá ser acionado até pelo próprio preso, não mais sendo necessário ouvir a versão da Autoridade Policial^{117 e 118}.

E mais, considerando que a caução deve estar em consonância com a situação econômica do afiançado, o magistrado, diante das condições financeiras daquele, poderá, inclusive quando já estipulada pela Polícia, dispensá-la, reduzi-la ou aumentá-la¹¹⁹.

Entretanto, as restrições à concessão da fiança, mesmo com atualizações devidas, também persistem no sistema processual brasileiro. E aqui, nos artigos 323.º e 324.º do aludido diploma, encontramos proibições à fiança, embora a liberdade provisória continue a ser a regra. Tratam-se, dentre outras, de hipóteses de cometimento de racismo, tortura, tráfico de entorpecentes, ou de situações de quebra de garantia antes concedida e de presença dos requisitos da prisão preventiva.

Assim, diante das situações elencadas nos artigos 312.º e 313.º do diploma criminal, como, por exemplo, frente a uma violação de medidas protetivas decretadas em razão de violência doméstica, a autoridade policial fica impedida de arbitrar a fiança.

Porém, repito, desde que não tenha sido rejeitada, em função da presença dos requisitos da detenção cautelar, a inafiançabilidade não obstaculizará a liberdade provisória, conforme artigo 321.º do Código de Processo Penal.

¹¹⁵ Vide artigo 322.º do CPP.

¹¹⁶ Vide artigo 322.º, parágrafo único, do CPP.

¹¹⁷ Vide artigo 335.º do CPP.

¹¹⁸ Poder-se-ia concluir que, na alteração normativa, houve uma perda de força das funções da Autoridade Policial, ainda mais se consideramos a elevação do *quantum* da pena previsto para fins de arbitramento da fiança. Porém, com a introdução da audiência de custódia no campo penal brasileiro, quando o detento é apresentado ao Poder Judiciário, para fins de análise de sua prisão, vê-se que, na verdade, o Delegado de Polícia deteve o poder de livrar do cárcere, logo após a autuação, aquele indivíduo acusado de um crime de menor complexidade, sendo-lhe mantido, portanto, um importante papel na dinâmica carcerária.

¹¹⁹ Vide artigo 325.º, § 1.º do CPP.

Entretanto, quando nos referimos ao não cabimento da fiança em razão da prática de determinados delitos, entramos em uma seara controversa, na medida em que a presunção de inocência torna inconstitucional estes preceitos.

E dessa forma ocorreu com alguns dispositivos criminais, como por exemplo, no caso do Estatuto do Desarmamento, a Lei n. 10.826/2003, a qual teve o artigo 21.º e os parágrafos únicos dos artigos 14.º e 15.º, que tratavam da impossibilidade de liberdade provisória e da inafiançabilidade, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3112¹²⁰.

O mesmo ocorreu na decisão do STF, em repercussão geral, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1038925¹²¹, em 2017, ao considerar o artigo 44.º da Lei n.º 11.343/2006, o qual impedia a liberdade provisória em se tratando de tráfico de entorpecentes, em desacordo com a Carta Magna.

E mais, ao julgar o *Habeas Corpus* 104.339¹²², em 2012, a Corte Suprema, através do Ministro Gilmar Mendes, já afastava a vinculação antes feita de inafiançabilidade e impossibilidade de liberdade provisória¹²³ para considerar que não podem ser extraídos daquela fundamentos para o óbice desta.

Ou seja, se nem em hipóteses de crimes atroztes, hediondos, pode ser descartada a liberdade do indivíduo enquanto regra, só podendo ela ser restrita quando presentes os elementos da fumaça do bom direito e do perigo da demora em sede criminal, não há razão para qualquer tipo de embaraço à concessão do benefício em epígrafe, sob a luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Em que pese o artigo 5.º da Constituição Federal ter como inafiançáveis alguns delitos¹²⁴, como bem pontuou o Ministro Gilmar Mendes, isso não pode impedir o livramento provisório, pois não são eles vinculados.

No entanto, a Lei n.º 12.403/2011, ao entender a aplicabilidade da liberdade provisória como regra, trouxe uma nova faceta da fiança, elencando-a, no artigo 319.º, como uma medida cautelar diversa da prisão.

¹²⁰ Vide decisão em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf>.

¹²¹ Vide decisão do Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 1.038.925/SP, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 31/07/2017.

¹²² Vide decisão em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869940/habeas-corpus-hc-104339-sp-stf>.

¹²³ Antes se considerava que a impossibilidade de liberdade provisória nos crimes hediondos decorria da sua inafiançabilidade.

¹²⁴ Vide artigo 5.º, XLII, XLIII e XLIV, da CF.

E não podia se diferente. Se o próprio livramento, mesmo sem a caução, mas com obrigações diversas impostas, já é visto nos dias atuais como um mecanismo alternativo para o cárcere, a garantia que dele decorria também merecia uma adequação para se tornar um instrumento cautelatório penal.

Pelo artigo 319.º, VIII, do CPP, isolada ou cumulada, a fiança poderá ser estipulada pelo magistrado como um mecanismo cautelatório paliativo, transformando aquela garantia de custas, indenização e multa em uma verdadeira salvaguarda do curso processual e de seus efeitos.

Todavia, essa nova visão tende a estigmatizar o instituto, na proporção em que se revelar um preço que o indivíduo deverá pagar para gozar da liberdade.

Ora, não obstante a ausência dos requisitos da prisão preventiva, já sabemos que as medidas cautelares devem ser proporcionais ao mal causado, à cautela a que se devem destinar. Com isso, a repercussão da medida na vida do indivíduo também deve ser considerada pelo juiz, sob pena de se mostrar exagerada e incompatível com os preceitos constitucionais.

Neste momento, cabe uma reflexão. Quando o artigo 324.º, IV, do Código de Processo Penal proíbe a fiança em cabendo a detenção cautelar, fica o magistrado impedido de aplicá-la justo como medida alternativa cautelatória?

Ao analisar essa hipótese, penso que as lições de Rogério Schietti Cruz devem ser ponderadas.

Segundo o autor¹²⁵, o manuseio do instituto da fiança como forma de atingir os objetivos criminais, em substituição ao cárcere, pode levar a situações por completo funcionais, como, por exemplo, no arbitramento de valores altos, inibidores de uma fuga pelo risco de seu perdimento. Ou mesmo a estipulação de um *quantum* para cada ligação telefônica intimidatória feita pelo infrator a uma testemunha.

São exemplos fáticos de aplicabilidade da medida, enquanto cautela, que acabam frustrando os riscos da demora e protegendo o bom direito, mesmo não havendo um encarceramento preventivo, apesar de cabível.

Porém, o obstáculo criado ao deferimento da caução, encontra amparo justo na existência de razões para a prisão o que, a meu sentir, inviabiliza não só aquela garantia como qualquer outra providência alternativa.

¹²⁵ CRUZ, Rogério Schietti – **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4.ª ed. Bahia: JusPodivm, 2018, pgs. 211 e 212.

3.3.4- VIGILÂNCIA ELETRÔNICA OU TORNOZELEIRA ELETRÔNICA

Não restam dúvidas de que a Lei n.º 12.403/2011 trouxe uma grande inovação para o sistema cautelar penal brasileiro, ao inserir no diploma processual criminal mecanismos alternativos à prisão, aproveitando-se inclusive de um instrumento já existente na seara da execução penal para substituir o cárcere físico pelo eletrônico.

Neste tópico, analisaremos uma destas medidas, consistente na limitação à liberdade de locomoção por meio do monitoramento eletrônico, através da imposição do uso de um dispositivo chamado **tornozeleira eletrônica**¹²⁶.

Trata-se de uma forma de vigilância, consistente na fiscalização de pessoas e, por que não, coisas, a fim de se determinar a localização, deslocamento e o percurso utilizado para tanto, controlando todas as informações pertinentes a sua rotina.

Com isso, não apenas se controla o cotidiano do usuário, mas também se impede a aproximação de indivíduos, a frequência a certos locais, enfim, atitudes consideradas irregulares, ameaçadoras, indesejadas.

Neste sentido, podemos considerar que a fiscalização eletrônica tem o fim de **deter** virtualmente alguém ou algo, garantindo que ele esteja em locais pré-determinados, **restringir** o seu deslocamento, evitando que compareça a lugares proibidos ou que se aproxime de pessoas, e também de **vigiar** uma certa rotina, acompanhando o portador, evitando fugas, por exemplo.

Em paralelo a isso, o monitoramento é uma boa maneira de preservar o indivíduo dos efeitos do cárcere e do seu meio destrutivo, considerando-o por efetivo como *ultima ratio*¹²⁷, garantindo ao infrator a correspondente dignidade, mas sem deixar de lado o interesse punitivo estatal.

Pesando em aproximado cerca de 150 a 200 gramas, resistente à água e à poeira, o mecanismo em questão foi idealizado em 1964, por estudantes da Universidade de Harvard, dentre eles, Ralph Schwitzgebel¹²⁸, que criaram o *Behavior Transmitter-Reinforcer (BT-R)*, um cinturão com bateria e transmissor acoplados, o qual, funcionando junto a um sensor de pulso, informava a uma central a sua localização.

¹²⁶ Vide artigo 319.º, IX, do CPP.

¹²⁷ Em atenção às Regras de Tóquio.

¹²⁸ Daí o equipamento ter sido apelidado de “*A Máquina de Dr. Schwitzgebel*”.

Mais tarde, em 1977, o juiz americano Jack Love, com a ajuda de Mike Goss, desenvolveram o aparelho, denominando-o de *Gosslink* e mantendo a mesma finalidade, controlar os passos do usuário.

Hoje, com a evolução tecnológica, o equipamento é discreto¹²⁹, tem um GPS integrado e determina, por meio da ação conjunta de um satélite e um modem de transmissão de dados, mas independente da existência de sinal de telefonia celular¹³⁰, a localização do seu usuário, sendo as informações passadas, em tempo real, a uma central de monitoramento instalada em específico para tal controle.

O cidadão, por exemplo, que estiver utilizando a tornozeleira, em caso de descumprimento da regra imposta, tem a sua situação de violação detectada automaticamente, por meio de um aviso sonoro, junto à central, que, de imediato, procura entrar em contato com aquele, a fim de obter esclarecimentos¹³¹, sendo, *a posteriori*, tudo comunicado ao Juízo competente para as devidas providências processuais¹³², que vão desde uma advertência até mesmo o retorno à prisão. É o chamado sistema ativo de monitoramento.

Além disso, em períodos, os agentes de fiscalização mantêm contato com o monitorado, via telefone, em local preestabelecido, cabendo-lhe comprovar a sua identificação, através de reconhecimento de voz, impressão digital, verificação de retina ou senha indicada no aparelho. Este é o sistema passivo, que, além de ter um custo mais reduzido, garante uma menor exposição do indivíduo.

A novidade em tela foi introduzida no ordenamento do Brasil, após debates legislativos que se iniciaram em 2001, apenas no ano de 2010, com a Lei n.º 12.258, que atualizou a Lei de Execuções Penais¹³³, possuindo um nítido caráter repressor, visto como um

¹²⁹ Apesar do questionamento acerca da constitucionalidade da imposição do uso da tornozeleira eletrônica, que poderia estigmatizar o usuário, gerando um risco de segregação e violando intimidade, privacidade, observamos que se trata de uma limitação, porém, muito melhor que o cárcere, devendo ser vista como um benefício. Além disso, no que pertine à intimidade, vemos que não é a vida do cidadão que está sendo fiscalizada, mas sim a sua atuação diante do desenrolar do processo, o seu comportamento junto às demais partes e testemunhas, bem como o cumprimento das medidas judiciais a ele impostas.

¹³⁰ Por trabalharem na mesma frequência da rede de operadoras de telefonia, mas com criptografia própria, via APN (*access point name*), em caso de queda de sinal, as informações permanecem salvas, sendo enviadas *a posteriori*.

¹³¹ Inicialmente, envia-se um aviso sonoro ou é mantido contato telefônico. Caso contrário, as forças policiais são acionadas e, posteriormente, o Juízo competente é informado da ocorrência.

¹³² Vide Decreto n.º 7.627/2011.

¹³³ SOUZA, Bernardo de Azevedo e – **O Monitoramento Eletrônico como Medida Alternativa à Prisão**

meio de ressocialização do apenado, destinando-se de origem ao controle do sistema carcerário, por meio da fiscalização das saídas temporárias dos detentos em regime semiaberto e da prisão domiciliar imposta nesta última norma, sofrendo o transgressor a perda de tais benefícios, a regressão ou uma advertência.

Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, regulamentada pelo Decreto n.º 7.627, do mesmo ano¹³⁴, a tornozeleira eletrônica ganhou uma nova função, sendo utilizada agora também no monitoramento eletrônico de pessoas, enquanto medida cautelar penal substitutiva ao encarceramento preventivo.

Neste novo enfoque processual, a vigilância se torna substituição da prisão preventiva, um verdadeiro prêmio para aquele que estaria destinado ao cárcere e, por preencher os requisitos legais, ou seja, tendo analisadas a gravidade do seu ato, a sua periculosidade, enfim, o comportamento delitivo frente a uma dinâmica criminal e social, o indivíduo poderá desfrutar de uma liberdade vigiada ao invés do presídio.

Contudo, ressalte-se que, em se tratando de uma medida cautelar, alternativa à detenção preventiva, devem estar presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, espelhados nos pressupostos e requisitos para a segregação provisória, para que o magistrado possa decretá-la.

Melhor explicando, em uma hipótese na qual o criminoso teria a sua prisão decretada, comprovada a materialidade do delito e havendo indícios suficientes de autoria, bem como estando ameaça a ordem pública, a aplicação da lei penal ou a instrução criminal, desde que preenchidos os requisitos para a medida menos gravosa, isto é, de periculosidade e sensibilidade do julgador ao meio social, o monitoramento deve substituir o encarceramento preventivo.

De início introduzida em São Paulo, foi espalhada pelo restante da federação, sendo mais utilizada para os casos de prisão domiciliar, mas também com importante papel no controle dos regimes de execução penal.

Aqui vale destacar que, em razão do disposto no artigo 282.º, § 1.º, do Código de Processo Penal, como os mecanismos cautelatórios podem ser aplicados em cumulação, o magistrado pode determinar o uso do instrumento em voga por pessoas sujeitas a outras

Preventiva. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pg. 124.

¹³⁴ Destaque-se que, pelo Decreto, definiu-se o monitoramento, dando-lhe legal natureza cautelar (artigo 2.º), estabeleceram-se as garantias do monitorado de ser cientificado dos seus direitos, deveres e do período da medida (artigo 3.º), estipularam-se responsabilidades sobre o controle e os procedimentos atinentes ao feito (artigo 4.º) e ainda resguardou-se o sigilo das informações colhidas (artigo 7.º).

medidas cautelares, como, por exemplo, limitações da liberdade de locomoção decorrente da proibição de frequentar certos lugares, em determinados horários, bem como de ter contato com pessoas específicas, tais como, testemunhas e vítimas.

Desta forma, podemos perceber o alto grau de evolução processual que a legislação em comento trouxe ao sistema jurídico-penal brasileiro, uma vez que, agora integrados, elementos de cautela modernos propiciam maior segurança ao resultado da demanda criminal, inclusive com o acompanhamento, em tempo real, da pessoa alvo e do cumprimento das obrigações a ela impostas, garantindo, através da utilização dos atuais meios tecnológicos, um trato efetivo da criminalidade com menor agressividade que o encarceramento.

Críticas e questionamentos surgem e são naturais no Estado Democrático de Direito. Apesar de previsto no artigo 5.º, XLVI, da Lei Maior, posto que, ao se referir às penas, o legislador se valeu do termo “*entre outras*”, muito tem se argumentado pela não compatibilidade do monitoramento eletrônico com a Carta Magna, por se tratar de uma punição vil, abjeta, desumana e degradante.

Em alguns momentos, alega-se que a medida em foco feriria a intimidade, a privacidade¹³⁵ e a dignidade humana, estigmatizando o usuário, que poderia ter a sua vida devassada ou se ver segregado pela utilização de um dispositivo por reconhecido destinado a infratores. E, em outros instantes, defende-se que contrariaria a presunção de inocência e o devido processo legal, impondo o uso de um mecanismo visto como punição antes do final da demanda criminal.

Como se já não bastasse, alegações de incompatibilidade do mecanismo com o clima tropical, a falta de comprovada efetividade ressocializadora, o seu pequeno poder intimidatório perante o infrator, os altos custos do equipamento, engrossam o coro daqueles que rejeitam a validade do controle.

Porém, como já vimos, as razões e características da cautelaridade, legitimando os instrumentos na salvaguarda da fumaça do bom direito e do perigo da demora, aliadas à boa aplicação sistêmica do princípio constitucional da proporcionalidade, considerando o interesse comum da fiscalização daquele determinado indivíduo, acabam, de logo, por justificar o seu

¹³⁵ Em que pesem os argumentos em proteção à intimidade e à privacidade, tais direitos não são absolutos e devem ser considerados em um contexto sistêmico, em conjunto com os demais valores defendidos pela Constituição. Assim, o confronto de tais princípios pessoais, individuais, com outros de natureza coletiva deve ser resolvido pela ponderação, através da proporcionalidade, sacrificando-se o menos danoso. Nesta aplicação, a segurança comum, ameaçada pela ofensa à lei daquele infrator, prevalece, justificando o mecanismo cautelaratório.

monitoramento.

E mais, no novo contexto processual penal mundial, em que a vigilância é uma substituição da prisão preventiva, devemos considerar que, por deverem estar presentes os pressupostos e requisitos para a segregação provisória, a medida cautelar se revela um verdadeiro benefício para aquele cidadão que não terá que se submeter às duras mazelas do cárcere.

Aqui não pensamos apenas nas políticas públicas de redução de custos, de diminuição da massa carcerária, mas sim na efetiva garantia do bem-estar e da integridade daquele que, apesar da existência de motivos para ter a liberdade tolhida, ficará a salvo da precariedade de uma prisão, que seria muito mais abjeta, vil ou degradante do que qualquer medida a ser cumprida extramuros.

Por fim, quanto às despesas com o equipamento, podemos às claras constatar que, após a implementação do mecanismo, a redução de gastos com a minoração do número de presos, por si só, compensa o investimento com as tornozeleiras, uma vez que, em média, um detento demanda ao Estado cerca de R\$ 1.800,00 ao mês enquanto o equipamento vale R\$ 200,00 pelo mesmo período.

Ora, como podemos observar, diante da atual evolução tecnológica, em razão da precariedade das prisões e frente a necessidade de preservar o estado de inocência daquele que ainda não foi ao final condenado, o monitoramento eletrônico se mostra uma saída muito mais humana que degradante.

Os efeitos negativos da vigilância são muito menores que o cárcere e, por este motivo, se quisermos de fato compatibilizar o processo penal com os princípios fundamentais constitucionais, devemos nos valer de todas as formas de avanço viáveis, estimular alternativas desta natureza e não rechaçá-las, sob pena de continuarmos com as práticas medievais de punição e vingança, já por demonstrado falidas.

E assim tem acontecido no Brasil. Apesar de um início tímido, com dificuldades na instalação, na proteção dos dados dos usuários e na efetiva redução da população carcerária, a tornozeleira eletrônica vem se alastrando pelo território, havendo notícias de sua utilização em todos os Estados da Federação e sendo cada vez mais utilizada pelo Poder Judiciário como uma forma alternativa de garantir o resultado do poder punitivo do Estado com menor violação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Com essa evolução, que se dá em gradação, mas de notoriedade comprovada, a tornozeleira eletrônica vem se mostrando uma nova via, às claras útil, para os problemas pertinentes ao encarceramento, quer seja ele provisório ou definitivo, acarretando em

vantagens para a Administração, com a redução da massa carcerária e menores custos para a máquina pública, e para o monitorado, que permanece livre respondendo ao processo ou cumprindo a sua pena.

Em Sergipe, por exemplo, menor Estado da Federação, hoje cerca de 640 detentos são monitorados através das tornozeleiras¹³⁶, e esta ação tanto aliviou a população prisional¹³⁷ que outras 150 já foram adquiridas e, como a sua procura continua cada vez mais maior pelo Poder Judiciário, mais 1.500 são objeto de processo licitatório, tendo a Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania viabilizado em seu *site*¹³⁸, para fins de consulta, a quantidade disponível. De 2015 a 2018, por volta de 1881 pessoas utilizaram este aparelho no Estado.

É certo que ainda encontramos notícias diversas divulgando casos de violação do mecanismo, com o rompimento da alça, por exemplo, no intuito de se burlar a cautela, bem como vislumbramos ocorrências envolvendo portadores do equipamento, que não se sentiram intimidados com o aparelho e, mesmo assim, continuaram a praticar crimes.

Todavia, a alteração legislativa que previu tal modalidade de medida cautelatória também compreende as hipóteses de perda do benefício, cabendo ao Judiciário, tão logo que tomar ciência destes acontecimentos, adotar uma postura rigorosa com aquele teve uma chance de ter garantida a sua liberdade, mas preferiu continuar na vida delitiva.

Não restam dúvidas, porém, de que, seguindo uma tendência mundial, de modernização dos meios de ressocialização do condenado e de proteção ao *jus puniendi*, alternativas como esta merecem cada vez maior atenção dos poderes constituídos, uma vez que os benefícios gerados com a inovação são maiores que as suas desvantagens, as quais, apesar de existentes, são contornáveis e se revelam de menor importância frente a preservação dos direitos humanos, da melhor utilização dos recursos públicos e do atendimento ao fim originário do processo penal, que, acima de tudo, é trazer de volta para o seio da comunidade um infrator regenerado, livre das amarras e dos vícios do meio criminal.

¹³⁶ O sistema tem capacidade para 875 pessoas monitoradas, querendo o Estado de Sergipe aumentar para 1680.

¹³⁷ Aqui vale salientar que a capacidade do maior presídio de Sergipe, o Complexo Penitenciário Manoel Carvalho Neto, que é de 800 presos, acha-se ultrapassada há algum tempo, sendo que, em janeiro de 2018, contava com cerca de 2.500 internos. Com isso, o monitoramento eletrônico é uma saída urgente para a demanda carcerária do Estado.

¹³⁸ <http://www.sejuc.se.gov.br/index.php>.

3.3.5- OUTROS MECANISMOS DE CONTROLE

Já estudamos nesta obra que o *status libertatis* do cidadão, mesmo aquele acusado de prática delitiva, ganhou enorme força no direito criminal brasileiro, vindo a prisão a ser a última saída para o controle da delinquência e para a concretização do direito de punir estatal.

Para tanto, o legislador se valeu de uma saída criativa, buscando aplicar a cada caso concreto mecanismos cautelatórios diversos do cárcere, tais como a prisão domiciliar, a fiança, o monitoramento eletrônico, instrumentos já aqui analisados antes.

Todavia, considerando o rol estatuído no artigo 319.º do mesmo ordenamento, resta-nos esmiuçar as demais medidas constantes neste dispositivo, que, de igual maneira, revelam-se em formas menos gravosas de assegurar a eficácia processual sem que seja necessária a restrição da liberdade.

De início, no inciso I do citado preceito, o legislador previu o comparecimento do beneficiado em juízo, de acordo com os critérios fixados pelo magistrado, a fim de justificar as suas ações, deixando-o disponível para qualquer ato necessário, assegurando o prosseguimento do feito através da constante ciência do paradeiro do acusado ou réu e do controle do seu cotidiano. Trata-se de uma medida já prevista no *Codex*, no anterior artigo 310.º, como uma obrigação decorrente do livramento provisório. Além disso, em outras leis, tais como no artigo 89.º, § 1.º, da Lei n.º 9.099/1995, o mesmo instrumento se acha presente, também no sentido de monitorar as atividades daquele que cometeu algum tipo penal, neste caso, de menor potencial ofensivo.

Entretanto, com o avanço da aplicabilidade dos mecanismos cautelatórios diferentes da prisão, o comparecimento a juízo para declinar seus passos, agora estendido a delitos com penas maiores que 2 anos, tornou-se uma substituição de menor gravidade e impacto na vida daquele indivíduo que violou a lei penal, podendo ser adotada em qualquer fase, até o desfecho processual.

No artigo 319.º, em seus incisos II a VI, encontramos outras limitações da liberdade, traduzidas na proibição de frequentar certos lugares, de manter determinadas condutas e em períodos específicos.

No inciso II, está elencada a restrição à pessoa de ter atividades em lugares relacionadas ao delito do qual é acusado, evitando encontros desnecessários, acirramento de ânimos, salvaguardando vítima e sociedade em geral, inclusive, de uma reincidência. Por se tratar de um mecanismo de cautela genérico, pode ser aplicado, tal como o primeiro item do dispositivo, a qualquer situação delitiva, isolada ou cumulada com outras medidas.

Fruto de uma extensão da Lei Maria da Penha, o inciso III, no mesmo sentido do anterior, procura inibir o contato entre pessoas que são partes do processo e, portanto, conhecem-se, tais como testemunhas, vítimas e acusados, e justo por isso podem acabar mantendo ou acirrando o conflito já existente e até mesmo criando um novo litígio. A privação em tela é uma forma de resguardar a distância entre os atores do processo, proteger o *iter* processual e a segurança daqueles envolvidos, além de coibir a repetição de atos criminosos.

No inciso IV, encontramos um instituto mais grave de ataque à liberdade de locomoção, uma vez que o indivíduo tem a obrigação de se manter na Comarca em que é apurada a infração, sendo comum a aplicação conjunta deste preceito com o primeiro item do artigo, na medida em que o comparecimento à Vara será a maneira mais eficiente de fiscalização da sua presença no distrito da culpa¹³⁹.

Considerada uma versão mais leve da prisão domiciliar, já estudada antes e que, como vimos, macula todo o dia da pessoa, que só pode sair de casa mediante ordem judicial, o recolhimento noturno e em dias específicos, previsto no inciso V, repete parte da figura do albergue, podendo-se manter uma ocupação durante o dia e devendo se recolher à noite, finais de semana e em folgas do trabalho.

O inciso VI do artigo 319.º abranda a perda da liberdade com uma verdadeira restrição de direitos, suspendendo o exercício de função de natureza pública, econômica ou financeira quando a ação por ele praticada tiver liame com a sua atividade profissional. Aqui podemos exemplificar este instrumento de cautela na persecução e apuração dos delitos contra a administração pública, tais como corrupção, prevaricação, peculato, sendo aquele um meio eficaz para coibir a permanência na continuidade dos atos escusos.

E, por fim, tendo em vista que os demais institutos já foram estudados em outras oportunidades, devemos atentar para o item VII do dispositivo em comento, uma vez que a internação em epígrafe não detém a mesma natureza daquelas medidas de segurança aplicadas aos inimputáveis¹⁴⁰, que gozam de um caráter penal, sendo uma forma de cumprimento de punição e caminho de ressocialização.

Esta medida, apesar de exigir configuração da inimputabilidade total ou parcial e de um risco iminente de reiteração delitiva, é de concretização mais simples que aquela

¹³⁹ Até mesmo em decorrência da necessidade de se garantir o seu direito de presença aos atos processuais (MENDONÇA, Andrey Borges de – **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2.ª ed. São Paulo: Método, 2009, pg. 312).

¹⁴⁰ Vide artigo 96.º e seguintes do Código Penal Brasileiro.

sanção, com uma avaliação técnica mais subjetiva, não tendo, além disso, um período de incidência fixo, o que se torna uma preocupação diante da possibilidade de afronta ao *status libertatis*. Mas, por outro lado, o instrumento não detém a natureza sancionadora, possuindo um cunho cautelar e, como as demais, busca proteger a eficiência do *jus puniendi*.

Dessa forma, percebemos que o magistrado, o qual, antes se achava limitado por uma bipolaridade entre prisão e liberdade provisória, com a nova contextualização do tema, possui algumas outras saídas para o fenômeno criminal, sem causar impacto ao regular andamento do processo, às suas partes, à sociedade, enfim, à eficaz resolução do caso.

E mais, quando detectada uma violação dos instrumentos decretados, a reversão para o cárcere se mostra inevitável, sendo este o seu maior poder de coerção e de verificação de sucesso.

No entanto, duas questões ainda merecem ser encaradas neste momento. A primeira diz respeito à taxatividade ou não do rol do artigo 319.º e a segunda ao cálculo da detração penal para aqueles que estão a cumprir medidas cautelares diversas da prisão.

De início, debruçemo-nos sobre o *numerus clausus* do citado dispositivo, levando-se em contra o chamado “*poder geral de cautela*” dos magistrados.

O poder geral de cautela, fundamentado, em regra, no atual artigo 297.º do Código de Processo Civil (antigos artigos 798.º e 799.º do CPC de 1973) e no artigo 3.º, do Código de Processo Penal, trata-se da força subsidiária garantida ao julgador para implementar medidas cautelares não previstas em lei, atípicas portanto, sempre que os instrumentos elencados na norma se mostrarem insuficientes para, no caso concreto, assegurar a efetividade processual.

Alexandre Câmara, por exemplo, considera-o um dever que detém o juiz, através do qual, diante da ausência de previsão de uma medida adequada, frente a fumaça do bom direito e do perigo da demora, ele deve conceder o mecanismo atípico, sob pena de macular a tutela jurisdicional¹⁴¹.

Apesar de encontrar críticas à sua aplicabilidade no campo penal, por ferir a legalidade, o princípio da reserva legal¹⁴², a legalidade estrita e vinculada, o Ministro Dias Toffoli, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 125.752/RJ¹⁴³, entendeu que o poder geral de

¹⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas – **Lições de Direito Processual Civil**. Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pg. 47.

¹⁴² LOPES JÚNIOR, Aury – **A (In) Existência de Poder Geral de Cautela no Processo Penal**. Boletim IBCCrim n.º 203.2009, pg. 09.

¹⁴³ STF – Medida Cautelar no *Habeas Corpus* 125.752 Rio de Janeiro, Relator: Ministro Dias Toffoli, Data de Julgamento: 10/12/2014.

cautela proporciona ao juiz a busca de outros elementos formadores de convicção sem que isso se configure em constrangimento ilegal. Esse entendimento foi reproduzido, em 2014, no *Habeas Corpus* n.º 126.973/SP, pelo Ministro Rogério Schietti Cruz do STJ¹⁴⁴.

Para tanto, a necessidade de se levar a uma civilização e ao seu Processo Penal, tão maculado pela miserabilidade de sua técnica, instrumentos e princípios mais humanizados e já previstos no Direito Civil, revela-se o maior fundamento para a disseminação dos institutos deste ramo jurídico para aquele.

Assim, olhando para a necessidade de preservar a liberdade, diante da constante ameaça do cárcere, na proporcionalidade, a adoção de mecanismos comuns, adaptáveis a ambas as áreas, tais como a suspensão de habilitação prevista no artigo 294.º do Código de Trânsito, dentre outras, merece uma aplicação semelhante, interdisciplinar, sempre regulada pelo respeito às particularidades de cada categoria jurídica.

E foi nesta direção que a Ministra Ellen Gracie pensou, no *Habeas Corpus* n.º 94.147/RJ¹⁴⁵, decidindo pela retenção do passaporte como alternativa à prisão preventiva, fundamentando o seu entendimento no poder geral de cautela do CPC. Ainda para ela se o julgador pode o mais, que é restringir a liberdade, pode o menos, que é limitar a locomoção, deixando claro o caráter substitutivo da medida adotada.

Neste contexto, o mesmo dispositivo constitucional que justifica os argumentos contrários a sua viabilidade, qual seja, o artigo 5.º, XXXV, também acolhe o pensamento dos defensores da sua validade, posto que, pelo artigo 3.º, do CPP, as lacunas do Processo Penal serão supridas pelos princípios gerais de direito, por uma ampla interpretação e analógica das leis criminais, que se acham vinculadas ao princípio do *in dubio pro reo*¹⁴⁶.

Ademais, o artigo 282.º também se torna amparo legal de implementação dos instrumentos análogos aos descritos no artigo 319.º, cabendo ao julgador atuar com a razoabilidade e a proporcionalidade devidas, observando ainda, mediante critérios de necessidade e adequação, a correlata e a semelhante inspiração no dispositivo cautelatório, sob pena de se desfigurar a finalidade daqueles mecanismos.

Não obstante, trata-se de uma interpretação excepcional, devendo apenas ser adotada, diante da ameaça à liberdade, quando os dispositivos do artigo 319.º, do CPP se mostrarem ineficazes, através da interpretação de sua adequação, necessidade e

¹⁴⁴ Vide decisão em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/139295776/habeas-corpus-n-126973-sp-do-stj>.

¹⁴⁵ Vide decisão em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753009/habeas-corpus-hc-94147-rj>.

¹⁴⁶ TÁVORA, Nestor – **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, pg. 1037.

proporcionalidade.

Contudo, a matéria pode ser regulamentada em breve, uma vez que tramita no Congresso Nacional, desde 2010, o Projeto de Lei n.º 8.045, que põe fim à polêmica, ampliando o rol de medidas cautelares para dezesseis, algumas delas até mesmo abstratas, lastreadas em casos concretos jurisprudenciais, mas, por outro lado, restringindo o poder geral de cautela no âmbito criminal, apesar de ser admitido, naquele estudo, que, por maior criatividade legislativa que haja, nunca serão previstas todas as possibilidades que venham a exigir a cautelaridade.

Pois bem, o fato é que, nos dias atuais, fundamentado no artigo 3.º do CPP e no artigo 297.º do CPC, o julgador encontra viabilidade para o seu poder geral de cautela e, portanto, aplicar a cada caso concreto, sempre balizado na proporcionalidade, na necessidade e na adequação previstas no artigo 282.º do Diploma Processual Penal, medidas cautelares atípicas, preservando ao máximo o *status libertatis* do cidadão.

E, por fim, no que tange à possibilidade de aplicação da detração penal quando da substituição da prisão por uma medida de cautela, temos alguns comentários a tecer.

De início, cabe destacar que a detração penal está prevista no artigo 42.º do Código Penal Brasileiro, sendo ela a computação no cumprimento da pena daquele período em que o indivíduo permaneceu encarcerado provisoriamente.

Neste sentido, resta-nos uma pergunta: Se há a substituição do cárcere provisório por um instrumento cautelar, deve o tempo de cumprimento desta medida ser abatido em caso de condenação definitiva?

Ora, a matéria não se encontra por expresse prevista em qualquer norma e, havendo esta omissão, inclusive mantida na Lei n.º 12.403/2011, acaba a solução sendo fruto de construções doutrinária e jurisprudencial.

Percebemos já neste trabalho que a intenção da mudança legal foi privilegiar a liberdade em detrimento da detenção. Tanto é que, como veremos adiante, até o preso definitivo, quando capturado, deve ser apresentado para a audiência de custódia, não somente para fins de verificação da legalidade do procedimento, mas também da necessidade da manutenção do aprisionamento.

Seguindo este entendimento, não seria razoável deixar de computar o tempo em que teve a sua liberdade maculada, mesmo que de maneira parcial, não de maneira tão aviltante como na cadeia, para fins de detração. Manter um pensamento textual e proibir o abatimento deste período acabaria por punir duplamente o indivíduo, atacando o seu *status libertatis* de um lado e impondo-lhe, ao encerramento do processo, uma pena sem considerar os dias em

que ficou submetido aos instrumentos cautelatórios.

E essa possibilidade de benefício tem sido abraçada pela jurisprudência pátria, haja vista que, ao julgar o Recurso de Agravo no Processo n.º 1027586, 20170020116363RAG, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal acatou a tese de abatimento do tempo de prisão domiciliar como forma de detração¹⁴⁷.

3.3.6- A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto n.º 678/92, prevê, em seu artigo 7.º, item 5, que toda pessoa presa deve ser conduzida à presença de um magistrado, sendo tal preceito reproduzido pelo artigo 9.º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York, por igual legitimado pelo direito brasileiro, através do Decreto n.º 592/92.

Assim, a fim de atualizar o sistema criminal brasileiro, adaptando-o aos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, o Conselho Nacional de Justiça, em fevereiro de 2015, através de uma parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça de São Paulo, implementou um projeto de audiência de custódia¹⁴⁸.

Mais tarde, em 27 de maio de 2015, o partido PSOL propôs uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal, objetivando o reconhecimento da inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro, pleiteando a adoção, em noventa dias, de medidas estruturais, inclusive a audiência de custódia, face a violação dos direitos fundamentais dos detentos, em contrariedade às já citadas normas internacionais.

Com isso, o plenário daquela corte, em tutela antecipada, deferiu a apresentação do preso ao julgador em 24 horas após o momento da detenção, fixando aquele mesmo lapso temporal de 90 dias para que os tribunais estaduais se adaptassem à medida.

¹⁴⁷ Vide decisão em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/500948786/20170020116363-df-0012552-3520178070000/inteiro-teor-500948807>.

¹⁴⁸ Em verdade, o instrumento já é utilizado há algum tempo nos Estados Unidos sob a roupagem dos Juizados de Garantia. Além disso, há relatos históricos que, há mais de 40 anos, o juiz capixaba João Baptista Herkenhoff, embora sem a nomenclatura atual, já determinava, via portaria, que todo preso da sua comarca lhe fosse apresentado em 24 horas, a teor do preceituado no antigo artigo 306.º do Código de Processo Penal, não se contentando com a comunicação formal do auto em flagrante.

Para tanto, dessa forma, o CNJ regulamentou o tema, em 15 dezembro de 2015, por meio da Resolução n.º 213/2015, já tendo sido implementada a audiência em todos os Estados e no Distrito Federal, em todas as esferas judiciais.

Então, pode-se conceituar a audiência de custódia como sendo a condução daquele que foi preso à presença de um magistrado, no prazo de 24 horas da sua detenção¹⁴⁹, para fins de controle imediato da legalidade do recolhimento e da autuação, da integridade da pessoa, bem como, pelos atuais critérios adotados para a preservação da liberdade, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade das medidas a serem implementadas.

Assim, demonstrando que se trata de uma garantia, exerce-se um controle efetivo da atuação estatal, em específico, sobre os atos praticados quando da prisão, evitando-se, inclusive, torturas, maus-tratos e outras ilegalidades diversas. Por tal razão, inclusive, o Ministro Luiz Fux defendia, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 5240/SP, que a melhor nomenclatura seria “*Audiência de Apresentação*”, sendo uma outra opção denominá-la de “*Audiência de Garantia*”.

Ora, já é do nosso conhecimento que, no sistema penal brasileiro, a prisão provisória se tornou uma exceção, sendo a liberdade a regra, cabendo ao julgador, ao apreciar o auto em flagrante ou qualquer outro encarceramento provisório diverso, analisar a sua legalidade e, mesmo após constatar a regular conformidade do feito, deve proceder à verificação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade da medida a ser aplicada e até mesmo a manutenção do cárcere.

E é justo na audiência de custódia, com o fato ainda atual, quente, que esse estudo pode ser concretizado de forma mais eficiente. Verificando todas as formalidades do procedimento, ouvindo-se a versão do conduzido, encarando os requerimentos da defesa e os pleitos da acusação, de maneira concentrada, em um único ato, o julgador tem uma apropriada condição de escolher e fundamentar o melhor mecanismo processual a ser adotado.

Aqui não podemos esquecer que um dos fundamentos da implementação da nova sistemática de medidas cautelares penais no direito brasileiro foi a superlotação dos presídios, enfim, a falência da ressocialização, muitas vezes decorrente de prisões desnecessárias, sem uma avaliação adequada pelo Poder Judiciário¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Apesar de não haver estipulação legal para este prazo, conforme a Resolução n.º 213/2015, do CNJ, ele é encontrado a partir de interpretação subsidiária do artigo 306.º do CPP, que prevê a comunicação do auto de prisão em flagrante ao juiz em 24 horas da prisão.

¹⁵⁰ Antes das audiências de custódia, quando um indivíduo era preso, quer seja provisoriamente ou em definitivo, diante da superlotação dos presídios, que impedia a entrada de novos detentos, muitas vezes até devido a

Neste contexto, a audiência de garantia também serve para regular essa triagem, podendo-se detectar se algum outro instrumento cautelatório, diverso do cárcere, merece ser aplicado ao caso concreto, protegendo-se a sociedade e resguardando os objetivos do *jus puniendi*.

E mais, sendo estendido às prisões definitivas, o controle judicial realizado no ato de apresentação verifica a sua legitimidade e confirma a sua imperatividade, efeitos da condenação.

Para tanto, a Resolução n.º 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu uma dinâmica procedimental, garantindo-se ao defensor a coleta de informações junto ao detido, livre da presença do Estado Policial¹⁵¹, para que possa trabalhar na sua assistência, devendo ainda ser assegurada ao mesmo os direitos inerentes a sua dignidade.

Neste sentido, melhor explicando os passos, de primeiro cabe detalhar os diferentes momentos da prisão.

Quando um indivíduo é detido, quer seja em definitivo ou provisoriamente, isto é, de maneira preventiva, temporária ou em flagrante delito, de logo, tem-se a privação da sua liberdade sob a forma de captura, ao ser ele surpreendido após uma condenação ou nas hipóteses dos artigos 302.º e 312.º do CPP ou da Lei n.º 7.960/1989, permanecendo em cárcere, agora do tipo custódia, até a sua apresentação para audiência, que será agendada pelo Poder Judiciário.

Em regra, após comunicada a prisão, como, por exemplo, através da remessa do auto de prisão em flagrante à Justiça, o próprio cartório criminal designa a data para a audiência de apresentação, que aos costumes ocorre no dia seguinte ao da detenção.

Para tanto, juiz, promotor de justiça e defensor público, além do pessoal de apoio já se acham por antecipação escalados por suas instituições, cabendo à Polícia Judiciária proceder à identificação do preso, quando não existente nos autos, a realização de seu exame

interdições judiciais, eles permaneciam em Delegacias de Polícia, lotando os seus xadrezes, quando existentes, e até mesmo sendo algemados em viaturas, postes ou grades externas. Tal situação, além de violar os direitos humanos do recolhido, trazia séria repercussão para o trabalho da Polícia Judiciária, que acabava por transformar seus agentes de investigação, que não dispunham de treinamento especializado para aquele público, em carcereiros. Além disso, as unidades policiais, desequipadas para aquela custódia e para o atendimento das necessidades básicas e vitais dos internos, viraram um problema social para o seu entorno, face as constantes fugas e rebeliões, virando um motivo de temor para a comunidade vizinha. Com a apresentação imediata do preso ao Judiciário, ou este ganha a liberdade ou já é transportado para o sistema prisional que, desafogado pelas rotineiras medidas desencarceradoras, disponibiliza vaga de pronto para aquele que permanecerá custodiado.

¹⁵¹ Vide artigo 6.º da Resolução n.º 213/2015, do CNJ.

de corpo de delito, para atestar o seu estado de saúde, e, ao fim, o seu transporte ao local de realização do ato.

Iniciada a audiência, sob a presidência do Poder Judiciário, após verificada pelo juiz a regularidade das circunstâncias de recolhimento a que restou submetida a pessoa e da sua autuação, quando em flagrante, o preso é entrevistado frente a frente pelo magistrado¹⁵², devendo ele seguir o rito preconizado no artigo 8.º da mencionada norma do Conselho Nacional de Justiça.

Observemos que, atendendo aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana, trata-se de uma entrevista, realizada por um juiz, com participação da Defesa e do Ministério Público, sem o cunho de interrogatório, sem a vigilância da Polícia e sem o uso desnecessário de algemas, por exemplo¹⁵³, na qual o detido é orientado sobre o ato, seus direitos, sendo-lhe indagado sobre as circunstâncias que o levaram ao cárcere.

Neste instante, o julgador não deve entrar no mérito da causa, sob pena de instruir por equívoco o feito, função destinada ao juiz competente, respeitada as correlatas esfera e repartição judiciais¹⁵⁴.

Após esta ouvida, será conferida a palavra ao representante do Ministério Público e à defesa, nesta ordem, segundo o artigo 8.º, §1.º, da citada Resolução, para as suas manifestações e pleitos.

Concluído o ato, o magistrado decidirá pela ilegalidade do feito, relaxando a detenção, ou pela sua conformidade, quando passará a optar pelas medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal¹⁵⁵, inclusive a manutenção do aprisionamento, quer seja definitivo ou preventivo, que seria uma terceira modalidade de restrição da liberdade, relativa ao mesmo fato, desta feita do tipo processual.

¹⁵² Conforme artigo 1.º, § 2.º, da Resolução n.º 213/2015, nas hipóteses de ser o preso apresentado fora da jurisdição processante, caberá ao juiz da comarca em que foi ele detido conduzir a audiência de custódia.

¹⁵³ Vide artigo 8.º da Resolução n.º 213/2015 do CNJ.

¹⁵⁴ Vale salientar que, por se tratar de uma mesma instância judicial, o juiz da causa não poderá alterar a decisão de uma audiência de custódia, sem a percepção de um fato novo. Tal entendimento, firmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o *Habeas Corpus* 2148444-14.2018.8.26.0000 (vide decisão em <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-causa-nao-revisar-decisao1.pdf>), preservou a ordem jurídica de uma possível subversão, diante de decisões contraditórias envolvendo o mesmo fato. Além disso, deu-se força ao instrumento da audiência de garantia, assegurando a autonomia de suas ordens.

¹⁵⁵ Podendo inclusive, de acordo com os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, substituir a prisão por um mecanismo cautelaratório do artigo 319.º do CPP.

Assim, teremos em uma única situação fática, diversas formas de privação, indo desde a captura do indivíduo, passando pela sua condução forçada à Polícia até a lavratura do procedimento, lá permanecendo ele recolhido até a audiência de garantia, quando ao final pode restar detido em definitivo ou em prevenção, sendo conduzido por direto dali para o presídio.

Todavia, em sendo substituída a prisão por uma medida cautelar diversa elencada no artigo 319.º da Lei Adjetiva Processual Brasileira, inclusive aquelas essenciais à proteção da mulher alvo de violência doméstica, sempre à luz dos conceitos de necessidade, adequação e proporcionalidade ¹⁵⁶, o autuado será cientificado de suas obrigações, cabendo o acompanhamento de tal cumprimento a uma Central Integrada de Alternativa Penal, estruturada pelo Poder Executivo em essencial para tal finalidade.

Ora, como podemos notar, o Conselho Nacional de Justiça, ao buscar implementar a audiência de apresentação, considerou-a um mecanismo de salvaguarda dos direitos humanos, da dignidade do detento, procurando preservá-lo de arbitrariedades e reprimir tortura, maus-tratos decorrentes de atividade policial. Em muitas passagens da Resolução n.º 213/2015¹⁵⁷, encontramos dispositivos tendentes a evitar a violação das garantias constitucionais dos presos, bem como, em sendo detectados abusos, reprimi-los.

Finalizados os procedimentos, todo o feito, arquivado em mídia, será apensado ao processo principal e remetido ao Juízo competente para continuar com a instrução ou demais providências pertinentes ao caso.

Outrossim, ainda no que se refere à audiência de custódia, como constatação prática de que se trata de uma medida com finalidade comum de proteção dos direitos do preso e de contenção da massificação carcerária, o artigo 13.º da Resolução a estende, repito, aos casos de prisão cautelar, tais como preventiva, em flagrante ou temporária, e definitiva, devendo ser a necessidade de apresentação imediata ao Judiciário aposta por expresse na ordem escrita de encarceramento.

Ao certo os avanços neste campo são animadores, em especial quando percebemos que as principais finalidades do instrumento estão sendo atingidos, em que pese a sua impopularidade. A adequação às normas internacionais, a prevenção e a repressão de arbitrariedades, torturas, maus-tratos e demais abusos, a contenção do aumento da população carcerária, que já ocasionava prejuízos aos trabalhos policiais, são fatores que demonstram o

¹⁵⁶ Expressamente previstos no artigo 9.º da Resolução n.º 231/2015 do CNJ.

¹⁵⁷ Vide, por exemplo, artigos 9.º, § 3.º, e 11.º, ambos da Resolução n.º 213/2015 do CNJ.

sucesso da medida adotada.

Não há como passar despercebida a redução da quantidade de presos em Delegacias de Polícia e até no sistema prisional. Apesar de ter a inicial desaprovação da sociedade, a audiência de custódia continua a ser uma medida eficaz para poupar criminosos de menor periculosidade do cárcere e de seus efeitos maléficos. A superlotação ainda existe, ações públicas ainda precisam ser tomadas, outras aprimoradas, mas, já se percebe que uma análise imediata da prisão realizada e de sua viabilidade não apenas garantem a dignidade do detido como também auxiliam o Estado em demandas coletivas que atrapalham o bom andamento das políticas de governo, como é o caso da falência do sistema prisional brasileiro.

Entretanto, a questão da reincidência, após o livramento, ainda é causa de preocupações, embora já haja previsão legal para os recalcitrantes, impedindo-os de obter novos benefícios. Cabe, no entanto, aos aplicadores do mecanismo e aos legisladores aprimorarem-no cada vez mais, para que possam ser alcançados mais objetivos, com uma perfeita sintonia entre segurança pública, ressocialização e efetividade processual do *jus puniendi*.

E, para tanto, já existe um norte a ser seguido, uma vez que tramita no Senado Federal um Projeto de Lei, sob o n.º 554/2011¹⁵⁸, regulamentando em definitivo a audiência de custódia e garantindo-lhe força de lei. Formas mais rígidas de trato da reincidência criminal, para serem aplicadas já no ato da apresentação ao magistrado, podem e devem ser inseridos neste texto, minimizando os efeitos negativos da liberdade daquele infrator, desestimulando-o a delinquir de novo.

3.4- A PRISÃO PREVENTIVA

Já estudamos, em passagens anteriores, as noções de prisão, a sua história, as suas diferentes modalidades e a sua função em um ordenamento jurídico, bem como entendemos que, através da Lei n.º 12.403/2011, no Brasil, criaram-se as alternativas ao cárcere.

Neste item, passaremos a detalhar, à minúcia, a prisão preventiva, enfatizando o seu conceito, as suas características, os seus requisitos, os seus pressupostos, o seu papel dentro do sistema criminal, a fim de, *a posteriori*, podermos desvendar se ela se mostra o meio mais eficaz para o enfrentamento da delinquência.

¹⁵⁸ Vide Projeto de Lei n.º 554/2011 em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>.

Pois bem, o aprisionamento, enquanto restrição de um direito fundamental do cidadão, a liberdade, deve encontrar respaldo em um âmbito de excepcionalidade, uma vez que, no ordenamento brasileiro, a Constituição Federal, em diversas passagens, procura resguardá-la.

Assim, princípios garantidores da legalidade, da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, dentre outros, estatuídos no artigo 5.º da Carta Cidadã de 1988, tonam o *status libertatis* uma regra incapaz de ser violada por motivos desproporcionais, por períodos aviltantes, sem uma finalidade justificada nos valores fundamentais do próprio indivíduo e da coletividade.

Todavia, até mesmo para coibir arbitrariedades e abusos, as ocasiões de exceção devem estar previstas, e assim ocorre naquele texto maior, que traça um roteiro imperativo para as hipóteses de quebra da normalidade.

Neste sentido, o artigo 5.º, LXI, da CF¹⁵⁹, prevê que, afora os casos de infrações militares, que estão disciplinadas em regime próprio, a pessoa apenas será recolhida ao cárcere em situação de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de um magistrado.

Entretanto, em uma aplicação sistêmica do aparato legal, tal garantia deve ser aplicada à luz dos demais princípios constitucionais, vinculando a quebra do livramento não apenas aos ditames procedimentais de flagrância ou de um documento formal, mas também a requisitos e pressupostos de aplicabilidade, sempre interpretados em sintonia com os valores fundamentais do cidadão.

Isto é, melhor explicando, no que tange à prisão preventiva, não basta que o indivíduo seja preso mediante um mandado judicial. Deve ser este mandamento lastreado em princípios de presunção de inocência, legalidade, proporcionalidade, contraditório, ampla defesa¹⁶⁰, de modo a sistematizar a medida não somente na prevenção e na repressão da criminalidade como também no respeito ao conjunto de garantias essenciais do ser humano que lhe assegura uma vida digna, inclusive quando viola a lei.

Com isso, a noção de cautelaridade, vista em capítulos precedentes, ganha destaque na aplicação do tema, posto que, já se mostrando uma medida excepcional, o aprisionamento preventivo deve estar atrelado a requisitos e pressupostos que lhe impliquem a

¹⁵⁹ Vide artigo 5.º, LXI, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁰ Garantindo à parte representada, inclusive, a possibilidade de contraditar a acusação, defendendo-se, expondo as suas razões.

característica de mecanismo de segurança para se efetivar um objetivo maior, neste caso, a prestação jurisdicional, o direito de punir do Estado e todas as suas vertentes.

3.4.1- HISTÓRICO

Para que possamos melhor compreender o instituto da prisão preventiva, é imprescindível que façamos a sua evolução histórica, haja vista que se trata de um mecanismo que sofreu diversas mutações ao longo dos tempos, muitas vezes havendo uma confusão entre cárcere e punição, épocas com aplicação da cautelaridade e tempos com a utilização da medida sem essa característica, sendo importante analisarmos esse percurso.

Já sabemos que, na Antiguidade, o cárcere era sinônimo de expiação, punição, revelando-se uma forma de resguardar o réu fisicamente para ser julgado e executado *a posteriori* por seu crime ou por sua dívida. Era um instrumento de nítido cunho cautelar, destinado a salvaguardar uma execução futura.

E, em verdade, até mesmo nesta época, o caráter excepcional da medida já se mostrava às claras presente, uma vez que, por exemplo, podia ser substituída por uma garantia financeira para aqueles que confessassem o crime.

Tem-se aqui, como um evento prático desta assertiva, o caso da Grécia, onde a prisão era uma maneira de se forçar o devedor a quitar seu débito, podendo ser ele levado a prestar trabalhos forçados para tanto.

Neste período, no entanto, a precariedade dos cárceres já se revelava um problema, tendo em vista que eram lugares improvisados, sem uma arquitetura penitenciária apropriada, em que muitas vezes se valia dos piores edifícios, tais como, ruínas, edificações abandonadas, calabouços, para adaptá-los aquela finalidade.

Na Idade Média, com o apogeu do método inquisitorial, o caráter de excepcionalidade foi deixado de lado e restou mitigado, sendo a detenção uma maneira de deixar o indivíduo à disposição do inquisidor para torturas e obtenção de confissões, apesar de ainda manter a sua finalidade de garantia da execução da pena.

Ou seja, o cárcere era uma forma de se tirar do acusado, mediante flagelos corporais, castigos, tormentas, uma confissão para justificar a posterior aplicação de uma sanção.

Não obstante, nestes tempos, influenciados pelos pensamentos da Igreja, voltados a uma reabilitação do réu, já se desenvolvia um pensamento que seria mais aprofundado no futuro, qual seja, o de utilização da prisão como um mecanismo de cumprimento da punição,

substituindo-se a sentença de morte por detenções temporais, quando não se visse motivo bastante, frente a ação delitiva praticada, para mutilá-lo ou tirar-lhe a vida.

Porém, no início do Século XVIII, a prisão ainda passava por um período negro, tendo apenas evoluído o seu conceito em meados daquele tempo, quando o encarceramento preventivo recuperou a sua característica de excepcionalidade, de mecanismo cautelaratório, mostrando-se um meio de garantia da Justiça, buscando-se impedir a destruição de provas, as fugas e resguardando a ordem pública, ameaçada com o crescimento da delinquência, sendo, portanto, um mecanismo essencial para conter tal avanço.

O cárcere era tido como uma maneira de absorver os desempregados e encobrir a miséria, evitando inconvenientes sociais e políticos que pudessem ameaçar os burgueses.

Além disso, diante do crescimento desta burguesia, do empobrecimento da população, era necessário proteger os interesses da classe, resguardando a ordem econômica, fonte da sua prosperidade e de dominação do proletariado. Dessa maneira, a existência de formas cautelares de preservação dos interesses sociais era imprescindível e a prisão se revelava uma alternativa muito agradável ao olhar dos ricos.

Outrossim, a pena de morte não era vista mais como um caminho viável para enfrentar a criminalidade, haja vista que não se podia aplicá-la a um número tão grande de pessoas e, assim, a prisão ganhou força como instrumento penal de controle social, transformando-se em uma forma de pena e de cautela.

Essa mudança de visão, prestigiada no iluminismo, aliada à crise econômica e à miséria, que acabara por aumentar a criminalidade e exigia que o martírio fosse substituído pela prisão, gerava também a obrigação de o Estado proteger a sociedade, cabendo a cada cidadão ceder parte de seus direitos para tanto, transferindo-lhe o direito de punir ensinado por Beccaria, em 1764¹⁶¹.

Este pensador via que o suplício já não mais tinha sentido, por ser um espetáculo cruel e violento que mais trazia prejuízos sociais¹⁶², considerando, como alternativa, que o direito de aplicação da pena era baseado na força, e, diante de um conjunto probatório limitado pela lei, o encarceramento, quer seja como pena, quer seja cautelaratório, era justificado.

Com a Revolução Francesa de 1789, os castigos perderam em definitivo espaço e a humanização da sanção, agora dosada, proporcional ao mal causado, ganhou seu lugar.

¹⁶¹ BECCARIA, Cesare – **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: CD, 1996, pgs. 18 e 19.

¹⁶² *Op. cit.*, pg. 33.

O capitalismo e a pobreza trocaram a vingança pela defesa social e o cárcere, antes fonte de humilhação, virou um lugar para readaptação, onde havia uma restrição da liberdade, mas vigiada, para se evitar a reincidência, segundo os ensinamentos do sistema panóptico de Michel Foucault¹⁶³. Os cárceres passaram a ser idealizados e em particular dotados de estrutura digna, adequada para a correta ressocialização, fundados no rigor, na higiene, na reflexão e na segurança.

Enfim, com a Idade Moderna e, após a Revolução Francesa, seguindo-se até os tempos contemporâneos, a prisão passou a ser vista de uma outra forma, sendo o cárcere tido como um mal a ser adotado em circunstâncias excepcionais, fruto de uma criminalidade gerada por fatores sociais, e que, diante da necessidade de proteção dos bens e dos direitos coletivos, ameaçados de aniquilamento, pode ser aceita.

A teoria do *laissez faire*, reduzindo-se a presença estatal na esfera privada encontra na cautelaridade a justificativa propícia para garantir a intervenção pública no fenômeno criminal, estendendo a prisão aos casos de afronta ao interesse comum, segregando em prevenção aquele que afrontava essa paz social.

No que pertine o Direito Brasileiro, o cárcere também se mostrava um lugar de expiação até o final do Século XVIII, sendo o local para se aguardar a condenação e a imposição da sanção. Todavia, a prisão como cautela esteve presente no mundo jurídico pátrio desde os primórdios da colonização, haja vista que, de 1512 a 1605, durante a vigência das Ordenações Manuelinas, a cautelaridade era possível após a denúncia de um crime, “*dando querela*” ao feito, mesmo sem um conjunto probatório que a legitimasse¹⁶⁴.

Com as Ordenações Filipinas de 1603, a exigência de provas para o cárcere preventivo foi estendida a todas as situações, inclusive de menor relevo, sendo imperiosa a apresentação de qualquer elemento de convicção com idoneidade¹⁶⁵, que pudesse atestar a autoria dos acusados e a existência do ocorrido.

Em 1612, a Lei da Reforma da Justiça continuou assegurando a necessidade do rol probatório para o encarceramento cautelar do indivíduo, exigindo a formação da culpa para tanto, a qual deveria ser anterior à detenção, merecendo ser desconsiderada se lhe sobreviesse.

¹⁶³ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e Punir – Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1999, pgs. 219 e 261.

¹⁶⁴ Tal requisito era restrito aos casos de menor potencial ofensivo.

¹⁶⁵ Até mesmo três ou quatro testemunhas.

Entretanto, em 1821, percebendo os abusos de autoridades públicas na aplicação da garantia da liberdade do cidadão, o Príncipe Regente Dom Pedro, em 23 de maio daquele ano, decretou ato limitando a prisão aos casos de flagrante delito e ordem escrita de um magistrado, sendo este preceito mantido, inclusive quando à essencial fundamentação da providência, na Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179.¹⁶⁶

A formação da culpa era, na maioria das hipóteses, fundamental para a perda preventiva do *status libertatis* e, mesmo diante de tal convicção, se o caso envolvesse um delito com pena preceituada menor de 6 meses ou quando quitasse a fiança, se permitida, era garantido o livramento.

Contudo, a demonstração da responsabilidade criminal, imprescindível para quase todas as hipóteses de natureza cautelar, era dispensada se houvesse uma ocasião de flagrante delito ou o indivíduo não prestasse a regular caução, quando exigida, sendo o sujeito, nesta oportunidade, recolhido à cadeia, conforme artigo 179.¹⁶⁷

Portanto, a formação do convencimento, disciplinada em 1832 pelo Código de Processo Criminal de 1.ª Instância, o Código Imperial, em seus artigos 134.º e seguintes¹⁶⁸, permitia uma filtragem da acusação, possibilitando que o magistrado, antes de admitir a denúncia ou a queixa apresentada, pudesse restar convencido da existência do crime e da sua autoria para, com isso, dar prosseguimento ao feito, lançando o nome do indivíduo no livro próprio e recolhendo-o *incontinenti* ao cárcere. Observamos aqui que a cautelaridade, neste tempo, é decorrente da admissibilidade da acusação, sendo a restrição da liberdade dela derivada de imediato.

Com o advento do chamado “*policialismo judiciário*” da Lei n.º 261, de 1841, quando a instituição passou a gozar de poderes de prisão, investigação, acusação e pronúncia dos acusados de crimes de menor relevância para o Estado, as funções antes previstas no artigo 12.º do Código Imperial de 32¹⁶⁹, mais assemelhadas à atividade de juiz de paz, foram alargadas no artigo 4.º do novo texto legal¹⁷⁰ e a visão do encarceramento como forma de garantir a condenação foi difundida.

Esta situação perdurou até 1871, quando a competência para julgar infrações penais foi retirada da Polícia pela Lei n.º 2.033, sendo-lhe garantidas a possibilidade de

¹⁶⁶ Vide artigo 179.º da Constituição de 1821.

¹⁶⁷ Vide artigo 179.º da Constituição de 1821.

¹⁶⁸ Vide artigo 132.º da Lei n.º 29, de novembro de 1832.

¹⁶⁹ Vide artigo 12.º da Lei n.º 29, de novembro de 1832.

¹⁷⁰ Vide artigo 4.º, § 1.º, da Lei n.º 261/1841.

arbitramento da fiança e a presidência do Inquérito Policial, recém-criado pelo Decreto n.º 4.824 daquele ano. Entretanto, o artigo 13.º, § 4.º¹⁷¹, da referida norma diminuiu o alcance da prisão preventiva, proibindo-a quando a data do cometimento do crime completasse um ano.

Mesmo assim, a força cautelar da detenção continuou a figurar nos textos legais brasileiros, inclusive mantendo o poder de restringi-la com o aparato investigativo, na medida em que, em 1890, o Código Penal autorizava, em seu artigo 121.º, a detenção preventiva quando não acatada a 3.ª admoestação entregue pela autoridade policial.

E mais, em 1941, o novo Código de Processo Penal já deixava claro, em sua exposição de motivos, que a cautelaridade continuaria a fundamentar a privação da liberdade, a bem do interesse da Justiça, que não poderia ficar refém de formalidades. Assim, a admissibilidade do cárcere de natureza preventivo foi ampliada, estendida aos casos de ameaça à ordem pública, à salvaguarda da instrução criminal e da boa aplicação da lei penal, sendo obrigatório quando a pena máxima prevista fosse superior a dez anos, ocasião em que até a prova indiciária era aceita para justificá-lo.

A prisão para averiguação por 180 dias era outra realidade da época, quando a autoridade judiciária teve seus poderes aviltados e a Polícia e o Ministério Público herdaram a prerrogativa de decretar o cerceamento da liberdade por tal período, sem qualquer controle judicial, de maneira preventiva.

E ainda essa mesma cautelaridade poderia fundamentar a prorrogação do cárcere, em dois períodos sucessivos de 45 dias, mediante autorização não do Poder Judiciário, mas sim dos Ministros da Justiça ou do Interior. Isso se dava quando a investigação fosse de difícil elucidação, de alta complexidade, sendo, neste caso, necessários fortes indícios de culpa dos envolvidos, considerados perigosos.

Os Decretos n.º 35.007, de 1945, e 36.387, de 1947, foram outros pontos marcantes para o entendimento da prisão como cautela, editados com o fito de conter movimentos sociais e políticos contrários à autoridade do governo. Já com a participação do Judiciário, após pleito do Ministério Público, aquela norma previa a internação de pessoas com potencial para a reincidência e saúde mental questionada, mas trazia uma certa mitigação, isto é, medidas alternativas ao cárcere, tais como, interdição do exercício de certos ofícios, profissões e direitos, livramento vigiado, determinação de local de residência.

Já o segundo diploma, de conotação mais estrita, estatuiu a concretização de medidas de segurança para aqueles que se mostrassem uma ameaça social e carecessem de

¹⁷¹ Vide artigo 13.º, § 4.º, da Lei n.º 2.033/1871.

reabilitação. Porém, assim como o outro decreto, também possuía dispositivos referentes à fixação de moradia, sempre com um nítido caráter preventivo, cautelar, embora atingissem parte da população, em especial os opositoristas ao regime de governo da época.

Todavia, o tema ainda se mostrava em demasia abrangente, sem uma necessária objetividade para a privação da liberdade, ainda que como forma de cautela. Os contextualizados requisitos para a prisão preventiva, manutenção da ordem pública, garantia da aplicação da lei penal e da instrução criminal se mostravam fórmulas abertas, sem um vínculo direto a um rigoroso conjunto probatório determinante de materialidade e autoria delitivas, podendo ser aplicada com finalidades abrangentes e distorcidas, de acordo com o entendimento particular de cada magistrado.

Mas, como já dito no item 3.3.1 desta obra, as normas atinentes ao encarceramento preventivo, no Brasil, sofreram mutações variadas, alternando momentos de rigor e abrandamento, inconsistência e objetividade. Assim, já em 1967, com a Lei n.º 5.349, a obrigatoriedade da reclusão cautelar após a admissibilidade da acusação foi abolida. Em 1973, a Lei n.º 5.941 garantiu a liberdade do réu ainda que condenado ou pronunciado e, em 1977, os requisitos da prisão provisória em tela passaram a ser exigidos para a quebra daquela garantia, podendo inclusive o julgador dispensar a fiança para tanto.

Enfim, todo esse avanço, que envolveu a promulgação de diversas outras legislações¹⁷², culminou com a Lei n.º 12.403/2011, a qual veio prestigiar a liberdade em detrimento da cela, tornando aquela a regra e esta a exceção, na medida em que prescreve que o *status libertatis* apenas será restrito quando os requisitos e pressupostos legais para o cárcere cautelar estiverem presentes.

Não basta mais a formação da culpa para a privação daquele direito fundamental do cidadão, merecendo, a partir de então, um destaque elevado para obrigatória verificação das finalidades das providências cautelares, lastreadas na necessidade, na adequação e na proporcionalidade.

Apesar de também dever estar presente o *fumus commissi delicti*, traduzido na certeza da materialidade e da autoria criminosas, o *periculum libertatis*, isto é, o risco que o livramento daquele cidadão causará ao processo, às partes, ao meio social, enfim, à jurisdição, deve ser analisado e esta ameaça concreta se torna essencial para a adoção de um mecanismo tão drástico na vida do indivíduo.

¹⁷² Podemos citar, neste período, as Leis n.º 11.689 e 11.719, ambas de 2008.

De fato, no Brasil, passou a vigorar um novo entendimento acerca da temática, alterando antigos institutos, extinguindo alguns e criando outros, sempre com o intuito de acabar com o liame outrora visto como natural entre crime e presídio.

Como exemplo disto, podemos ressaltar certas modalidades de prisão provisória que foram abolidas do sistema jurídico-penal brasileiro. Os encarceramentos decorrentes de sentença condenatória e de pronúncia, antes automáticos e justificados na formação da culpa, adequaram-se a esta nova visão, e deixaram de existir, cabendo nos dias atuais ao magistrado, ao final destas fases processuais, averiguar se em real o encarceramento será imprescindível para a concretização do *jus puniendi* e, assim entendendo, decretar a medida preventiva.

A fiança, antes vista como uma caução destinada a assegurar as custas, a indenização à vítima, uma multa, tornou-se uma maneira alternativa de se manter a pessoa livre, mesmo que a vinculando financeiramente ao procedimento.

Outro exemplo de mitigação daquela correlação entre crime, medo, vingança e cadeia pode ser observada na relativização das limitações à liberdade nas hipóteses de crimes hediondos, quando a própria jurisprudência brasileira, já citada neste trabalho, quebrou paradigmas e, em uma clara aceitação do novo contexto normativo, permitiu que o indivíduo se defenda solto, por considerar que a proibição da fiança independe da questão prisional, a qual agora deve ser baseada no grau de perigo oferecido pelo acusado ao processo e à sociedade.

3.4.2- CONCEITO

Para uma boa conceituação do instituto em foco, devemos de início destacar os seus elementos essenciais, sob a ótica da excepcionalidade da medida e da sua importância para o desfecho do *jus puniendi*.

Assim, a prisão preventiva consiste na modalidade de cerceamento cautelar mais aberta existente em um sistema jurídico, uma vez que, de regra, não se vincula a um determinado lapso temporal de duração, devendo subsistir enquanto perdurar a sua finalidade, os seus pressupostos e requisitos.

Na nova sistemática processual brasileira, influenciada por outros textos normativos, dentre eles o português, atendendo a pactos internacionais de preservação dos direitos humanos, da dignidade e da presunção de inocência, o encarceramento preventivo se fundamenta em noções de necessidade, adequação e proporcionalidade, devendo ser a *ultima ratio* para a efetivação do resultado da jurisdição.

E aí está o seu objetivo, garantir o direito de punir estatal e os anseios da vítima, enfim, a perfeita prestação jurisdicional. Como toda medida cautelar, o encarceramento preventivo visa a satisfazer o processo, buscando resguardar os interesses dos demais envolvidos na lide, preservando a sua segurança, o seu direito, e também mirando os efeitos e a concretização dos mandamentos judiciais ali emanados.

Ademais, conforme artigo 311.º, do Código de Processo Penal¹⁷³, cabe ao Judiciário, por iniciativa própria, ou, mediante pleito da vítima ou de seu assistente, do Ministério Público ou da Polícia Investigativa, a decretação do mecanismo cautelatório.

Ele pode ser decretado em qualquer etapa da persecução criminal ou do feito judicial, presente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, com a finalidade de preservar as ordens pública e econômica, a instrução processual e a concretização dos ditames legais emanados pelo julgador ou ainda como forma de responder à quebra de obrigações cautelares diversas do cárcere antes impostas¹⁷⁴.

Vale-se asseverar que, nesta última hipótese, mesmo com o rompimento das medidas citadas, para ser decretada a perda liberdade da pessoa, deve o juiz atentar se é a maneira menos gravosa de atendimento ao direito de punir estatal, diante dos ditames da cautelaridade. Caso contrário, uma nova alternativa merece ser testada antes do cárcere.

Feitas estas considerações, com estes parâmetros e elementos em mente, podemos conceituar a prisão preventiva como sendo a restrição provisória, sem um período de duração pré-determinado, da liberdade do indivíduo, adotada por um magistrado, em qualquer fase da investigação ou do processo judicial, mediante a obediência de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, após constatação da sua autoria em evento delitivo, pressuposto da fumaça do bom direito, e atendidos os requisitos do perigo da liberdade expressos na salvaguarda da garantia das ordens pública e econômica, do bom andamento da instrução criminal e da regular aplicação da lei penal.

Imprescindível atentarmos, antes de encerrarmos o item, que, diante do novo contexto processual penal brasileiro, tal instrumento de cautela, atendidos aqueles critérios de proporcionalidade, mesmo achando guarida no texto legal, não é automático e nem sequer um poder-dever do magistrado. Ao contrário, é a *ultima ratio* para garantir a efetividade da jurisdição.

¹⁷³ Vide artigo 311.º do CPP.

¹⁷⁴ Vide artigo 312.º do CPP.

3.4.3- REQUISITOS

O tema dos requisitos da prisão preventiva, por si só, já ensejaria um estudo específico e uma obra particular, tendo em vista a sua complexidade e a polêmica envolvendo a sua aplicação.

Em se tratando da forma mais genuína de expressão do cerceamento cautelar existente, em especial, no direito brasileiro, muito tem se debatido a respeito da abertura das noções expostas no artigo 312.º do Código de Processo Penal, mantida pela Lei n.º 12.403/2011.

Porém, já sabendo que cabe ao magistrado a decisão de privar ou não preventivamente a liberdade de alguém, resta-nos questionar em que momento pode ele praticar tal ato.

A resposta se encontra textualizada no artigo 311.º do Código de Processo Penal¹⁷⁵, uma vez que assevera que “*em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal*” caberá a aplicação do instituto em epígrafe.

Assim, desde que instaurada a persecução criminal ou, após o início da ação penal, poderá o magistrado decretar a prisão preventiva de determinada pessoa, em ato fundamentado, obedecidos, repito mais uma vez, os critérios da cautelaridade.

Ou seja, tomando conhecimento de uma ação delitiva, quer seja por sua própria atuação, quer seja por provocação de alguma vítima, do Ministério Público ou de entidade diversa, a Autoridade Policial não poderá de imediato representar pela prisão preventiva daquele que foi acusado de um tipo penal.

Em primeiro, o Delegado de Polícia deverá instaurar o procedimento administrativo de apuração pertinente, qual seja, o Inquérito Policial, colher as provas necessárias para formar o convencimento do magistrado, tais como, ouvir testemunhas, recolher e apreender objetos utilizados no crime, apensar documentos inerentes ao evento, e, em seguida, confeccionar representação de encarceramento cautelar, endereçando-a, assim, ao Poder Judiciário.

No entanto, outras pessoas poderão também pleitear a perda da liberdade do indivíduo e elas estão elencadas no mesmo artigo 311.º, tratando-se do representante do *Parquet*, do próprio ofendido e do assistente de acusação.

¹⁷⁵ Vide artigo 311.º do CPP.

Entretanto, devemos atentar para o fato de que o mencionado texto legal prevê o pronunciamento judicial apenas quando em fase de investigação ou de instrução processual. Com isso, afora as hipóteses de delitos de iniciativa privada, quando a própria vítima é quem aciona o aparato estatal investigativo e até mesmo o judicial, e de provocação subsidiária, ao substituir ela o órgão acusador inerte, nas demais situações de feitos públicos, embora querendo o ofendido ou seu assistente de acusação pugnar pela decretação do encarceramento cautelar de alguém, devem eles em primeiro instigar a instauração do Inquérito Policial ou da correspondente ação penal para, em seguida, realizar o devido pedido.

Já no que tange o Ministério Público, por ser ele o dono da ação penal pública, de livre vontade, se incondicionada, ou após a manifestação de interesse da parte atacada, quando o feito dela depende, pode tal órgão, de posse de elementos de convencimento bastantes, promover o início do processo, já pugnando pelo cárcere cautelar.

Em suma, a decretação do encarceramento preventivo é possível após a instauração do Inquérito Policial, quando podem ser requeridas pelo ofendido, seu assistente, pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia, bem como no decorrer do processo criminal, neste último caso, sendo acrescentado a este rol o próprio magistrado, que, iniciada a instrução judicial, tem o poder de agir de ofício e restringir o *status libertatis*.

Entretanto, esta atividade do juiz tem encontrado resistência sob o argumento de que, mesmo havendo a restrição de só agir por livre impulso se já houver uma ação penal em curso, ao decretar a prisão preventiva de um indivíduo, de ofício, o juiz estaria ferindo o sistema acusatório, uma vez que acabaria por funcionar como acusador, antecipando a sua apreciação e a sua decisão sobre a autoria e materialidade delitivas do caso concreto, prejudgando o feito, violando a imparcialidade e o sistema paritário de armas que rege o processo no Brasil.

Pois bem, voltando aos requisitos da medida cautelatória em questão, pelo artigo 312.º do diploma processual¹⁷⁶, o magistrado poderá cercear a liberdade de alguém se estiverem presentes algumas condições de admissibilidade, quais sejam, a ameaça à ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal e a boa aplicação da lei penal. É a tradução do *periculum libertatis*, enquanto expressão do *periculum in mora*, parte da essência das providências cautelares em geral.

De início, cabe-nos conceituar o que seria ataque às ordens pública ou econômica. Proveniente do *ius publicum* do Direito Romano, quando a soberania era uma característica da

¹⁷⁶ Vide artigo 312.º do CPP.

norma imposta à sociedade, a noção de normalidade expressa naquela expressão se moldou ao longo do tempo, quer seja nos Tribunais do Santo Ofício quer seja nas desordens públicas ocorridas na Espanha no Século XV e nos demais países nos idos de 1700, quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, no seu artigo 10.º, já a definia¹⁷⁷, sendo bem utilizada pela Constituição Espanhola de 1812, em seus artigos 170.º e 321.º¹⁷⁸, nos artigos 72.º e 122.º, das Cartas Fundamentais do Brasil de 1891 e 1937¹⁷⁹, por respectivo, mais tarde mantida no Código de Processo Penal de 1941¹⁸⁰ e ratificado pela alteração legislativa de 2011.

A tarefa de conceituar ordem pública, em sede de processo penal, encontra uma barreira nas diversas acepções que o termo tem adotado, horas funcionando como uma tranquilidade, um interesse, uma força social, horas expressando uma função política do Estado junto à sociedade, limitando a autonomia da vontade, mas sempre demonstrando, na verdade, um objetivo comum a ser perseguido.

Além deste reflexo social, a ordem pública, para ser confundida com uma expressão de natureza ética, mutável, deve ser eivada de juridicidade, certeza, rigidez, servindo de fator limitativo da conduta individual.

Esta incerteza, a ser superada pelo “*principialismo*” defendido por Ferrajoli, sinônimo de aplicação das garantias fundamentais¹⁸¹, e na adequação constitucional interpretativa, sob o julgo de proteger a vida em sociedade daquele que demonstra uma conduta atentatória ao bem comum, com iminente risco de reincidência, por muito tempo vem permeado o processo penal brasileiro, em uma clara afronta à legalidade, na medida em que cria situações distorcidas de vantagem e de excessivo rigor, incompatíveis com a segurança jurídica dos preceitos contidos na Carta Magna.

E mais, tal situação, fonte de inestimável fraqueza hermenêutica, no Brasil, não foi resolvida na atualização do Código de Processo Penal, em 2011, continuando o termo a figurar mais como um instrumento de ação estatal, um fundamento de aplicabilidade,

¹⁷⁷ Vide artigo 10.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹⁷⁸ Vide artigos 170.º e 321.º, da Constituição Espanhola de 1812.

¹⁷⁹ Vide artigos 72.º e 122.º das Constituições Brasileiras de 1891 e 1937, respectivamente.

¹⁸⁰ Influenciado pelo Código de Processo Penal Italiano de 1930, com patentes características autoritárias.

¹⁸¹ Para Ferrajoli, “os direitos fundamentais diferem de regras positivadas, são verdadeiros princípios éticos, que aproximam o Direito à Moral e que, por comumente se conflitarem, exigem uma especial aplicabilidade da ponderação”. (FERRAJOLI, Luigi – **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, 2011, pg. 21).

expressando periculosidade, risco de reincidência, clamor, repercussão, proteção, interesse coletivo, enfim, segurança pública.

Pois bem, a dificuldade de contextualização e a ausência de um conceito exato de ordem pública, tem se mostrado um grande impulsionador de presunção de culpa e de consequentes abusos praticados em face da liberdade, uma vez que, fundamentados em correntes das mais variadas vertentes, inclusive no Direito Penal do Inimigo, muitos magistrados acabam por encarcerar preventivamente pessoas consideradas perigosas, por iminente reincidentes, ameaçadoras a uma sociedade que clama por segurança¹⁸².

Muito tem se aplicado o encarceramento cautelar, justificado na ameaça à ordem pública, na tentativa de se evitar que o infrator pratique outros delitos contra aquela vítima, seus familiares ou até em face de pessoas diversas, por entender que livre ele encontrará meios propícios à reincidência ou só por ser ele propenso à prática criminosa. Trata-se de uma escancarada má aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que se leva um indivíduo ao cárcere apenas por conta da sua preconcebida periculosidade ou pela mera possibilidade de repetição da conduta típica.

A definição de um critério seguro, portanto, deve abranger uma interação de entendimentos, uma interdisciplinariedade, a fim de melhor se achar um sentido para o termo, entendendo-o em um contexto geral, mediante critérios de natureza criminal, mas também atentando-se para particularidades sociológicas da convivência e psicológicas do indivíduo, dentre outros aspectos.

Assim, podemos entender a ordem pública como aquela situação de tranquilidade social, frente a convivência ordenada de seus membros, que acaba por manter a incolumidade, a integridade e a paz públicas, afastando a coletividade da insegurança e da reincidência criminal.

No entanto, a meu sentir, o mais importante nesta seara, que acabará por preservar a juridicidade da expressão, a sua estabilidade jurídica e a perfeita aplicabilidade a cada caso concreto, está nos critérios interpretativos a serem utilizados.

Com isso, percebemos que, vivendo em um Estado Democrático de Direito, no qual os princípios constitucionais são o norte e a base de todo o sistema legal e hermenêutico, o magistrado não pode se afastar da ponderação, analisando cada hipótese que lhe é

¹⁸² Vide decisão neste sentido, datada de 13/12/2018, no Recurso em Sentido Estrito n.º 70078913696, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/664635855/recurso-em-sentido-estrito-rse-70078913696-rs>.

apresentada e decidindo lastreado naqueles elementos conceituais, mas olhando para os valores fundamentais da presunção de inocência, da proporcionalidade, do devido processo legal¹⁸³.

Ora, para efetivar a sua eficácia no ramo criminal do Direito, perante uma situação de afronta ou ameaça à ordem pública, o julgador não deve ficar adstrito à sua mera definição. Ele tem que atentar para o termo em um contexto constitucional, concretizando o equilíbrio entre os princípios defendidos pela Carta Magna, assegurando a defesa da coletividade, da paz comum, da segurança, porém, respeitando a liberdade, a dignidade.

No que concerne à ordem econômica, as mesmas considerações acima expostas de tranquilidade coletiva, preservação da sociedade frente a uma violação concreta ou iminente do sistema normativo, devem lhe ser estendidas, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu artigo 170.^{o184}, define-lhe tais finalidades.

No entanto, com o intuito de especificar a tutela do risco de comportamentos atentatórios à harmonia econômica, que poderiam acarretar perdas elevadas de dividendos, colocando em perigo todo um sistema financeiro nacional, abalando a credibilidade do país no mercado global, a Lei n.º 8.884, de 1994, trouxe ao Diploma Processual Penal uma nova vertente da ordem pública, já antes tratada na Lei n.º 8.137/1990, mas agora especial e em direto voltada para aquele ramo da vida em sociedade, inserindo a expressão em comento no seu artigo 312.^{o185}.

Ademais, com o advento da Lei n.º 12.529, de 2011¹⁸⁶, a intervenção estatal da economia acabou por ser regulamentada, disciplinando-se a atividade comercial, abrangendo as ordens financeira, tributária, monetária, enfim, toda a relação de consumo, elevada a nível de bem coletivo, merecendo a atenção do legislador criminal em face de atitudes individuais que a violem ou ameacem.

¹⁸³ Para Manuel Monteiro Guedes Valente isso é uma expressão do princípio democrático. O professor cita que “o processo penal tem de promover a materialização dos princípios e dos direitos dos cidadãos próprios de um estado de direito democrático, ou seja, deve materializar o princípio democrático como “forma de legitimação do poder” de maneira que se torne no “impulso dirigente de uma sociedade””. (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pg. 184).

¹⁸⁴ Vide artigo 170.º da CF/88.

¹⁸⁵ Vide artigo 312.º do CPP.

¹⁸⁶ Vide artigos 36 e seguintes da Lei n.º 12.529, de 2011.

No entanto, autores como Eugênio Pacelli entendem que o específico enfoque dado à ordem econômica não se justifica, posto que a sua natureza já se enquadra na geral ordem pública, sendo uma pormenorização desnecessária¹⁸⁷.

E mais, Aury Lopes Júnior¹⁸⁸ ainda avança ao defender que o fundamento da prisão preventiva na ordem econômica seria de pouca aplicabilidade, por se tratar de uma previsão do futuro, uma vez que o resultado a ser verificado, qual seja, o abalo à ordem econômica, jamais estaria posto no processo por concreto, sendo a restrição do *status libertatis* fundada em um aspecto genérico, a se verificar ao longo do tempo ainda, o que não é permitido pela Constituição.

Outrossim, a conveniência da instrução criminal é outro requisito essencial para que se decrete a prisão preventiva de alguém. Interligado com o requisito da aplicação da boa lei penal, a preservação da investigação ou o processo, enquanto meios destinados a fazer valer o *jus puniendi* é outro fundamental lastro para a restrição da liberdade.

Trata-se de uma maneira de obstaculizar a destruição de provas, a coação de testemunhas, ou seja, o rompimento daquela situação de normalidade imprescindível para o regular desenvolvimento de qualquer feito, quer seja ele inquérito policial ou ação penal.

Lembremos aqui que um dos princípios norteadores do processo penal é a verdade real, voltado para a obtenção da concreta e fidedigna realidade dos fatos, o qual não poderia subsistir sem a preservação da apuração e da instrução correta e isenta do ocorrido. Por tal razão, o termo “conveniência”, usado pelo legislador, deve expressar uma necessidade, não apenas um mero capricho do magistrado^{189, 190 e 191}.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pg. 555.

¹⁸⁸ LOPES JÚNIOR, Aury – **Direito Processual Penal**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 855.

¹⁸⁹ Para Manuel Valente, “a busca da verdade real não pode ser absoluta, devendo manter o respeito à dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais”. (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, pg. 209).

¹⁹⁰ Já para Manuel da Costa Andrade, a violação de preceitos fundamentais durante a instrução seria uma imoralidade “pela qual o Estado puniria com uma das mãos e favoreceria o crime com a outra”. (ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 2006, pg. 221).

¹⁹¹ Costa Andrade assevera que “a utilização de meios proibidos de obtenção de prova, violando a dignidade da pessoa humana, seria uma afronta à identidade do processo penal enquanto representação de um Estado de Direito”. (ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 2006, pg. 209).

Vale salientar, neste momento, a importância do direito constitucional do acusado em não produzir provas contra si mesmo, preferindo, por exemplo, permanecer em silêncio, não apresentando por espontânea vontade documentos que lhe pertencem, sem que isso lhe gere a presunção de estar causando prejuízos ao procedimento, por não colaborar ativamente com o seu deslinde.

Ademais, tal requisito, por também não gozar de uma fórmula fechada para sua aplicação, deve ser valer da ponderação para ter uma aplicabilidade constitucional, cabendo ao julgador usar da sensibilidade ao meio social, às peculiaridades do processo, enfim, à vinculação da atitude do infrator frente a imprescindível preservação do conjunto probatório, para aferir a proporcional reação.

E, como terceiro requisito para a prisão preventiva, o artigo 312.º estatui a garantia da boa aplicação da lei penal. Ao diverso da proteção à instrução criminal, quando se buscar resguardar o rol de provas e o regular andamento do feito, este ponto procura salvaguardar a concretização da sanção, visto que tem por escopo coibir fugas, desaparecimentos da comarca, enfim, a burla ao cumprimento de uma sentença já prolatada.

Todavia, em que pese a evidente comunicação de todos os itens expostos no referido dispositivo do CPP, percebe-se às claras que a preservação do procedimento é preexistente à implementação da norma criminal, isto é, da punição.

Esta ressalva tem uma grande importância na aplicabilidade do artigo 312.º aos casos concretos, uma vez que, por se tratar de uma expressão vaga, qualquer pessoa poderia ficar submissa a um cárcere como forma de assegurar uma aplicação da lei penal que nem sequer se sabe se existirá.

Ora, poderíamos perguntar: Prender em prevenção uma pessoa, pelo fato de se ausentar do distrito da culpa, sob a alegação de estar foragida, sob a justificativa de ser um ataque à norma criminal, não seria punir por antecipação aquele que sequer foi condenado?

Para dirimir esta questão, voltamos mais uma vez para a ponderação, para a sensibilidade do magistrado, frente uma situação prática, analisando a hipótese diante de um conjunto probatório e de circunstâncias que lhe permitam ter a plena certeza de que aquele indivíduo está de fato ameaçando ou a instrução, destruindo provas, coagindo pessoas, ou se mostrando decidido a frustrar o *jus puniendi*.

Nesta última possibilidade, entendemos que o julgador, por se tratar de uma medida de antecipação de culpa, deve atentar para o rol probatório já coligido até o momento, para a caracterização da materialidade típica, ao grau de comprometimento daquele indivíduo

na autoria delitiva e também para a intenção deste, ou seja, os elementos de convicção capazes de atestar que de fato ele procura se eximir de sua responsabilização.

Assim, dados a respeito da conduta do infrator, tais como inexistência de residência fixa, de ocupação lícita, de rotina dentro de uma zona territorial conhecida, bem como desfazimento rápido e injustificado de bens, dentre outras demonstrações de que irá se mudar para um local incerto, são fatores que autorizam a aplicação deste requisito.

Em resumo, o anseio da evasão não pode ser fruto de uma presunção, deve estar claro, achar-se patente nos autos, cabendo ao juiz uma apreciação sensata, contextualizada e sistêmica daquela situação, para que se evite uma frustração dos fins do processo penal e não se cometa uma arbitrariedade¹⁹².

E, por fim, quanto às hipóteses de cabimento da prisão preventiva, elas se acham previstas, de início, no artigo 313.º, do CPP¹⁹³, mas também têm fundamento em outros dispositivos, como, por exemplo, o parágrafo único do artigo 312.º¹⁹⁴.

De primeiro, cabe destacar que, este último preceito faz remissão ao artigo 282.º, § 4.º, já estudado neste trabalho, asseverando que o encarceramento cautelar será decretado sempre que houver uma quebra daquelas condições que foram aplicadas como alternativas à cadeia.

Trata-se de uma forma de garantir coercibilidade às medidas paliativas ao cárcere, mas sem prejudicar o *jus puniendi*, uma vez que o beneficiado pela substituição saberá de logo que, em quebrando as regras impostas, será levado à cela.

Pois bem, o artigo 313.º, do Código de Processo Penal Brasileiro, alterado pela Lei n.º 12403/2011, veio a restringir o rol de delitos passíveis de prisão preventiva, haja vista, por exemplo, o aumento da pena dos tipos referidos para 4 anos e a exclusão de considerações feitas à vida do indivíduo, expressos em termos como “*vadio*”, “*dúvida sobre a sua identidade*”, existentes no texto precedente.

Isto, por si só, já demonstra uma intenção desencarceradora, na medida em que, com o aumento do limite mínimo para quatro anos, retira-se da zona de incidência crimes não abrangidos pela Lei n.º 9.099/1995, mas também não ensejadora de pena privativa de liberdade.

¹⁹² Lembremos aqui que medidas cautelares diversas da prisão, quer estejam previstas em lei, como a limitação de certas condutas, ou até mesmo atípicas, tal qual a retenção de passaporte, são alternativas viáveis para a segregação preventiva, impedindo-se, igualmente, uma fuga, sem atacar a liberdade do cidadão.

¹⁹³ Vide artigo 313.º do CPP.

¹⁹⁴ Vide artigo 312.º, parágrafo único, do CPP.

De fato, não havia razão para se prender cautelarmente aquele que ao final do processo jamais seria levado ao cárcere, em virtude do regime a ser aplicado (semiaberto ou aberto) ou de uma certa substituição da pena privativa de liberdade por restrição de direitos, multa.

Neste contexto, o inciso I, do artigo 313.º, prevê a prisão preventiva para os tipos dolosos, punidos com reclusão, cuja pena máxima seja superior a quatro anos. É uma inovação, posto que, no sistema pretérito, sequer havia tal estipulação, cabendo-a para qualquer infração sancionada com reclusão, independente da sua sanção abstrata cominada.

No ordenamento pátrio, crimes como furto simples (artigo 155 do Código Penal), posse e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (por respectivo, artigos 12 e 14 da Lei n.º 10.823/2006), dentre outros, que não se acham na tutela da Lei n.º 9.099/1995, só fundamentados na gravidade emanada da sanção abstrata disposta, estão impedidos de restringir a liberdade do seu acusado¹⁹⁵.

Aqui encontramos uma uniformidade de aplicação prática com o artigo 322.º do mesmo diploma, que trata da fiança, deixando claro que, ao ser capturado em flagrante delito, a consideração sobre a gravidade do delito feita para a prisão preventiva se estende àquela caução, não sendo plausível, repito, que uma pessoa que não seria levada ao presídio após uma condenação tivesse que perder o seu *status libertatis*, quer seja preventivamente ou até mesmo em situação flagrancial.

E mais, a imperatividade de se restringir a liberdade apenas em ocasiões aviltantes, graves, não foi expressa apenas no *quantum* da pena. A exclusão das oportunidades antes previstas para os tipos punidos com detenção, limitando-se agora tão somente aos casos de reclusão, mais aviltantes, é uma outra mostra de que o indivíduo deve ter por preferência a chance de ser defender solto.

Todavia, aqui cabe um destaque. Diante do disposto no artigo 313.º, I, do CPP, caberá prisão preventiva em crimes cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos?

De inopino, a resposta seria não, face a expressa previsão contrária. Todavia, tendo em vista que a interpretação da lei deve ser sistêmica e, levando-se em conta o preceituado nos artigos 282, § 4.º, 312.º, parágrafo único, bem como no inciso III, do artigo 313.º que veremos adiante, o qual acabou por mitigar as imposições de pena em tal situação¹⁹⁶,

¹⁹⁵ Por óbvio se surgirem outros fatores autorizadores da prisão preventiva, como, por exemplo, o descumprimento de uma medida cautelar alternativa imposta, reincidência em crime doloso, violação de medidas protetivas contra a violência doméstica, dentre outros, o encarceramento cautelar encontrará respaldo legal.

¹⁹⁶ Vejamos que um indivíduo que comete ameaça contra sua companheira, crime cuja pena é inferior a 4 anos, e

temos que responder em afirmativo, uma vez que, apesar de dotados de um *quantum* punitivo aquém daquele limite, a gravidade da situação exige um instrumento cautelaratório de tal natureza.

Isto demonstra, mais uma vez, a intenção do legislador em alterar a forma de encarar o *status libertatis*, prestigiando-o por um lado, estabelecendo mecanismos mais evoluídos para tanto, mas, por outro lado, privando aquele cidadão que clara e em real se mostra incapaz de continuar a conviver em sociedade.

Outrossim, no inciso II do artigo 313.º, I, do CPP, encontramos mais uma outra possibilidade de prisão preventiva para crimes com pena máxima igual ou inferior a 4 anos, ou punidos com detenção. Trata-se de uma repetição do antigo item II do mesmo dispositivo, aplicando-se o encarceramento cautelar ao indivíduo que reincidiu em crime doloso, com sentença transitada em julgado, independente do tempo abstrato punitivo, ou de sua modalidade.

Aqui vale destacar que o essencial trânsito em julgado do processo, ou seja, do esgotamento das instâncias recursais, vincula a permissão do cárcere preventivo, não bastando para o deferimento da medida que se trate de uma condenação anterior por infração dolosa e nem que os requisitos, pressupostos e características do instrumento assecuratório estejam presentes.

Melhor explicando, se José foi acusado de um determinado crime e, anteriormente, possui condenação por outro delito doloso, mesmo que com pena abstrata inferior a 4 anos, tendo o processo transitado em julgado, caberá a prisão preventiva, claro, se existirem os demais elementos basilares de admissibilidade previstos no artigo 312.º, do diploma processual penal.

Entretanto, uma ressalva é feita pela norma no que tange à condenação anterior e se refere ao disposto no artigo 64.º, inciso I, do Código Penal, versando sobre a reaquisição da primariedade, com o transcurso do lapso de 5 anos do cumprimento ou extinção da pena, quando o antes sentenciado passará a não mais ser tido como reincidente¹⁹⁷.

Ora, considerando que a intenção do preceito é voltado para aquele que estaria retornando à prática delitiva, se as consequências de uma condenação anterior não lhe podem

descumpre uma medida protetiva decretada, poderá ser preso preventivamente, à luz de tal dispositivo.

¹⁹⁷ Vide artigo 64.º, I, do CP.

afetar, pelo decurso do tempo, não restaria fundamento plausível para que um mecanismo de cautela lhe fosse impelido, justamente por tal mácula que não subsiste¹⁹⁸.

Em outro sentido, se, mesmo tendo a oportunidade da ressocialização, através da força e da disciplina do sistema prisional advindo de uma sanção criminal, o indivíduo insiste em cometer ilícitos, fica demonstrado que tem deliberadas propensão e intenção de colocar em risco a sociedade, o processo, o *jus puniendi*, sendo uma ameaça concreta à ordem pública, à instrução e aplicação da lei penal, merecendo ser afastado do convívio coletivo.

Ao encerrar o *caput*, o artigo 313.º, em seu inciso III, prevê a prisão preventiva para aquele que atentar contra pessoas em situação de vulnerabilidades, quais seja, mulheres, enfermos, crianças, idosos ou indivíduos com deficiência.

Nesta seara, o preceito interage com outras normas, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei n.º 11.340/2006, e até com o próprio Código Penal que, em diversos de seus dispositivos, tais como o artigo 129.º, § 9.º¹⁹⁹, já prevê um agravamento da pena em face de ações contra tais pessoas.

É uma grande evolução do entendimento da necessidade de proteção a determinados grupos sociais que ficavam à mercê de seus agressores, muitas vezes reféns de um vínculo familiar afetivo, sujeitos a comportamentos criminosos constantes²⁰⁰.

E neste ponto, voltamos ao exemplo de dispensa do *quantum* de 4 anos da pena máxima, uma vez que a gravidade neste campo não está vinculada ao tempo de cumprimento de pena, mas sim à vulnerabilidade das vítimas e sua relação com os agressores.

Em verdade, com esta previsão, no que pertine a violência doméstica, visou-se a resguardar a vítima, não quando da prática de um ato criminoso puro e simples, que, em geral, teria uma pena total inferior a 4 anos, mas sim ao haver o desrespeito às medidas protetivas antes decretadas, o que deixaria evidente o risco à integridade daquela, o descaso com os pronunciamentos judiciais, isto é, revelaria a inequívoca presença dos requisitos do instrumento cautelar.

Não há como deixar de notar a interligação sistêmica de todo o ordenamento gerado pela Lei n.º 12.403/2011. A prisão preventiva, neste novo enfoque, passou a englobar conceitos e finalidades de outras normas, tais como, a Lei n.º 11.340/2006, o ECA, bem como

¹⁹⁸ Neste sentido, Paulo Rangel considera que “prender preventivamente um indivíduo sem atentar para o fim dos efeitos da reincidência, seria um *bis in idem* coibido pelo Pacto de São José da Costa Rica”. (RANGEL, Paulo – **Direito Processual Penal**. 19.ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, pg. 769).

¹⁹⁹ Vide artigo 129.º, § 9.º, do CP.

²⁰⁰ A anterior redação apenas se referia às mulheres.

de outros instrumentos processuais, como a fiança, criando uma relação entre eles, assemelhando hipóteses de cabimentos e objetivos.

A fiança, por exemplo, tem no artigo 322.º, do CPP²⁰¹, o limite de 4 anos estipulado para sua concessão, semelhante ao que ocorrente no mecanismo encarcerador. E mais, segue a caução neste liame, ao encontrar a previsão, no artigo 324.º, IV, do mesmo *Códex*²⁰², que ela não ser permitida quando presentes os requisitos da prisão preventiva.

Isto é, até mesmo o Delegado de Polícia, diante de uma situação concreta de flagrante delito, inicialmente afiançável, deve atentar para as hipóteses de aprisionamento preventivo para se posicionar sobre o deferimento ou não daquela garantia.

Assim, neste novo pensamento criminal brasileiro, institutos antes afastados, agora se acham ligados por critérios objetivos e de aplicabilidade diária efetiva, sendo necessário a interpretação de um para a implementação do outro.

E, ao que se tem do artigo 313.º, III, do CPP, uma prova disto é a Lei n.º 13.641, de 2018, que alterou o artigo 24.º, da Lei Maria da Penha²⁰³, retirando da Polícia a autoridade de arbitrar a fiança, diante da desobediência às medidas protetivas antes decretadas, ocasião em que apenas o juiz tem poder para tanto.

Pois bem, se, ao desobedecer uma determinação protetiva, o indivíduo adentra nas hipóteses de cabimento da prisão preventiva, pelo artigo 313.º, III, e, ao mesmo tempo, o arbitramento de fiança somente lhe é possível pelo magistrado, conforme artigo 24.º, da Lei n.º 11.340/2006, inegável a vinculação entre ambos, incontestes que todo o sistema prisional brasileiro foi interligado e os parâmetros coincidem.

No entanto, o parágrafo único do artigo 313.º, da Lei Adjetiva Penal²⁰⁴, traz um retrocesso para o *status libertatis*, uma vez que, por meio de uma fórmula extremamente subjetiva, distante de tudo aquilo que ganhou uma nova visão legal garantista, possibilita o encarceramento preventivo em casos de ausência de identificação civil do cidadão até que esta seja esclarecida.

Sob a justificativa de salvaguarda da lei criminal e de que os demais requisitos, pressupostos e características do instrumento devem estar presentes, o dispositivo, na verdade, remonta à antiga prisão para averiguação, ainda mais quando já preestabelece a liberdade após

²⁰¹ Vide artigo 322.º do CPP.

²⁰² Vide artigo 324.º, IV, do CPP.

²⁰³ Vide artigo 24.º da Lei n.º 11.340/2006, alterado pela Lei n.º 13.641/2018.

²⁰⁴ Vide artigo 313.º, parágrafo único, do CPP.

a individualização. Não há condicionante de tempo de pena, espécie de delito, condição de vulnerabilidade das vítimas, referindo-se a norma tão somente à falta de uma identidade.

Difícil encarar uma idéia de proporcionalidade de um cárcere decretado sob tal manto ainda mais quando houve uma vasta previsão legislativa de meios alternativos a ele.

Ademais, devemos observar que a coexistência dos requisitos acima expostos, apesar de geralmente percebida, não é essencial para o deferimento do mecanismo. O próprio dispositivo utiliza a palavra “ou”, demonstrando a possibilidade de aplicação do instrumento apenas quando um deles estiver configurado.

Com isso, nesta direção, não é imprescindível que o sujeito esteja concomitantemente ameaçando as ordens pública e econômica, a instrução do feito e a lei criminal, bastando que um destas condicionantes se mostre presente, de maneira concreta, sem presunções ou ilações, para que o decreto seja possível.

No mais, quanto à duração da prisão preventiva, em geral, esta não possui um lapso temporal predefinido, de acordo com o estatuído no artigo 316.º do Código de Processo Penal²⁰⁵, devendo o magistrado, usando o seu poder geral de cautela²⁰⁶, não apenas decidir sobre a implementação da medida, mas também a respeito da necessidade, da adequação e da proporcionalidade da sua manutenção.

Em verdade, não há uma fixação de prazo para o citado aprisionamento, por não estar ele ligado a qualquer questão temporal, mas sim a noções e particularidades da cautelaridade, de fumaça do bom direito, de perigo da demora da prestação jurisdicional.

Garantia das ordens pública e econômica, conveniência da instrução criminal e satisfatória aplicação da lei penal não são igualmente critérios lastreados em tempo e, assim, não haveria por que vincular o mecanismo cautelar a um período de existência. Isso já ocorre com a prisão temporária.

Entretanto, não se pode dizer que o diploma não previu nenhuma situação com uma regra fechada para tal duração. Na hipótese mencionada do parágrafo único do artigo 313.º, do CPP, por exemplo, o cárcere persistirá até a identificação do indivíduo.

Contudo, em via de regra, o encarceramento cautelar perdurará enquanto houver motivos para tanto, ou seja, desde que continuem presentes os requisitos, pressupostos e demais características da cautelaridade, cabendo ao julgador, frente os prazos processuais

²⁰⁵ Vide artigo 316.º do CPP.

²⁰⁶ Contrário a esse entendimento, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. PRADO, Geraldo. BADARÓ, Gustavo Henrique. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. FERNANDES, Og – **Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisão e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 18.

elencados naquele diploma²⁰⁷, ponderar um período razoável para não transformar a medida em coação, em arbitrariedade²⁰⁸, passível de ser combatida por meio de *habeas corpus*, diante de sua frontal ilegalidade e inconstitucionalidade.

Assim, apesar de não haver uma duração predefinida para a cautela, o indivíduo não poder ter a sua liberdade cerceada indeterminadamente. Os prazos processuais de conclusão do inquérito policial²⁰⁹ devem ser obedecidos rigorosamente, quer seja pela autoridade policial, na investigação, quer seja pelo Ministério Público ou do ofendido para oferecimento da ação penal, e até mesmo pelo próprio magistrado na condução do processo. E mais, a própria projeção de condenação e cumprimento de pena é um fator a ser levado em conta quando da validade do aprisionamento cautelatório.

Outrossim, após a partir do dia da privação do *status libertatis*, começa a contar o referido prazo, sob pena de constrangimento ilegal ao ser ele extrapolado. Porém, no Brasil, existem entendimentos do Superior Tribunal de Justiça superando este pensamento em certas oportunidades, inclusive sumulados, considerando que o avanço em determinada fase processual, como, por exemplo, a realização da pronúncia ou o encerramento da instrução, bem como a própria atuação vagarosa da defesa, desconfiguram a irregularidade daquele excesso²¹⁰.

²⁰⁷ De acordo com o texto anterior do CPP, em seu artigo 800.º, o prazo considerado razoável para a conclusão do processo era de 81 dias. Contudo, com o advento da Lei n.º 11.719/2008, os ritos foram modificados, os períodos alterados e tal contagem restou prejudicada, deixando o encarcerado à mercê do poder público, fortalecendo ainda mais o juízo de ponderação do magistrado. Todavia, para fins de estimativa, segundo Eugênio Pacelli (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pgs. 495 e 496), tal prazo atualmente estaria em 86 dias. Porém, a jurisprudência tem entendido que 122 dias seria um prazo razoável para a formação da culpa, em especial em crimes contra o patrimônio, conforme decisão no *Habeas Corpus* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais n.º 1.0000.07.456799-1/000 (Vide decisão em <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5926907/100000745679910001-mg-1000007456799-1-000-1/inteiro-teor-12061686>). No caso da Justiça Federal, tal lapso estaria fixado em 125 dias. No entanto, essa duração não seria peremptória, conforme decisão no *Habeas Corpus* do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região n.º 0015231-57.2014.4.03.0000 SP 0015231-57.2014.4.03.0000 (Vide decisão em <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25295402/habeas-corpus-hc-15231-sp-0015231-5720144030000-trf3>).

²⁰⁸ Vejamos que o próprio Código de Processo Penal, no artigo 648.º, I e II, considera a prisão sem justa uma coação ilegal. Portanto, sempre que os motivos para a prisão preventiva desaparecerem, deve ela ser revogada.

²⁰⁹ De 10 dias, em se tratando de réu preso, exceto nos casos específicos previstos em lei, tais quais, crimes hediondos, tráfico de entorpecentes, quando o prazo será de 30 dias.

²¹⁰ Vide Súmulas n.º 21.º, 52.º e 64.º do STJ, respectivamente.

Isto é um ponto a ser resolvido na legislação brasileira, por ter gerado a imperfeição na aplicabilidade do instrumento, com a formação de critérios que acabam por protelar a instrução criminal, sob justificativas várias, tais quais a complexidade do caso, o grande número de autores, levando pessoas a permanecerem na cadeia por 172 a 974 dias.

3.4.4- PRESSUPOSTOS

Como toda medida cautelar, a prisão preventiva deve atender a determinados pressupostos gerais de validade, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No campo criminal, eles são adaptados a noções diversas, embora, como já referido anteriormente, sem os confundir totalmente, por gozarem de diferentes significados, mas que também dão idéia daquela cautelaridade. São especificamente o *fumus commissi delicti* isto é, a fumaça da prática delitiva e de sua autoria, e o *periculum libertatis*, traduzido no risco gerado com a liberdade do indivíduo.

Em verdade, a dissociação dos pressupostos e dos requisitos da prisão preventiva é tarefa difícil, sendo que, em determinados momentos de sua hermenêutica, a falta de separação dificulta a implementação dos mecanismos, uma vez que, por serem condicionantes diferentes, devem estar ambos presentes no caso concreto.

Quando trazemos à baila o perigo com o *status libertatis* do cidadão, referimo-nos aos requisitos já expostos no item anterior, ou seja, a conduta ameaçadora às ordens pública e econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. Lembremos que basta a existência de um deles para a decretação do cárcere preventivo.

Entretanto, ao passo em que os requisitos são o espelho do *periculum libertatis*, o risco da liberdade do indivíduo, no que pertine aos pressupostos, estes são definidos enquanto *fumus commissi delicti*, e restam evidenciados na fumaça da constatação da prática delitígena e de sua autoria.

No mais, as expressões práticas e normatizadas da fumaça do cometimento do delito e do perigo da liberdade, representadas em pressupostos e requisitos da prisão preventiva, respectivamente, são ambas decorrentes da cautelaridade e imprescindíveis para o deferimento do mecanismo, mas, enquanto aqueles dizem respeito à existência do fato em si, da sua ocorrência propriamente dita, e de sua autoria, estes se referem a circunstâncias particulares do caso concreto, óbices demonstrados à jurisdição, que justificam a implementação do instrumento.

E, no artigo 312.º do CPP, encontramos uma derivação textual desta diferença,

posto que, enquanto na primeira parte do dispositivo, que trata dos requisitos de admissibilidade do mecanismo, o legislador usou a expressão “ou”, nesta última parte, tratando dos pressupostos, ele se valeu do “e”, demonstrando claramente a necessidade da coexistência de materialidade e autoria delitivas para a efetivação do decreto encarcerador.

Além disso, ao considerar que os requisitos seriam analisados “*quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria*”²¹¹, os pressupostos foram tratados como condicionantes primeiras para lastrear a prisão.

Melhor explicando, pela completa hermenêutica do artigo, o encarceramento só será possível, de antemão, se estiverem comprovadas materialidade e autoria delitivas e, demonstradas estas, como condição seguinte, com a presença de um dos requisitos referidos na primeira parte do artigo.

Pois bem, feitas estas iniciais pontuações, passemos ao detalhamento dos pressupostos em si.

O primeiro deles, é a prova da existência do crime, ou seja, da materialidade do delito, da certeza que ocorreu um fato típico, antijurídico e culpável, tendo-se em conta a necessária análise do parágrafo único do artigo 310.º do diploma processual²¹².

De fato, materialidade nada mais é do que a comprovação de que o delito aconteceu, devendo ela ser atestada por meio de um conjunto probatório suficiente para convencer o julgador, tal como, existência de testemunha, exame pericial, documentos, dentre outros elementos de convicção.

Já no que pertine aos indícios de autoria previstos no já aludido artigo 312.º do CPP, estamos diante de mais uma regra semiaberta da legislação brasileira, que, pela ausência de uma objetividade clara de seu conceito, acaba por macular a sua interpretação em casos concretos, novamente permitindo a violação da liberdade por aplicações equivocadas e conclusões desatentas.

De fato, pelo dispositivo, deve o juiz observar a presença de elementos convincentes bastantes que fundamentem a suspeita em torno daquele indivíduo, não sendo imprescindível que sejam eles unívocos ou concludentes, tal como aqueles essenciais para uma condenação.

E isso ocorre porque estamos falando de um mecanismo cautelaratório, no qual a idéia de fumaça, de probabilidade, toma o lugar da certeza, que se dará apenas no definitivo

²¹¹ Vide artigo 312.º do CPP.

²¹² Que trata das excludentes de ilicitude.

julgamento da causa.

Contudo, por outro lado, vejamos que, apesar de não ser necessária uma prova cabal, que provoque a indubitável constatação de autoria, contentando-se a lei com meros indícios, fonte menos robusta que aquela exigida para a materialidade delitiva, o dito artigo 312.º tem que ser visto à luz de todo um sistema normativo, lastreado em ditames constitucionais firmados em valores de dignidade, liberdade, vida, devido processo legal, presunção de não-culpabilidade, nos quais garantias fundamentais são textualizadas e merecem ser respeitadas.

Neste sentido, o dispositivo se vale de uma definição já existente no próprio diploma, em seu artigo 239.^{o213}, quando define o indício como a conclusão tirada, a partir de um processo indutivo, de dados antes conhecidos e provados.

Assim, quando o juiz não tiver ainda nos autos um rol probatório forte para justificar a medida, tendo que se valer de meros indícios para a apreciação do caso, mister que existam ao menos, para a constatação da fundada suspeita autorizadora da prisão preventiva, dados verossímeis, com menor grau de certeza, mas com uma probabilidade demonstrada, formados de conclusões tiradas, por indução, a partir de elementos de convicção já sabidos e verdadeiramente certos, de que aquele cidadão é o autor do delito.

Portanto, distante da idéia de certeza, prescindível em sede cautelar, os dados de convencimento citados pelo dispositivo são aqueles que dão ao magistrado um entendimento de probabilidade acerca do responsável pela prática criminosa, afastando o juízo de possibilidade referido por Aury Lopes, citando Carnelutti, em que as razões favoráveis e contrárias a uma hipótese se equivalem, sem preponderância entre elas²¹⁴, fundamentando a isenção interpretativa.

Ora, diante disso, constatamos que não basta a comprovação da existência de uma infração penal para o deferimento da cautela em foco, cabendo destacar que a sua autoria deve estar demonstrada nos autos, pelo menos, de maneira provável, indiciária, obtida a partir da indução tirada de outras provas já conhecidas.

Lembremos que, se, no novo contexto processual brasileiro, o cárcere é a *ultima ratio* para salvaguardar o *jus puniendi*, justamente para proteger direitos fundamentais do ser humano, os meios que o justificarão não são inseridos no ordenamento com fim abusivo e nem assim podem ser interpretados, face a brechas conceituais.

²¹³ Vide artigo 239.º do CPP.

²¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury – **Prisões Cautelares**. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 89.

Sem esse pensamento sistêmico, garantista, enfim, constitucional, estaremos nos valendo de uma artificial e parcial construção linguística, não só quebrando a principal finalidade das medidas cautelatórias, que é a justa prestação jurisdicional, mas também dando uma conotação arbitrária ao instrumento em voga, ferindo ainda o *status libertatis* sem um fundamento plausível, conduta esta incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Outrossim, não podíamos encerrar sem antes destacar que, em também se tratando de medidas com igual natureza cautelar, mesmo sendo uma substituição benéfica e prestigiadora da vida livre, os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, enquanto expressão da fumaça do bom direito e do perigo da demora, devem, tal como no encarceramento, estar presentes para os demais mecanismos alternativos previstos no artigo 319.º do Código de Processo Penal²¹⁵.

3.4.5- A LEI Nº 12.403/2011

Na década de 90, a superlotação do sistema prisional, a falência da prisão, a incapacidade do Estado em manter políticas públicas adequadas para tratar com dignidade o detento revelaram a urgência de se reduzir o encarceramento cautelar, através da criação de alternativas viáveis para tanto.

Assim, o Ministro da Justiça, à época, José Carlos Dias, constituiu uma comissão para criar um texto legal destinado a promover a alteração do Código de Processo Penal, cabendo à renomada jurista Ada Pellegrini Grinover a tarefa de coordenar os trabalhos.

Após longa tramitação e depois de várias modificações efetivadas, inclusive pelas casas do Congresso Nacional, em 12 de março de 2001, finalizou-se o Projeto de Lei tombado sob o n.º 4.208, redigido com inspiração nas leis portuguesa e italiana, buscando-se amenizar os problemas supracitados e corrigir distorções do CPP, frente a diversas reformas que acabaram por desconfigurar todo o sistema.

Além disso, o novo texto tinha por escopo adaptar o ordenamento brasileiro às exigências da sua própria Carta Magna e de outras normatizações internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assegurando a dignidade da pessoa humana e os seus demais valores fundamentais.

²¹⁵ Vide decisão do Supremo Tribunal Federal neste sentido em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000262747&base=baseMonocraticas>.

A modernização também era uma prioridade na reforma do *Codex*, na medida em que a prisão se mostrava, pelo mundo, um mecanismo de última instância, apenas devendo ser utilizada quando indispensável, por se tratar de um instrumento comprovadamente falido no controle da criminalidade e o cárcere ser um local devastador para o indivíduo.

Era imperativo que a restrição da liberdade desse lugar a providências mais eficazes de controle criminal, menos gravosas e capazes de atingir resultados melhores. Assim, depois de mais 10 anos de tramitação²¹⁶, em 04 de maio de 2011, o projeto foi transformado na Lei Ordinária n.º 12.403, colocando à disposição do magistrado medidas alternativas ao encarceramento, tentando evitar uma punição antecipada do investigado e até mesmo do condenado, quando ainda não transitada em julgado a sua sentença. O *status libertatis* virava regra e o cárcere exceção, pondo fim à desnecessária bipolaridade “*prisão ou liberdade*” que maculou e banalizou a citada restrição daquela garantia fundamental.

A nova norma introduziu mudanças em tradicionais institutos criminais, criando outros, que já foram alvo de estudo nesta obra, sempre resguardando a prestação jurisdicional, mas procurando mitigar os efeitos nefastos do *iter* processual na vida do infrator. Mudou-se, por exemplo, o procedimento da prisão em flagrante, aboliram-se as administrativas, decorrentes de pronúncia e de sentença penal não transitada em julgado, bem como se trouxe uma nova disciplina ao sistema da liberdade provisória, agora vista como prioridade.

Não bastasse, alternativas ao cárcere foram colocadas à disposição do julgador, que passou a ter um poder-dever de aplicá-la, diante de uma situação concreta que atestasse a presença de um direito subjetivo do infrator.

Outrossim, o previsto Cadastro Nacional de Mandados de Prisão, já criado pelo CNJ, em muito auxiliou as forças policiais no cumprimento de ordens judiciais, não raras as vezes distantes do alcance do agente²¹⁷, e facilitou a comunicação imediata ao Judiciário, ao

²¹⁶ Vide tramitação do Projeto em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>.

²¹⁷ Observemos, a título de exemplo, que, ao detectar a existência de um Mandado de Prisão em aberto contra um condutor de veículo abordado em posto da Polícia Rodoviária Federal, mas por um Estado da Federação diverso, o patrulheiro, antes da implantação do Banco Nacional de Mandados de Prisão, teria que descobrir a veracidade da informação via telefone ou em sites, muitas vezes, desatualizados. Agora, ao fazer a abordagem, consultando o nome do indivíduo no site <https://portalbnmp.cnj.jus.br/>, o agente desvendará de imediato e com precisão se há mandamento judicial pendente, além da origem, número de processo e todos os outros dados a ele inerentes.

Ministério Público, à Defensoria Pública, que, feitos de forma virtual, tal como no Estado de Sergipe, minimizaram os índices de abusos²¹⁸.

Pois bem, um dos maiores problemas sociais e políticos do Brasil, a enorme massa carcerária, incompatível com a evolução do mundo civilizado, encontrou na nova lei uma solução plausível, estendendo alternativas do sistema punitivo ao mundo das cautelares.

Coloca-se ao julgador, frente a critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, a possibilidade de substituir o mecanismo cautelaratório, enquanto instrumento a serviço do processo, por outra medida menos aviltante, sempre atentando para os critérios da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

Isso trouxe uma nova dinâmica ao sistema prisional brasileiro, com uma melhor aplicação da lei penal, dotada de critérios garantistas e humanitários, tendo em mente a salvaguarda da prestação jurisdicional, os interesses da coletividade, o respeito à reinserção social, mas com obediência aos preceitos fundamentais.

Verdade que a flexibilização criada, apesar de desafogar presídios superlotados, pode não conter com eficácia plena a violência, em face de uma reincidência natural do criminoso contumaz. Porém, para aqueles que contribuíam com o aumento da massa carcerária, embora acusados de delitos de pouca monta ou gravidade, a nova possibilidade de análise a ser feita pelo magistrado, retirará do cárcere aquele que ali se encontra praticamente cumprindo uma pena, sem qualquer necessidade, sem uma ponderação adequada acerca da medida, quando outra opção poderia ser tentada antes.

Não obstante, tendo em vista se tratar de uma norma de patente caráter penal, afetando diretamente o *status libertatis*, é imperativo que o beneficiado tenha consciência da chance que lhe foi concedida com a substituição da cela por providências alternativas, respeitando mandamentos judiciais, mas com previsão de fiscalizações e punições em casos de violação.

²¹⁸ Ao passo em que, em 24 horas, encaminha-se virtualmente, um auto de prisão em flagrante ou a informação sobre o cumprimento de um mandado de prisão à Vara Criminal, automaticamente aquele documento é levado ao conhecimento do Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, também de maneira *on line*, que, não apenas analisarão e pleitearão, cada um em sua esfera de atribuição e de competência, a proporcionalidade, a necessidade e a adequação das medidas cabíveis, como também a legalidade dos atos praticados, resguardando a postura da autoridade fiel aos ditames constitucionais e coibindo arbitrariedades com maior rapidez. Além disso, com esta inovação, verifica-se uma economia de verba pública, dispensados os deslocamentos físicos. Tal medida já se acha implementada em todo o Estado de Sergipe e tem se mostrado uma boa aliada na dinâmica processual e na melhor prestação jurisdicional.

De fato, não são raras as críticas geradas com a mudança do diploma, sob argumentos variados que vão do custo da fiscalização à preocupação com o avanço da criminalidade, por desrespeito às medidas alternativas, muitas vezes consideradas insuficientemente coercitivas para barrar a reincidência, proteger as vítimas, as testemunhas, o processo, enfim, o *jus puniendi*.

Contudo, em um Estado fundado na democracia, nos direitos humanos e na dignidade, cuja própria fonte constitucional assegura estes valores, seria imponderável retirar a liberdade do indivíduo com lastro em fatores econômicos, ou na pura e simples dita sensação de insegurança, esta derivada da ineficiência no controle de mecanismos muito mais humanizados que o cárcere.

Lembremos aqui os ensinamentos de Canotilho, quando diz que a principal função dos direitos fundamentais é a proteção da vida digna do ser humano, inclusive frente a coação dos poderes públicos²¹⁹. Ora, se queremos uma nação fundada na dignidade, a liberdade tem que ser inserida neste contexto e, sempre que possível, prestigiada como o fez a Lei n.º 12.403/2011.

Se existem falhas de fiscalização ou deficiência de recursos para implementação dos instrumentos diversos da cadeia, é também certo que os meios devem ser permanentemente aperfeiçoados para que o fim maior seja alcançado e, nesta seara, a norma levou em conta que o objetivo primeiro não é prender apenas para retirar das vistas da sociedade aquele tido como inimigo, mas sim resguardar a jurisdição, adotando-se medidas bastantes para tanto, sem atacar as garantias mínimas constitucionais daquele que, mesmo acusado da prática de um delito, continua a ser cidadão.

3.4.6- A PRISÃO PREVENTIVA NA JURISPRUDÊNCIA

Quando falamos em aplicação prática, no cotidiano jurídico, dos princípios norteadores das medidas cautelares, em especial da prisão preventiva, podemos constatar que a mudança de pensamento trazida à baila com a Lei n.º 12.403/2011, transformando a restrição da liberdade numa exceção, ainda carece de um maior amadurecimento.

Antes do advento da aludida legislação, a regra do aprisionamento cautelar como forma de conter a insegurança era uma realidade quase absoluta, como podemos observar no

²¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. (19.ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, pg. 407.

julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82486/RJ, pelo Superior Tribunal de Justiça²²⁰, no qual o tipo de crime, no caso, formação de organização criminosa e tráfico de entorpecentes, associado ao abstrato receio de reiteração delitiva e na subjetiva “*fundada suspeita*” do magistrado, já justificariam a prisão preventiva.

E esse entendimento acabava por influenciar julgados de instâncias inferiores, que assim o seguiam²²¹, considerando a mera possibilidade de reiteração, a abstrata periculosidade, como fundamento para a restrição da liberdade.

Por outro lado, havia decisões, como a realizada em 2006, no *Habeas Corpus* n.º 100060032297 ES 100060032297²²², pelo Tribunal do Espírito Santo, em que a imperatividade da comprovação, através de um fato processual, da necessidade da cautela, da ameaça concreta à prestação jurisdicional, já eram tidos como requisitos inafastáveis para a privação da liberdade. Ampliando este entendimento, a referida Corte, na mesma decisão, considerou a restrição infundada como uma antecipação de pena, um atentado ao princípio da presunção de inocência.

No entanto, não são raras as vezes que nos deparamos com decisões recentes, posteriores à mudança normativa, ainda encarando o cárcere como uma forma de conter a criminalidade, sem que outras alternativas sequer sejam tentadas previamente ou até mesmo presumindo os novos mecanismos introduzidos no artigo 319.º, do CPP, insuficientes para regular certa situação.

Como exemplo desta hipótese, podemos citar a decisão proferida, em sede de *Habeas Corpus* tombado sob o n.º 20150020231684, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal²²³, na qual se considerou que as medidas cautelares do mencionado dispositivo, em função da conduta da paciente, não bastariam para conter a periculosidade de mulher que tentou adentrar a presídio com droga introduzida e escamoteada na vagina.

Ora, após uma análise meramente acadêmica da decisão, percebemos, *data maxima venia*, uma nítida aplicação isolada dos elementos do Direito Penal do Inimigo, uma vez que, embora diante de um delito praticado sem violência, a periculosidade da pessoa foi

²²⁰ Vide decisão em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604771/habeas-corpus-hc-82486-rj-2007-0102574-2>.

²²¹ Vide decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, no HC n.º 1633772009 BA 16337-7/2009, em <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7264886/habeas-corpus-hc-1633772009-ba-16337-7-2009>.

²²² Vide decisão em <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4993030/habeas-corpus-hc-100060032297>.

²²³ Vide decisão em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/236023129/habeas-corpus-hbc-20150020231684>.

atestada de maneira subjetiva, sem critérios concretos de afronta à jurisdição, lastrados apenas na correlação entre a conduta da infratora e um presumido risco advindo de sua liberdade.

As providências diversas da cadeia foram afastadas tão somente em função de uma conduta que, pelo teor do julgado, transparece uma fórmula prévia, pronta e acabada, ou seja, quando do ingresso de droga em casa de detenção, somente a prisão se mostra uma via segura, sendo os demais caminhos presumidamente inócuos.

Não encontramos patente um efetivo perigo ao processo, à prestação jurisdicional e nem a possibilidade de reincidência se acha suficientemente robusta para se atropelar o artigo 319.º do Diploma Processual Criminal, não sendo absurda a conclusão de que aquele *decisum* aparenta ter sido prolatado mediante sensibilidade do julgador ao meio social.

A referência feita à ameaça à ordem pública não encontra uma correspondente justificativa fática, concreta, capaz de atestar o risco motivado por uma conduta atentatória ao processo, aos envolvidos e à jurisdição. E mais, repito, outros exemplos podem ser citados²²⁴, que acabam por ligar sensibilidade judicial, periculosidade do infrator, necessidade de segurança e prisão, fazendo-nos crer que os aplicadores do Direito, no Brasil, ainda necessitam uniformizar o entendimento acerca do *status libertatis*, elevando-o, como determina a Constituição Federal e atuais leis esparsas.

Porém, precisamos admitir que os tribunais brasileiros e principalmente os juízes de 1.º grau, estão encontrando na Lei n.º 12.403/2011 o impulso que faltava para sobrepor o *status libertatis* e a presunção de inocência ao aprisionamento cautelar.

Prova disso é a evolução detectada no citado Superior Tribunal de Justiça, o qual, apesar de antes entender a prisão como um meio de garantia da segurança, hoje percebe que a necessidade de uma comprovação concreta daquele risco é essencial, como podemos ver no *Habeas Corpus* n.º 407762/MS, de 2017²²⁵.

Neste sentido, também percebemos a decisão do Tribunal de Justiça de Sergipe, ao considerar a medida como excepcional no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n.º 0022191-49-49.2012.8.25.0001²²⁶, bem como quando da apreciação de auto de prisão em

²²⁴ Vide decisão neste sentido proferida em sede de *Habeas Corpus* n.º 447279120188090000 pelo Tribunal de Justiça de Goiás, no site <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584148135/habeas-corpus-447279120188090000>.

²²⁵ Vide decisão em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504970765/habeas-corpus-hc-407762-ms-2017-0168954-8>.

²²⁶ Vide decisão em <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661605403/recurso-em-sentido-estrito-rse-221914920128250001>.

flagrante por Juiz Plantonista daquele Estado, durante audiência de custódia, no Processo n.º 201983600080, ao pontuar que, “*a despeito da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva e da presença de fundamentos para a decretação de eventual custódia preventiva (preservação da ordem pública), entendo que a permanência da prisão cautelar da flagranteada, no caso em específico, não se mostra razoável*”²²⁷.

Ademais, essa nova visão tem se mostrado ampla e inatacável até por possíveis descumprimentos das medidas alternativas implementadas, casos em que, aí sim, seria encontrado um dos motivos para a perda do benefício e o decreto do cárcere preventivo.

Neste contexto, ao analisarmos o *Habeas Corpus* n.º 0003146-98.2017.8.03.0000, proveniente do Amapá²²⁸, que reverteu as cautelas paliativas aplicadas a um cidadão, diante da violação, constatamos que a observância das providências deve ser rigorosamente fiscalizada pelo Poder Judiciário, restando cabalmente demonstrado, nesta hipótese concreta, que a prisão preventiva foi a única forma de preservar o *jus puniendi*. Isto é, face a quebra das condições impostas, mostra-se incontestado que, apesar de uma solução diversa do cárcere ter sido tentada, a conduta do próprio indivíduo se mostrou incompatível com a liberdade.

Assim, observamos que, tal como na doutrina e na legislação pátria, o enfoque de primazia assegurado à liberdade, deixando a prisão cautelar em segundo plano, também se estende pela jurisprudência, sendo notada uma evolução natural e garantista da percepção dada aos mecanismos cautelatórios, considerados não mais uma vingança ou uma absoluta maneira de trato da criminalidade, mas sim uma salvaguarda da prestação jurisdicional.

Não obstante, devemos permanecer atentos para essa progressão, haja vista que se avizinha uma anunciada apreciação sobre o julgamento da prisão após decisão de 2.ª instância, pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo-nos monitorar como os membros da Corte se posicionarão acerca do tema, principalmente quando o encarceramento-pena ali considerado mantém, para alguns membros do STF, como vimos no item 3.3.1, resquícios de cautela, diante do não esgotamento das instâncias recursais.

²²⁷ Vide decisão proferida em 23/01/2019, no Processo 201983600080, da Vara Criminal de São Cristóvão/SE, no site <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual/nome-da-parte>.

²²⁸ Vide decisão em <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643026585/habeas-corpus-hc-31469820178030000-ap>.

3.5- AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS EM PORTUGAL

3.5.1- NO DIREITO PORTUGUÊS

Já vimos nesta obra que, enquanto fonte do Direito Brasileiro, o mundo jurídico português é base para diversas de suas noções e institutos, dentre eles as medidas cautelares penais, denominadas, em solo lusitano, de medidas de coacção.

Neste diapasão, de logo, cabe-nos lembrar que a maior parte dos elementos das providências cautelatórias, tais como, definição, finalidade, princípios, acabam por ser comuns a ambos os países e até mesmo a outras nações, como, por exemplo, a Itália, havendo, uma grande extensão de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

Noções já antes estudadas de proporcionalidade, ponderação, adequação, necessidade, originariamente introduzidas no Brasil a partir do Direito Português, encontram na seara das medidas cautelatórias um campo propício de aplicabilidade, sendo a mudança de percepção do encarceramento, em solo brasileiro, derivada dos ensinamentos lusitanos, motivo pelo qual todo o nosso estudo se lastreia em Portugal.

Não obstante, para não acabarmos maculando a obra pela repetitividade, aproveitaremos alguns apontamentos vistos em outros itens, merecendo um destaque maior para as divergências.

Pois bem, a conceituação e as características das providências referidas são em muito assemelhadas no Brasil e em Portugal, ambas consistindo em ações urgentes e imediatas, precedentes ao encerramento do processo e voltadas à proteção do objeto da demanda, da extirpação da demora e das suas consequências. Em terreno luso, busca-se garantir que o vencedor da querela não sofra prejuízos desnecessários e que a decisão judicial se concretize sem delongas.

Dessa maneira, a Justiça permanece livre de protelações e obstáculos que porventura venham a embaraçar a jurisdição, mantendo-se o regular desenvolvimento do processo e protegendo-o de imprevistos, através de medidas de coacção, assegurando o *jus puniendi*.

Para tanto, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, já explanados, mostram-se ferramentas adequadas para garantir a efetividade do direito sem turbações e demoras injustificadas. Neste sentido, inspiração para o texto brasileiro, os riscos às partes, às provas, à ordem pública e ao percurso processual são fundamentos para os mecanismos cautelatórios.

No que tange às características das medidas de coacção, a proporcionalidade, enquanto instrumento posto à solução do risco, dosagem para o impacto, também impede que

se exceda o mal esperado, tanto em intensidade como na própria existência da medida.

Ligada de maneira estreita aos direitos fundamentais, tanto da vítima como do acusado, em Portugal, a ponderação evita abusos, protege a dignidade, enfim, a liberdade, balanceando valores constitucionais conflituosos, dirimindo a celeuma constitucional criada.

Melhor explicando, tal como no Brasil, em solo português, diante de um caso concreto, o magistrado não pode equiparar o acusado ao condenado e a imperatividade de respeito à natureza humana perdura na adoção de medidas cautelares.

Ademais, outras características já estudadas vêm reforçar a imperatividade de garantia da dignidade aos envolvidos, tais como, a acessoriedade (dependendo de um feito principal), a interinidade (não podem, em regra, subsistir após o encerramento do processo), a instrumentalidade (visa a garantir o resultado do feito), a jurisdicionalidade (imprescindibilidade de um ente julgador, de um magistrado), sendo seus conceitos comuns a ambos os países.

Outrossim, a tão propagada Teoria do Direito Penal Mínimo, com uma menor participação do Estado, já encontra fundamento no texto inspirador na codificação brasileira e evita intromissões descabidas no *iter* processual.

Quanto à finalidade do instituto, a eficiente prestação jurisdicional também é a meta a ser alcançada, através de um eficiente pronunciamento criminal, garantindo-se a proteção da vítima com o mínimo de sacrifício ao acusado, que futuramente será responsabilizado por seus atos.

E aqui fica clara a natureza instrumental do mecanismo em voga, posto que a tutela do *jus puniendi*, quer seja com a garantia da ordem pública, da instrução ou do cumprimento da pena, enseja a busca da verdade material, com a adoção de instrumentos adequados e necessários para tanto, em uma nova percepção da proporcionalidade.

Mas, neste momento, encontramos a vinculação entre os instrumentos de coacção portugueses e o controle da criminalidade, o que merece uma atenção especial do julgador, uma vez que a preservação da segurança da vítima, de testemunhas ou da comunidade em geral, ao se retirar, por exemplo, sem proporcionalidade, necessidade e adequação, uma pessoa do convívio público, demonstra que o restabelecimento da paz jurídica foi deixado de lado em razão de um sentimento de medo.

Com isso, o magistrado português é guiado a preservar a real finalidade destes instrumentos cautelatórios, com a visão voltada para a devolução da paz ao meio social, com fiel respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e aos princípios basilares do processo penal português, dentre os quais, destaco a lealdade, protegendo os envolvidos do dolo alheio,

e a paridade de armas, colocando as mesmas oportunidades à disposição de todos.

No que pertine à prisão, de início, cabe destacar que, na Europa, as limitações ao encarceramento desregrado eram vistas como um freio às arbitrariedades do Estado Policial.

Em Portugal, onde o processo penal “*representa o interesse da sociedade na punição do criminoso*”²²⁹, quando da vigência do Código de Processo Penal de 29, prisão preventiva e detenção se confundiam, ambas representando formas de aprisionamento processual anteriores à condenação.

Com a alteração legislativa de 1987, os institutos se distanciaram, vindo a detenção a se restringir às hipóteses de flagrante delito, presença irregular em solo português ou ato visando identificação ou comparecimento a Juízo.

Ademais, apesar de ambas restringirem a liberdade do indivíduo, detenção e prisão, em Portugal, apresentam uma diferença, sendo aquela, em regra, precária, possuindo limite temporal e estando sujeita a validação judicial²³⁰.

Neste tópico, enfrentaremos o tema do aprisionamento preventivo em terreno lusitano, uns dos focos do nosso trabalho, embora sejam necessárias algumas considerações acerca da detenção, em destaque aquela para fins de identificação, frente a sua similitude com o contexto das medidas de coação em geral.

Porém, antes de mais nada, façamos uns parênteses, haja vista que precisamos tecer alguns comentários a respeito dos princípios que regem a matéria em Portugal, posto que muito ajudará na compreensão dos mecanismos de cautela existentes.

O processo penal português é regido por diversos princípios, tais como, o acusatório²³¹, garantindo uma separação de funções, pelo qual o limite da punição é a imputação, a ser imposta por um julgador diverso daquele que faz a acusação.

Além disso, contraditório²³², presunção de inocência, legalidade, oficialidade, juiz natural, lealdade (resguardando as relações entre as partes) são outros valores difundidos no processo penal lusitano, similares aos do Brasil.

²²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, pg. 52.

²³⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pg. 315.

²³¹ Para Fernando Gonçalves, o sistema acusatório português “não consagra uma estrutura acusatória pura, uma vez que a igualdade de armas só prevalece durante a fase de instrução e no julgamento, sendo o Ministério Público dominante na persecução”. (GONÇALVES, Fernando e Manuel João Alves – **Crime. Medidas de Coação e Prova**. Coimbra: Almedina, 2015, pg. 33).

²³² Derivando uma igualdade de armas entre acusação e defesa.

Pela presunção de inocência, também difundida no ordenamento brasileiro, não se admite que o arguido seja considerado culpado sem um procedimento adequado, lastreado em um conjunto probatório por suficiente apto a gerar a convicção do sentenciante.

Da mesma maneira se dá com a legalidade, vinculando os atos à lei, à oficialidade, proporcionando, de regra, um impulso automático do poder público, e o contraditório, assegurando a versão de todos os envolvidos para a decisão da querela.

Todavia, no que concerne ao juiz natural, apesar de, nem sempre o juiz instrutor ser o sentenciante, o fato de ser o procedimento levado a cabo por uma autoridade competente já basta para a garantia da tecnicidade e da isenção do *decisum*.

O princípio da imediação, defendido por Germano Marques, traduz a dupla perspectiva de obtenção e apreciação das provas, ou seja, na utilização dos elementos de convicção colhidos, e na sua recepção pelo órgão competente, externada principalmente pela oralidade processual²³³.

Por sua vez, o princípio da investigação, exposto no artigo 340.º do CPP, dando ao julgador o poder de determinar diligências para a busca da verdade, encontra um limitador na verdade processual, naquilo que Germano Marques da Silva considerou com *“uma idéia de probabilidade que justifique uma decisão tomada a partir de meios processualmente válidos”*.²³⁴

Logo, como bem exposto no pensar de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, citando Figueiredo Dias, *“não há justificativa para a obtenção de provas a qualquer custo, devendo o rol ser levado aos autos de maneira processualmente válida”*²³⁵.

Em Portugal, o princípio democrático, defendido por Manuel Monteiro Guedes Valente²³⁶, enquanto corolário da dignidade da pessoa humana, traduz uma obrigatoriedade comum perante a lei, capaz de conter abusos, protegendo o frágil cidadão, desmistificando o criminoso como um inimigo por natureza e prestigiando a liberdade.

²³³ GONÇALVES, Fernando e Manuel João Alves – **Crime. Medidas de Coação e Prova**. Coimbra: Almedina, 2015, pg. 43.

²³⁴ GONÇALVES, Fernando e Manuel João Alves – **Crime. Medidas de Coação e Prova**. Coimbra: Almedina, 2015, pg. 39.

²³⁵ GONÇALVES, Fernando e Manuel João Alves – **Crime. Medidas de Coação e Prova**. Coimbra: Almedina, 2015, pg. 40.

²³⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pg. 185.

Aliás, o *jus libertatis*, enquanto direito natural, em terreno português, tem alto valor na esfera criminal, sendo uma regra até a condenação²³⁷. Para Manuel Valente, a liberdade se encontra representada em dois vetores, um negativo, limitando a atuação restritiva do Estado, e outro positivo, requerendo ações do poder público para garanti-la²³⁸.

Ora, podemos perceber que, assim como no Brasil, a interligação que todos estes princípios detêm, no ordenamento português, acarretam, ao final, uma salvaguarda da liberdade, uma garantia da dignidade e da vida, em detrimento de acusações infundadas, desmedidas ou, ainda que arrazoadas, que venham a impor mecanismos de controle desproporcionais, desnecessários, inadequados.

Ultrapassados os estudos dos princípios que regem a matéria, bem como noções, características, finalidades, requisitos e pressupostos da cautelaridade, posto que aquilo já visto com relação ao tema se aplica ao instituto português, passemos a comentar em específico sobre os mecanismos de coação existentes em Portugal.

Neste momento, passaremos a analisar, detalhadamente, os artigos da lei processual lusitana, verificando as similitudes com o texto brasileiro, as influências levadas e as diferenças que ainda persistem.

Perceberemos que os instrumentos portugueses são mais avançados, com um forte tom garantista, privilegiando sempre a liberdade, vinculando a sua aplicabilidade a uma provável condenação e à gradação da pena imposta²³⁹. Por exemplo, em geral, causas de aumento e diminuição de um tipo penal influenciam na duração do instrumento cautelar, à exceção do concurso de crimes, quando são consideradas as penas em isolado.

Pois bem, Germano Marques da Silva cita que, no campo da história, as medidas de coação já são encontradas no ordenamento lusitano desde as Ordenações Afonsinas, sendo estendidas para as Manuelinas e Filipinas, todas observando necessidade de formação da culpa, de vinculação com a pena e de regular competência para sua aplicação. Salvo as hipóteses de flagrante delito e quando o caso fosse punido com a pena de morte, o cárcere deveria ser determinado por um magistrado, com a necessária constatação da responsabilidade do imputado, apenas cabendo prisão preventiva após ser ele pronunciado por algum delito,

²³⁷ Apesar das limitações advindas das denominadas **medidas de coacção** quando, tendentes a satisfazer a opinião pública, muitas vezes deixam de lado a sua original característica de excepcionalidade (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pg. 258).

²³⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pgs. 259 *usque ad* 261.

²³⁹ Vide artigo 195.º do Decreto-Lei n.º 78/1987.

perdurando a restrição até o seu julgamento, a depender dos requisitos de autoria ou da sua substituição por alguma garantia, como a fiança²⁴⁰.

Este pensamento seguiu presente nas Constituições de 1822 até 1911, inspirando o CPP de 29, mas sempre considerando a privação cautelar da liberdade uma medida extrema, somente devendo ser levada a termo em casos graves, com culpa formada e passível de substituição por caução.

Com a reforma de 1972, os papéis se invertem em definitivo e a liberdade se torna veemente a regra, passando a prisão preventiva a ser não mais uma medida para casos bárbaros, mas sim a *ultima ratio*, independente de qualquer garantia, sendo elevado o nível a gravidade exigido para seu cabimento²⁴¹. Isto é, a liberdade deve ser respeitada a todo custo, a menos que subsista uma causa que justifique a sua perda.

Em 1976, a nova Carta Maior repetiu a idéia anterior e continuou a ter a cadeia como uma exceção, assentando-se, em seu artigo 2.º, na efetivação das liberdades fundamentais²⁴². Com inspiração na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Constituição Portuguesa, em seu artigo 27.º, prevê as hipóteses de restrição de liberdade²⁴³ e, no preceito seguinte, trata em específico da prisão preventiva²⁴⁴.

Logo no primeiro referido dispositivo, o constituinte, demonstrando a necessidade de se atentar para a gravidade do caso, limitou o encarceramento cautelar aos crimes dolosos com pena abstrata máxima maior que 3 anos.

No artigo 28.º, estão descritas as regras basilares do aprisionamento preventivo, de logo sendo exigida a apresentação do detido a um magistrado, em 48 horas, para fins de controle da legalidade do ato, interrogatório, apreciação das medidas cautelares adequadas a serem adotadas e também para se garantir a oportunidade de defesa ao mesmo.

²⁴⁰ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Volume II. 5.ª ed. Lisboa: Verbo, 2011, pg. 376.

²⁴¹ Para Germano Marques, “em 1977, com o Decreto-Lei n.º 377, a obrigatoriedade da prisão preventiva deixa de existir no código, apenas perdurando em leis esparsas, até a alteração do Codex em 1987. Ou seja, após a pronúncia, a regra era a liberdade, cabendo apenas prisão preventiva em casos de flagrante delito ou por crime doloso a que correspondesse pena maior, quando o encarceramento fosse essencial”. (SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Volume II. 5.ª ed. Lisboa: Verbo, 2011, pg. 383).

²⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. (19.ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. pg. 226.

²⁴³ Trata-se da “*reserva de lei restritiva*”, assim posta por Canotilho. (CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. (19.ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. pg. 450).

²⁴⁴ Vide artigos 27.º e 28.º, ambos da Constituição Portuguesa.

Outrossim, o carácter excepcional do cárcere encontra-se consagrado na Lei Maior²⁴⁵, sendo cabível apenas quando outra medida de coação menos traumática não for viável, devendo a ordem judicial ser fundamentada e de imediato comunicada a pessoa indicada pelo preso²⁴⁶.

No mais, o regramento da prisão preventiva está disposto no Decreto-Lei n.º 78, de 17 de fevereiro de 1987, o qual, apesar de ter um forte cunho acusatório, consolida garantias processuais do imputado, reforçando o que Germano Marques denominou de “*culto da liberdade*”²⁴⁷.

No Livro IV do *Codex*, os artigos 191.º e seguintes preveem medidas de coação²⁴⁸ e garantia patrimonial e, para analisar suas exigências processuais, relacionadas no artigo 192.º²⁴⁹, em princípio, devemos observar que o indivíduo deve ser levado à condição de arguido, o que nos remete ao artigo 57.º, o qual o define como sendo “*todo aquele contra quem for deduzida uma acusação ou requerida instrução no processo penal*”²⁵⁰, e 58.º²⁵¹.

Neste último preceito, o *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*), condições gerais de toda medida cautelatória, expressos na “*suspeita fundada de prática de crime*”²⁵², são tidos como essenciais para a sua definição como arguido, sendo-lhe garantidos direitos e exigidos deveres processuais preceituados nos artigos 60.º e 61.º, tais como, o silêncio, enfim, o contraditório e a ampla defesa²⁵³.

²⁴⁵ Vide artigo 28.º, 2.º, da Constituição Portuguesa.

²⁴⁶ Vide artigo 28.º, 3.º, da Constituição Portuguesa.

²⁴⁷ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Volume II. 5.ª ed. Lisboa: Verbo, 2011, pg. 399.

²⁴⁸ Chamadas por Canotilho de “*medidas ou intervenções restritivas*”. (CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. (19.ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. pg. 451).

²⁴⁹ Vide artigo 192.º do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁵⁰ Vide artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁵¹ Para Germano Marques da Silva, “a pessoa jurídica pode ser constituída como arguida, com as necessárias adaptações, sendo representada por quem a lei o designar, segundo artigo 25.º do CPP”. (SILVA, Germano Marques da – **Direito Processual Penal Português – Noções e Princípios Gerais, Sujeitos Processuais, Responsabilidade Civil Conexa com a Criminal e Objeto do Processo**. Volume 1.º. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, pg. 306).

²⁵² Vide artigo 58.º, 1.º, a, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁵³ Todavia, a omissão do despacho a arguido constituído *a posteriori* é mera irregularidade, conforme decisão em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9c69bdf8b834e43280258273004b36b2?OpenDocument>.

Esta exigência, repetida no artigo 200.º daquele estatuto, traduz a imperatividade de uma boa probabilidade de condenação para que o indivíduo fique sujeito às medidas de coação, dentre elas, a prisão preventiva, naquilo que Germano Marques citou como “*juízo de indicição da prática de um determinado crime*”²⁵⁴.

Todavia, mesmo preenchidos os requisitos para que a pessoa seja levada à figura de arguido, conforme o artigo 192.º, 2.º, em havendo causa de isenção de responsabilidade ou extinção do feito, ou seja, tendo em vista o indicativo que uma punição não ocorrerá, ela não poderá ser alvo de qualquer medida de coação.

E mais, mesmo a Constituição Portuguesa tendo adotado o limite de 3 anos para a prisão preventiva, o Decreto-Lei n.º 78/87 foi mais garantista e elevou este marco para os delitos com penas superiores a 5 anos, excepcionadas algumas hipóteses, como em casos de crimes violentos, quando a Lei n.º 26/2010 estabeleceu o limite a partir de 5 anos²⁵⁵, e, em se constatando descumprimento de mecanismos de cautela diversos do cárcere, nos termos do artigo 203.º, 2.º, do CPP, de terrorismo e demais hipóteses do artigo 202.º, quando retorna o prazo de 3 anos²⁵⁶.

O artigo 193.º refere-se às características comuns das medidas cautelares, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade, que devem estar em sintonia com os direitos fundamentais do indivíduo, chegando o legislador português ao ponto de restringir a liberdade, mas no próprio domicílio, quando possível. No mais, a imperatividade de fatores como a gravidade da infração, a probabilidade de punição, o seu *quantum*²⁵⁷, demonstra que cada medida, enquanto instrumento limitador, deve manter correspondência com o mal praticado, sendo importante que o encarceramento se revele subsidiário, isto é, excepcional.

No artigo 196.º do Código, estão elencadas as medidas de coação admissíveis, à semelhança do ocorre no artigo 319.º da Lei Adjetiva Penal Brasileira, de logo cabendo um destaque para o fato de que aquelas providências que tiverem vínculo com uma pena aplicada, não poderão exceder ao prazo previsto para tal sanção²⁵⁸.

De início, o dispositivo traz a providência do termo de identidade e residência, o qual, embora se mostre menos grave, traduz limitação da liberdade pessoal do arguido, merecendo a sua inclusão neste rol. Assim, esta medida de cautela pode ser implementada,

²⁵⁴ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Volume II. 5.ª ed. Lisboa: Verbo, 2011, pg. 351.

²⁵⁵ Vide artigo 1.º, j, da Lei n.º 26/2010.

²⁵⁶ Vide artigo 203.º, 2.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁵⁷ Vide artigos 193.º e 195.º, ambos do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁵⁸ Vide artigo 195.º do Decreto-Lei n.º 78/1987.

isolada ou em conjunto com outro instrumento²⁵⁹, com o fito de levar o imputado a cumprir algumas obrigações, tais como, de se identificar, de indicar a sua residência ou local de trabalho, enfim, onde poderá ser notificado nos moldes do artigo 113.º, de fixar domicílio ou de não se ausentar sem comunicação prévia por mais de cinco dias, ou ainda o dever de se apresentar à autoridade competente. Tudo deverá ser cientificado ao arguido.

Todavia, caso este não compareça a algum ato, as imposições aplicadas legitimam a presença do seu defensor para representá-lo, inclusive em realização de audiência.

A competência para a imposição está com o magistrado (artigo 194.º), com o Ministério Público (artigo 268.º, 1.º, b) e até mesmo com a polícia criminal (artigo 196.º, 1.º). Estas duas últimas hipóteses, trazem a dúvida acerca da recorribilidade, por não se tratar de uma decisão judicial. Segundo a doutrina, em consonância com o artigo 219.º, que prevê recurso da decisão que impõe medida de coação, o questionamento seria dirigido ao juiz da instrução, que, por sua vez, poderia ter a sua atuação impugnada ao Tribunal da Relação²⁶⁰.

No mais, segundo o artigo 196.º, 3.º, e, o termo em foco se encerrará nos parâmetros do artigo 218.º ou após a extinção da pena.

Ao final cabe destacar que, à exceção das demais medidas cautelares, que não são automáticas, o termo de identidade e residência, caso seja possível a sua aplicabilidade e não o tenha sido feito, diante da inércia dos órgãos competentes, deverá ser implementado de ofício quando da constituição do arguido.

O segundo mecanismo previsto na lei é a caução, tratada no artigo 197.º como uma garantia patrimonial, semelhante à brasileira fiança, destinada a assegurar alguns deveres processuais, dentre eles, o comparecimento a Juízo. Difere da medida econômica, pois esta visa a satisfazer as obrigações decorrentes do processo, como a pena pecuniária.

Não obstante, algumas características da providência lusitana a distinguem da sua equivalente no Brasil, como é o caso da exigência em Portugal que o crime imputado seja punido com pena de prisão, porém, independente do seu *quantum*.

O julgador deverá atentar se o arguido pode suportá-la e, caso contrário, substituí-la por outra medida de igual forma diversa do encarceramento. Por outro lado, se ela se mostrar insuficiente ou com prestação inviável, pode ser reforçada ou modificada²⁶¹, através dos critérios do artigo 197.º, o qual estipula que, para a fixação do valor da caução, o

²⁵⁹ Vide artigo 196.º, 4.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁶⁰ GONÇALVES, Fernando e Manuel João Alves – **Crime. Medidas de Coação e Prova**. Coimbra: Almedina, 2015, pg. 145.

²⁶¹ Vide artigo 207.º, 1.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

magistrado observará a cautelaridade da medida, a gravidade do caso, o dano causado e as condições financeiras do imputado.

Adotada isolada ou cumulada com outro mecanismo ela será paga não por necessário em dinheiro, podendo o magistrado admitir, segundo artigo 623.º do CPP, a quitação via depósito, penhor, hipoteca, fiança, bancária ou não, pedras preciosas, metais.

Em caso de inadimplemento, pode o juiz adotar o arresto preventivo do artigo 228.º e, caracterizada a intenção do arguido em violar a imposição, a regra geral do artigo 203.º deverá ser aplicada. Já em sendo constatada a quebra da caução, por falta injustificada a ato processual ou por descumprimento de obrigações, o valor será destinando ao Estado²⁶².

Entretanto, reforçada, modificada ou até mesmo revogada, nada impede uma nova caução, se os motivos para tanto se mostrarem presentes²⁶³.

No artigo 198.º, há a previsão de apresentação periódica, em casos de imputação de tipo com pena máxima abstrata superior a 6 meses, a ser determinada pelo magistrado, devendo se dar ao juízo ou perante à polícia criminal. Trata de um mecanismo de restrição da liberdade alternativo que, apesar de exigir o deslocamento do arguido, respeita os seus direitos fundamentais, olhando suas necessidades profissionais e pessoais, na medida em que horário, local do comparecimento serão adaptados às suas peculiaridades. Sendo aplicada pelo juiz, tal como as demais medidas de coação, obedecerá às suas regras comuns elencadas no artigo 194.º e demais dispositivos pertinentes já mencionados.

Se o crime tiver sanção máxima superior a 2 anos, o artigo 199.º prevê a possibilidade de o magistrado aplicar, sozinha ou na companhia de outro mecanismo, a suspensão do exercício de atividades, funções, profissões e direitos, públicos ou privados. Porém, para tanto, mister que tal limitação seja um efeito possível de uma provável condenação²⁶⁴. E mais, se algum ato administrativo, civil ou judiciário for essencial para a interrupção daquela atividade, a correspondente autoridade será comunicada, a fim de providenciá-lo, nos termos do artigo 199.º, 2.º, do Código.

Outrossim, a doutrina portuguesa entende pela taxatividade das limitações impostas no dispositivo, considerando a excepcionalidade da medida e o princípio da legalidade²⁶⁵.

²⁶² Vide artigo 208.º, 2.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁶³ Vide artigo 212.º do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁶⁴ O conceito criminal de funcionário encontra-se no artigo 386.º do Código Penal.

²⁶⁵ GONÇALVES, Fernando e Manuel João Alves – **Crime. Medidas de Coação e Prova**. Coimbra: Almedina, 2015, pg. 155.

Já quando a pena privativa de liberdade decorrente de crime doloso ultrapassar 3 anos, algumas condutas restritivas, dentre elas, a de frequentar certos lugares ou deles se ausentar²⁶⁶, a de manter contato com algumas pessoas, a de adquirir armamentos e inclusive a de se sujeitar a tratamento, podem ser adotadas pelo julgador, ao invés do cárcere.

No artigo 200.º, contudo, algumas novidades são introduzidas no tema, tal como a exigência de fortes indícios de prática delitiva, robustos por suficiente para gerar a convicção de uma boa probabilidade de condenação. E ainda, o tipo em questão deve ser doloso, não cabendo aplicação à modalidade culposa, merecendo igual atenção o fato de a limitação em epígrafe poder ser deferida de maneira oral, em caso de urgência²⁶⁷.

Por fim, as demais regras atinentes às medidas de coação já estudadas também se aplicam aos dois dispositivos, em especial a possibilidade de encarceramento preventivo em caso de descumprimento.

Com as mesmas exigências de pena máxima de 3 anos, indícios robustos, dolo, o artigo 201.º colocou à disposição do magistrado a possibilidade de obrigar o arguido a permanecer em habitação, quer seja própria ou de outrem, bem como em instituição de amparo social ou de saúde, de lá não se ausentando sem autorização prévia. Trata-se do modelo para a brasileira prisão domiciliar, ampliada pelas hipóteses de permanência em casa de saúde ou de apoio comunitário, mas limitada pelo seu caráter excepcional, ou seja, apenas podendo ser adotada quando outro meio menos gravoso não estiver disponível.

Além disso, nos termos do artigo 197.º, 2.º, a permanência em habitação não poderá ser substituída pela caução, nem cumulada com esta ou com o dever de apresentação, da mesma forma como se dá com a prisão preventiva (artigos 198.º e 205.º do Código de Processo Penal), haja vista a inviabilidade dos decorrentes deslocamentos.

Apesar de criticada pela doutrina, citando Odete Maria de Oliveira e Manuel Maia Gonçalves, que a trata como uma prisão preventiva abrandada, Fernando Gonçalves entende que a saída para o trabalho, para atendimento médico, dentre outras situações, encontra respaldo no artigo 193.º, 4.º, do CPP, quando as providências cautelares encontram limite no respeito à dignidade da pessoa humana, no exercício dos direitos fundamentais²⁶⁸.

²⁶⁶ Em caso de proibição de sair do país, a retenção do passaporte está prevista no artigo 200.º, 3.º.

²⁶⁷ Vide artigo 200.º, 2.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁶⁸ GONÇALVES, Fernando e Manuel João Alves – **Crime. Medidas de Coação e Prova**. Coimbra: Almedina, 2015, pgs. 159 e 160.

Cabe salientar que, por não se tratar de prisão, o descumprimento não acarreta o crime de evasão, tipificado no artigo 352.º do Código Penal, do que discorda Pinto de Albuquerque, como ensina Paula Marques Carvalho²⁶⁹.

No mais, por se tratar de uma medida muito assemelhada à prisão preventiva, algumas regras desta, como, por exemplo, aquelas relativas aos prazos, ao reexame, à impossibilidade de o mesmo magistrado que decretou a ordem apreciar o recurso, são estendidos à permanência em habitação.

E é nesta seara que vamos encontrar mais uma influência do direito português na lei brasileira. Trata-se da maneira de fiscalização desta limitação do *jus libertatis*, que pode se dar com a utilização de meios técnicos de controle à distância, conforme artigo 201.º, 3.º, do Código de Processo Penal.

Esta forma de monitoramento está prevista na Lei n.º 33, de 2 de setembro de 2010, a qual, no seu artigo 2.º, estatui que a vigilância pode ocorrer via acompanhamento telemático, de voz ou qualquer outro instrumento tecnológico considerado idôneo, respeitando-se a dignidade e os direitos não alcançados pela decisão judicial que a autorizou.

Será apreciada por um juiz, a requerimento do Ministério Público ou do acusado, quando em sede de inquérito policial e, durante a ação penal, sendo possível o magistrado também decidir de ofício, quando ouvirá o *Parquet*.

Para tanto, o julgador colherá o parecer dos serviços de inclusão social, no intuito de determinar a situação pessoal do arguido, que será ouvido e, formada a convicção judicial, aquele decidirá, fixando o tempo de permanência na habitação e as hipóteses de saída²⁷⁰.

Considerando que a substituição do aprisionamento pela permanência em habitação pode ser considerada um benefício, inclusive a ser pleiteado pelo próprio arguido²⁷¹, quando por este requerido, o monitoramento deve ser consentido por ele e pelos demais coabitantes maiores de 16 anos²⁷², devendo tal manifestação ser prestada em pessoa junto magistrado ou, quando solicitada a medida pelo próprio imputado, no seu requerimento.

Neste contexto, após implementada a vigilância, caberá ao imputado obedecer às ordens firmadas pelo Juízo e que lhe serão comunicadas, em especial as preceituadas no artigo

²⁶⁹ CARVALHO, Paula Marques – **As Medidas de Coacção e de Garantia Patrimonial**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, pg. 117.

²⁷⁰ Vide artigo 7.º da Lei n.º 33/2010.

²⁷¹ Vide artigo 212.º, 4.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁷² Vide artigo 4.º, 4.º, da Lei n.º 33/2010.

6.º da Lei n.º 33/2010, dentre as quais destaco, permanecer no local determinado, justificar ausências, cumprir as diretrizes traçadas pela Direção Geral de Reinserção Social.

Descumpridas estas orientações ou danificado o aparelho, a equipe de apoio social informará o Judiciário que poderá revogar a medida, adotando outra medida de coação, se cabível.

Ademais, pelo artigo 16.º da Lei n.º 33/2010, conjugado com o artigo 196.º, 4.º, do CPP, o monitoramento em tela poderá ser aplicado junto com outras providências cautelares e, nos termos do artigo 18.º da referida lei e 213.º do *Codex*, deverá ser reexaminada a cada 3 meses, tal como a prisão preventiva, após considerações do órgão acusador, do arguido e do serviço de reinserção social.

E, ao encerrar esta parte, merece ainda ser salientado o artigo 80.º do Código Penal Português, o qual prevê o desconto, no tempo de cumprimento da pena, daquele período em que o arguido permaneceu em detenção, em habitação ou preso de forma preventiva²⁷³, bem como lhe foi aplicada multa²⁷⁴, mesmo que em outro processo judicial, desde que este se refira a fatos anteriores ao feito em que o cerceamento do *jus libertatis* foi aplicado²⁷⁵.

Todavia, caso seja reconhecida a ilegalidade do encarceramento anterior, não haverá crédito de tempo para novo fato.

Já no artigo 202.º e seguintes, a prisão preventiva é tratada, de logo, como uma providência de *ultima ratio*, quando inadequados ou insuficientes os instrumentos cautelares alternativos. Em regra, o encarceramento preventivo será possível em casos de crimes punidos com pena acima de 5 anos, excepcionadas algumas situações, tais como, delitos violentos (com pena a partir de 5 anos²⁷⁶), terrorismo, infrações dolosas contra a integridade física, patrimônio, posse de armamento (com pena superior a 3 anos), dentre outras hipóteses referidas naquele dispositivo (permanência de pessoa irregular em território português), bem como por descumprimento de providências assecuratórias diferentes, de acordo com artigo 203.º, como já dito.

Vale salientar que, em observando alguma anomalia psíquica do arguido, o juiz poderá determinar a restrição do *jus libertatis* em casa de saúde adequada²⁷⁷.

²⁷³ Vide artigo 80.º, 1.º, do Código Penal Português.

²⁷⁴ Vide artigo 80.º, 2.º, do Código Penal Português.

²⁷⁵ Vide decisão em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/491974/details/maximized?p_p_auth=bSzKv1e8.

²⁷⁶ Vide artigo 1.º, j, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁷⁷ Vide artigo 202.º, 2.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

O artigo 204.º do Decreto Lei n.º 78/1987 prevê os requisitos específicos caracterizadores do *periculum libertatis*, isto é, riscos de fuga, de prejuízo ao feito, quer seja inquérito ou ação penal, ou de reincidência, bem como ameaça à ordem pública.

A primeira situação busca garantir a presença do acusado durante o procedimento, devendo o perigo de evasão ser constatado de maneira concreta²⁷⁸, inobstante a condição financeira do acusado ou a repercussão do crime.

Conforme Germano Marques da Silva, apesar de o risco ao conjunto probatório envolver atividades muitas vezes consideradas como formas de defesa, tais como, oitivas, envolvimento com testemunhas, buscas de provas, o arguido não tem qualquer obrigação de colaborar com a descoberta da verdade²⁷⁹ e estas ações não poderiam ser consideradas como prejudiciais à instrução. Além disso, o autor considera que a reincidência mencionada no dispositivo deve se restringir ao mesmo tipo penal ao qual o indivíduo está respondendo²⁸⁰, não obstante o preceito falar em “*perturbação grave da ordem ou tranquilidade pública*”²⁸¹, o que, diferente daquilo por ele defendido, estenderia a sua aplicabilidade a outras situações, de acordo com a gravidade do caso.

No que pertine ao procedimento atinente à prisão preventiva, ele se acha preceituado no artigo 194.º e seguintes do Código Penal Português²⁸² e se dá de maneira semelhante ao Brasil, que foi, repito, influenciado por aquele ordenamento.

Em sede de investigação policial, cabe ao Ministério Público o pleito de qualquer medida de coação, inclusive o encarceramento cautelar, tendo o julgador, nesta fase, um papel de garantidor da legalidade dos atos praticados, sob pena de macular a tarefa do órgão acusador.

Ao apreciar a medida, o magistrado, após a alteração advinda com a Lei n.º 20.º, de 21 de fevereiro de 2013, apenas estará limitado ao pedido do *Parquet* quando do perigo ao conjunto probatório. Assim, fundamentado pelos riscos de fuga ou de reincidência, bem como na ameaça à ordem pública, ele poderá aplicar mecanismo mais grave do que o requerido.

Todavia, conforme o artigo 268.^{o283}, a polícia criminal, percebendo a fumaça do bom direito e a urgência, diante do perigo da demora na instrução, pode pugnar ao juiz por

²⁷⁸ Vide decisão em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/4F8080580AF7F46180258239003BAE31>.

²⁷⁹ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Volume II. 5.ª ed. Lisboa: Verbo, 2011, pg. 358.

²⁸⁰ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Volume II. 5.ª ed. Lisboa: Verbo, 2011, pg. 359.

²⁸¹ Vide artigo 204.º, c, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁸² Vide artigo 194.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁸³ Vide artigo 268.º, 2.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

alguma medida de coação. Tal prerrogativa, no entanto, não tem o condão de vincular o Ministério Público, que pode se opor à citada atividade policial, antes ou até mesmo após o pronunciamento judicial.

No mais, quanto à iniciativa das partes em tal seara, apesar de o artigo 268.º demonstrar a aparência de permitir ao assistente de acusação o pleito de uma providência desta natureza, o tema não é pacífico, uns argumentando pela inconstitucionalidade da limitação do ato ao Ministério Público, referida no artigo 194.º, e outros defendendo que, pelo artigo 219.º, 1.º, da Constituição Portuguesa, a execução da política criminal cabe apenas ao *Parquet*²⁸⁴.

Ultrapassada esta etapa, com a ação em curso, o julgador poderá atuar de ofício, mas sempre após consulta ao Ministério Público.

De acordo com o artigo 194.º, 4.º, do *Codex*, a ouvida do arguido para fins de contraditar a acusação deverá ser realizada nos termos do artigo 141.º e precederá a decisão judicial, sendo dispensada apenas quando, com fundamentação, restar impossibilitada, como, por exemplo, por motivos de saúde ou para não causar prejuízos à cautelaridade da medida.

Nesta hipótese, denominada de ***detenção fora do flagrante delito***, prevista no artigo 257.º do estatuto, em que a medida cautelar requer surpresa, logo após a captura, o preso será levado, em 48 horas, à presença do magistrado, para audiência, sendo-lhe garantidos os direitos e os procedimentos do artigo 141.º, em regra, com a comunicação das provas atinentes ao mecanismo de coação, a menos que o sigilo seja imprescindível para a instrução do feito²⁸⁵.

Esta vinculação entre os deveres de fundamentar e informar ocorre porque a prova colhida poderá ser usada durante o processo, segundo alteração promovida pela Lei n.º 20.º, devendo a defesa do indivíduo ser mais ampla possível, com a ciência de tudo aquilo que pode ser conhecido.

A decisão que verse sobre medidas de coação, inclusive a prisão preventiva, a ser proferida em 5 dias, deve ser fundamentada e seguir o rito previsto no artigo 194.º, 6.º, do CPP, merecendo destaque para a descrição do ocorrido, dos elementos de prova considerados, da tipificação dos atos, da justificativa para o instrumento cautelar utilizado e da notificação

²⁸⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de – **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**. 2.ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2017, pg. 230.

²⁸⁵ Vide artigo 194.º, 7.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

das consequências em caso de descumprimento, sendo tudo informado ao defensor e à pessoa indicada pelo acusado.

Aqui cabe um destaque para o artigo 40.º, a, do Código, visto que impossibilita que o juiz que determina a medida de coação venha a decidir a causa, preservando a imparcialidade judicial prevista no artigo 32.º da Constituição Portuguesa²⁸⁶.

Havendo dificuldades de cumprimento da medida, a força policial poderá ser acionada, nos termos do artigo 209.º, para garantir o mandamento.

E mais, se, em qualquer fase da apreciação da prisão preventiva o julgador tiver elementos de convicção que confirme a intenção do arguido em subtrair-se da providência, poderá ele aplicar de imediato uma medida cautelar diversa, isolada ou cumulada, pelos termos do artigo 210.º.

Em casos de desobediência das regras aplicadas, quando se observa que foram aplicadas à revelia da lei ou ao se mostrarem desnecessárias, com a precedente consulta à vítima, se necessário, o instrumento poderá revisto ou substituído pelo magistrado, de ofício, ou mediante requerimento, quando possível, do Ministério Público ou do arguido, que serão ouvidos, nada impedindo que, se os motivos para sua existência retornarem, seja ele de novo implementado²⁸⁷.

Porém, mesmo que não haja descumprimento de qualquer determinação, de acordo com o artigo 213.º, o julgador, por sua iniciativa, deve rever a providência cautelar, sob os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade, em até 3 meses de sua efetivação ou reexame ou quando for proferida alguma decisão processual que formalize a acusação sem que encerre a restrição aplicada. Apenas em havendo superveniência de novos fatos, o Ministério Público e o arguido deverão ser consultados.

Neste *decisum*, contudo, o magistrado não poderá produzir novas provas, ficando limitado à requisição de perícias e demais investigações sobre a personalidade do imputado, a fim de averiguar o andamento da sua reinserção na sociedade²⁸⁸.

Se, durante o curso da prisão preventiva, o arguido apresentar algum problema de saúde grave que a inviabilize, o juiz pode suspendê-la até o restabelecimento das suas condições normais, ficando aquele sujeito à restrição domiciliar da liberdade prevista no artigo 201.º²⁸⁹.

²⁸⁶ Vide Acórdão n.º 186/98, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/197157/details/maximized>.

²⁸⁷ Vide artigo 212.º do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁸⁸ Vide artigo 213.º, 4.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁸⁹ Vide artigo 211.º do Decreto-Lei n.º 78/1987.

Não obstante a sua revisão, como já nos referimos, a prisão preventiva, como toda medida de coação, extingue-se em automático, segundo o artigo 214.º do Código de Processo Penal, quer seja pelo arquivamento do inquérito, pela rejeição da acusação, pela não reconhecimento da pronúncia ou pela sentença absolutória mesmo pendente de recurso, quando se constata o descabimento, anda que parcial, da imputação²⁹⁰, quer seja pelo trânsito em julgado da condenação, oportunidade em que a necessidade do mecanismo cautelar deixa de existir, sendo substituído pela sanção²⁹¹.

Outrossim, demonstrando o supracitado “*culto da liberdade*”²⁹², a legislação portuguesa, buscando impedir que o indivíduo permaneça em demasia no cárcere, prevê, no artigo 215.º, que o aprisionamento cautelar não será por um tempo indeterminado. Independente do reexame mencionado, ele será extinto, em regra geral, caso se passem **4 meses** sem que seja formalizada a acusação, **8 meses** sem ato de instrução, **1 ano e 2 meses** sem julgamento em 1.ª instância e **1 ano e 6 meses** sem trânsito em julgado condenatório. Nas hipóteses de delitos graves, em que se exige um tempo maior para o procedimento respectivo, o legislador português estendeu os prazos para **6 meses, 10 meses, 1 ano e 6 meses e 2 anos**, em respectivo, e, demonstrada a complexidade do assunto, para **1 ano, 1 ano e 4 meses, 2 anos e 6 meses e 3 anos e quatro meses**, nesta ordem. Sendo proposto recurso ou encontrando-se suspenso o processo, acrescentam-se **6 meses** a esse lapso temporal.

Nesta última situação, em sendo confirmada pela via recursal ordinária, a decisão de 1.ª instância, o prazo máximo de prisão preventiva será a metade da pena aplicada²⁹³.

Observemos aqui que, mesmo em caso de infrações como terrorismo, organização criminosa, o tempo de permanência na cadeia sem um desfecho processual, em instância inicial, não ultrapassa 3 anos e 4 meses. E inclusive com a apreciação de recurso, suspenso o feito, a privação da liberdade não será por prazo indefinido, diferente de como se dá em solo brasileiro.

Nem mesmo a existência de múltiplos processos altera a limitação temporal fixada em lei, que só será interrompida por motivo excepcional, de acordo com o artigo 216.º, isto é, doença que imponha uma intervenção hospitalar e impossibilite o seu essencial

²⁹⁰ Em havendo condenação pela via recursal, nova medida de coação poderá ser admitida, se assim for necessário, a termo do artigo 214.º, 3.º.

²⁹¹ Conforme o artigo 214.º, 2.º, do CPP, mesmo sendo condenado, o arguido que estiver sujeito à restrição de liberdade em sua habitação, se o tempo de sanção não superar o período já passado em recolhimento.

²⁹² SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Volume II. 5.ª ed. Lisboa: Verbo, 2011, pg. 399.

²⁹³ Vide artigo 215.º, 6.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

comparecimento a alguns atos investigativos. Isto traduz uma política criminal moderna, adaptada à função adequada do sistema prisional, poupando gastos públicos, evitando sofrimentos descabidos, enfim, proporcionando uma prestação jurisdicional ponderada, lastreada do prestígio aos direitos humanos.

Prova deste respeito para com o *jus puniendi* é o fato de que, sendo libertado da cela pelo decurso dos prazos fixados, a vítima será informada se, com a soltura, haverá riscos a sua integridade²⁹⁴. Além disso, o arguido ainda poderá estar sujeito a uma medida cautelar alternativa, com exceção do recolhimento na própria habitação. Caso seja o novo mecanismo descumprido, neste caso, um novo instrumento diferente da prisão (que já teve seu prazo extinto) deverá ser utilizado²⁹⁵.

Ademais, as medidas cautelares diversas do cárcere encerram-se por automático em prazo dobrado ao aludido no artigo 215.º, sendo aplicáveis as demais regras de extinção.

Para toda aplicação, revogação ou substituição de qualquer instrumento cautelar, a via recursal está disponível ao arguido e ao Ministério Público, segundo artigo 219.º, em 30 dias.

Não poderíamos deixar de salientar também a conversão da prisão em flagrante em mecanismos cautelares, até mesmo o encarceramento preventivo. Tal como se dá no Brasil, após a apresentação do detido em flagrante ao magistrado, em 48 horas, conforme artigo 382.º, para audiência de controle da legalidade do ato, ele será interrogado pelo juiz, nos moldes deste dispositivo, bem como do artigo 192.º e seguintes²⁹⁶. Ao final, ele decidirá pela aplicação ou não de alguma medida de coação ou garantia patrimonial.

Por fim, tratada também dentro do capítulo das medidas de coação, mesmo com forte natureza processual, a detenção para fins de identificação, enquanto modalidade de restrição da liberdade, foi inserida na Constituição Portuguesa em 1997²⁹⁷ e admitida na Lei Maior pelo Acórdão 7/87²⁹⁸, sendo um poder conferido à polícia criminal para que possa individualizar pessoas suspeitas.

²⁹⁴ Vide artigo 217.º, 3.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁹⁵ Vide artigo 217.º, 2.º, do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁹⁶ Vide artigo 260.º do Decreto-Lei n.º 78/1987.

²⁹⁷ Vide artigo 27.º, 3.º, g, da Constituição Portuguesa.

²⁹⁸ Vide decisão em <https://dre.pt/pesquisa-avancada/-/asearch/257410/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>.

É cabível sempre que haja fundados indícios de prática crimes, pendência de mandado de detenção ou permanência irregular em solo português²⁹⁹, destinando-se a confirmar a identidade daquela pessoa com provável envolvimento em irregularidade.

Todavia, diante do constrangimento causado, os agentes públicos deverão adotar uma ação cautelosa, comunicando ao indivíduo o ocorrido, solicitando a sua identificação, explicando os meios para fazê-lo, e, caso infrutífera a tentativa, poderão ser procedidas revistas, buscas, consultas a correspondências, em telefones³⁰⁰ e, se persistir a incerteza, será ele conduzido a um posto policial para concretizar o ato, lá devendo permanecer até o final do procedimento de comprovação da sua identidade, podendo ser lançado mão de meio fotográfico, datiloscópico ou similar.

Ao final, será confeccionado um auto de detenção, sendo remetido ao Ministério Público ou ao Judiciário, nos termos do artigo 253.º.

Com isso, diante da contextualização dada às medidas de coação em Portugal, percebemos a grande influência que a sua legislação teve em outros ordenamentos, em especial, o brasileiro, com marcas claras de respeito aos direitos humanos, aos princípios constitucionais fundamentais, à legalidade, prestigiando a liberdade, mas sem descuidar dos rigores das medidas cautelatórias, colocando à mostra um moderno entendimento de prestação jurisdicional, lastreado na dignidade e na proporcionalidade dos seus instrumentos.

Este aprimoramento de percepção de vida digna e de aplicabilidade da técnica criminal se estendeu a outras nações, como o Brasil, sendo patente a semelhança com que o tema passou a ser encarado após o advento da Lei n.º 12.403/2011, através da adoção de providências se não iguais, ao menos parecidas, como é o caso da permanência em habitação, da caução, dentre outras.

E o prestígio dado ao *jus libertatis* apenas tem contribuído com o Judiciário, com os governos e com a sociedade, gerando, em decorrência disto, uma consequente melhoria da segurança pública, posto que a prestação jurisdicional ponderada, adequada ao mal causado, sem prisões desnecessárias, tem se mostrado muito mais eficaz que a vingança do cárcere, sendo notados progressivos aumentos nos índices de reinserção social, na economia de gastos públicos, enfim, na diminuição do caos carcerário, vindo tal êxito a ser decorrente também daquele texto normativo português, embrião da lei brasileira.

²⁹⁹ Vide artigo 250.º do Decreto-Lei n.º 78/1987.

³⁰⁰ Vide artigos 251.º e 252.º, ambos do Decreto-Lei n.º 78/1987.

Por fim, salientamos que o entendimento do cárcere enquanto *ultima ratio*, levado ao Brasil com a Lei n.º 12.403/2011, encontra em Portugal uma fonte primária, sendo o texto lusitano recheado de mecanismos evoluídos e dotados de uma visão garantista para a problemática não apenas destinados à solução da demanda carcerária, como também à própria salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão.

Em verdade, observamos que, mais além de instrumentos cautelatórios criminais diversos da prisão, o ordenamento luso tem um forte comprometimento com a busca da verdade, com a proporcionalidade dos atos praticados, com a proteção do *jus libertatis*, independentemente da condição de arguido ou não.

Esse amadurecimento jurídico de Portugal, exteriorizado em leis e institutos modernos, influenciou o legislador brasileiro, sendo muito de seu alicerce comum ao daquela nação, vindo a mudança a trazer para o Brasil um aprimoramento no campo penal, capaz de conter a criminalidade sem o sacrifício do aprisionamento desmedido.

3.5.2- BREVES REFERÊNCIAS A OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS

O estudo comparado proporcionará uma interpretação mais robusta do tema, em especial, se levarmos em consideração a influência que a Lei n.º 12.403 teve de outros ordenamentos jurídicos, em especial, o italiano e o português.

Desde o Código Rocco de 1930, a legislação processual penal brasileira tem influência direta do sistema italiano, hoje, um dos mais modernos que trata da prisão preventiva, lastreando-se em igual na Constituição de 1948³⁰¹ e no Código de Processo Penal 1988, quando versa sobre o princípio do mínimo sacrifício, priorizando a liberdade.

O *Codice di Procedura Penale*, em seus artigos 272.º e seguintes, prevê cautelares pessoais³⁰² e disciplina os seus requisitos, dispondo-as em modalidades, consideradas as circunstâncias do caso concreto, a culpabilidade, a personalidade do infrator, diante da possibilidade de reincidência em atos violentos e graves.

Inserido no capítulo atinente às medidas coercitivas, no artigo 285.º do estatuto³⁰³, o encarceramento preventivo disputa espaço com outras medidas cautelares, sempre com a

³⁰¹ Vide artigo 13.º da Constituição Italiana de 1948.

³⁰² Vide artigo 272.º e seguintes do *Codice di Procedura Penale*.

³⁰³ Vide artigo 285.º do *Codice di Procedura Penale*.

exigência de condições de aplicabilidade, diante da gravidade do crime³⁰⁴ e da fumaça do real cometimento do delito por aquela pessoa.

Assim, nos dizeres de Vittorio Grevi, não são necessárias provas plenas, diretas, da prática delitiva, mas apenas a consistência dos indícios, sem a qual nenhuma providência cautelar poderá ser adotada³⁰⁵.

Além disso, o perigo da liberdade do investigado, previsto no artigo 274.º do *Codex*³⁰⁶, delimita a finalidade das cautelares em geral³⁰⁷, inclusive a prisão preventiva, livrando-o do caráter sancionador e procurando salvaguardar o genuíno e fiel rol probatório, sujeito a ameaças atuais, concretas e comprovadas, nos termos do artigo 272.^o³⁰⁸.

Outrossim, busca-se garantir o *jus puniendi*, evitando-se fugas³⁰⁹, aqui sendo considerado o comportamento abstrato do indivíduo, bem como impedir a continuação delitogena, mediante perigo de nova investida no crime, este a ser atestado de modo efetivo, mas com considerações a respeito da personalidade e dos antecedentes do agente.

Ademais, a já conhecida proporcionalidade³¹⁰ ao mal causado também é um fator imprescindível na apreciação do caso, sendo que o próprio artigo 275.º impede que o magistrado leve à cadeia aquele que terá a sentença suspensa em condicional ou que tenha pena inferior a 3 anos ou em certas situações humanitárias. Dessa forma, o mecanismo implementado deve ser adequado ao caso, a sua gravidade e à possível punição a ser aplicada, devendo ser utilizada apenas quando outro instrumento menos gravoso não exista.

Por outro lado, no mesmo dispositivo, a adequação da prisão preventiva pode ser tida como presumida, em determinados tipos penais, desde que presente a cautelaridade.

³⁰⁴ Em regra, nas hipóteses de prisão perpétua e crimes com pena abstrata de reclusão superior a 3 anos para as cautelares em geral e, conforme o artigo 280.º, 5 anos para a prisão preventiva. Todavia, em caso de descumprimento dos instrumentos cautelatórios diversos do cárcere, este requisito temporal não é aplicado, sendo considerada a regra geral de 3 anos. Além disso, em casos de flagrante facultativo, quando a autoridade policial, diante algumas situações elencadas no artigo. 381.º, 2.º, considera a conveniência da restrição da liberdade, a prisão preventiva dispensa o limite temporal comum.

³⁰⁵ GREVI, Vittorio – **Compendio di Procedura Penale**. 9.ª ed. Padova: Cedam, 2018, pg. 392.

³⁰⁶ Vide artigo 274.º do *Codice di Procedura Penale*.

³⁰⁷ Neste sentido, CHIAVARI, Mario – **Diritto Processuale Penale**. 7.ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2017, pg. 713 e seguintes.

³⁰⁸ Vide artigo 272.º do *Codice di Procedura Penale*. Nesta hipótese, o juiz deve estipular o prazo de validade da medida, segundo artigo 292.º do *Codex*.

³⁰⁹ Neste caso, o magistrado deve se ater a casos de possível condenação a pena de 2 ou mais anos de reclusão.

³¹⁰ Vide artigo 275.º do *Codice di Procedura Penale*.

Trata-se do “*doppio binario*”, introduzido no Código em 1995 e que inverte a prioridade do *jus libertatis*, tornando o encarceramento a regra, quando comprovados fortes indícios de prática de delitos em comum associados a organizações criminosas, tais como a máfia, o terrorismo, o homicídio doloso, o tráfico de drogas, dentre outros³¹¹. Nestes casos, a adequação do cárcere é presumida, sendo ele o único caminho a ser tomado.

O artigo 291.º e seguintes do Código de Processo Penal Italiano orienta o procedimento aplicável às medidas cautelares, sendo incidental e dividido em duas fases, ou seja, do pleito do Ministério Público até a decisão judicial³¹² e do cumprimento da medida até o interrogatório de garantia, quando então a defesa terá a oportunidade de realizar o contraditório.

Vale destacar que, quando do pedido, o representante do *Parquet* fica impedido de se valer do chamado sistema material cognitivo parcelado, atuando sem escolher os meios de convicção, devendo inclusive enfocar também os argumentos de defesa.

Ao apreciar a matéria, fundamentando o seu *decisum*, mas sem oportunidade de contraditório, e o instruindo nos termos do artigo 292.º, 2.º³¹³, o magistrado terá que se manifestar sobre a cautelaridade, de forma concreta, indicando por que está escolhendo aquele mecanismo e podendo, neste momento, aplicar uma medida menos gravosa do que a requerida, usando o seu poder geral de cautela, apesar de não lhe caber a imposição de uma providência mais forte do que a pleiteada.

Com o cumprimento da ordem de encarceramento, a ser confeccionada de maneira, clara, se necessário, traduzida para o idioma do imputado, e entregue ao oficial, o documento será cientificado pela acusação, a defesa comunicada do ato, sendo, em seguida, todo o procedimento depositado em Juízo, não podendo o Ministério Público interrogá-lo antes do magistrado, quando então ele fará, num prazo normal de cinco dias ou de 48 horas em casos urgentes, conforme o artigo 294.º do CPP, o chamado de “*interrogatório de garantia*”³¹⁴, no qual o detido poderá rebater as acusações, como ocorre com a audiência de custódia brasileira, em atenção ao artigo 5.3.º da Convenção Européia de Direitos Humanos.

³¹¹ A Corte Constitucional Italiana, em várias decisões, tais como, a 450/1995, a 139/2010, entendeu a presunção da adequação como forma de equilibrar forças, diante da gravidade das atividades criminosas de certos grupos.

³¹² Ressalte-se que o artigo 299.º, 3, prevê as hipóteses de autuação de ofício do juiz, mais precisamente no que tange à revogação ou à substituição de medidas cautelares.

³¹³ Vide artigo 275.º do *Codice di Procedura Penale*.

³¹⁴ Vide artigo 294.º do *Codice di Procedura Penale*. Notemos aqui a exceção prevista no artigo 289.º do *Codex*, quando da suspensão da função pública ou ofício, ocasião em que o interrogatório judicial precede a medida

Neste ato, regido pelo citado dispositivo, a participação da defesa é essencial, podendo o julgador, ao final, manter o aprisionamento, revogá-lo ou substituí-lo por medida diversa.

No entanto, em caso de descumprimento de um mecanismo cautelar, a transgressão fundamenta o encarceramento preventivo, segundo artigo 276.º do estatuto³¹⁵, embora não o torne automático. Com isso, de ofício ou mediante pleito do Ministério Público, o magistrado, após a obrigatória consulta à acusação, sob pena de nulidade³¹⁶, mas sem necessidade de garantir contraditório, como se dá na primeira cautelar, por ser sigilosa, pode reverter a providência menos gravosa, se em demonstrada ineficiente, em prisão ou em outro instrumento mais contundente.

Cabe aqui destacar duas situações interessantes. A primeira é que, aquela mencionada exigência para o encarceramento preventivo nos casos de crimes com pena igual ou superior a 5 anos, em casos de transgressão, é desconsiderado. A segunda é que a Polícia, em percebendo que o indivíduo irá descumprir a medida cautelar, pode prendê-lo, devendo a ação ser validada pelo magistrado em até 20 dias, de acordo com o artigo 307.º, 4.^o³¹⁷, numa espécie de prisão temporária, denominada na Itália de *fermo di indiziati di reato*.

Tal como ocorre no Brasil, no processo penal italiano, após a prisão em flagrante, o ato deve ser convalidado pelo Juízo, após apresentação em 24 horas ao *Parquet*, que poderá, inclusive após interrogar o deito, pleitear a sua libertação ou a manutenção do cárcere.

Em havendo pedido de convalidação do aprisionamento, o Ministério Público o fará em até 48 horas da prisão, à autoridade judiciária do local desta, o qual, no mesmo prazo, realizará audiência, com a imprescindível presença do defensor, decidindo pela legalidade do flagrante e pelas possíveis medidas cautelares a serem adotadas, conforme supracitados artigos 273.º e 274.º do CPP, tal como se dá na brasileira audiência de custódia.

Na Alemanha, há semelhanças e diferenças com o instituto brasileiro, uma vez que a restrição cautelar da liberdade deve estar fundamentada na salvaguarda do processo, *erkenntnisverfahren*, ou da aplicação da sanção, *vollstreckung*. Porém, enquanto no Brasil, adota-se o modelo latino, lastreado nas características da cautelaridade do Direito Civil, na Alemanha aplicam-se pressupostos materiais e formais de abrangência, sendo a matéria regida pela *Untersuchungshaftvollzugsordnung (UvollzO)*, a Lei da Prisão Preventiva.

cautelar.

³¹⁵ Vide artigo 276.º do *Codice di Procedura Penale*.

³¹⁶ Vide artigo 299.º, 3.º, do *Codice di Procedura Penale*.

³¹⁷ Vide artigo 307.º, 4.º, do *Codice di Procedura Penale*.

Assim, no processo penal alemão, em caso de risco concreto ao processo, às provas, para se evitar fugas ou para garantir o cumprimento da pena³¹⁸, o magistrado pode decretar a prisão preventiva, *untersuchungshaft*, do indivíduo, consideradas a gravidade do fato, a consistência de suspeita de autoria, o perigo ao obscurecimento probatório e a probabilidade de fuga e de reincidência³¹⁹, que seriam os pressupostos materiais.

Entretanto, vale frisar que o risco de evasão deve ser concreto, justificado em fugas anteriores, falta de residência fixa ou identidade determinada.

Já os pressupostos formais, estes se referem ao procedimento, tratando de mandado escrito e juízo competente.

Na fase investigativa, *ermittlungsrichter*, a análise do requerimento caberá ao juiz da investigação, o qual, conforme § 125.º, 1.º, do estatuto processual penal³²⁰, pode deferir o essencial pedido do *Parquet*, mas apenas em casos excepcionais, quando houver um comprovado risco iminente.

Com o início do processo, a competência para apreciar a questão passa ao *tatgericht*, o tribunal do fato, que pode atuar de ofício ou após provocação do órgão acusador que, mesmo não tomando a iniciativa, deve ser consultado.

Não obstante, segundo o § 113.º do Código de Processo Penal Alemão, a proporcionalidade deve balizar a cautelaridade da providência, sendo proibida para os casos com pena abstrata prevista de até 6 meses.

Cumprido o mandado, o indivíduo deve ser apresentado em 24 horas ao juiz que ordenou a medida, o qual comunicará o fato a um familiar, se não levar risco ao procedimento, e interrogá-lo-á, decidindo, ao final se mantém ou não o cárcere, que deverá se dar em lugar diverso dos detentos condenados^{321 e 322}.

Superado o motivo justificador da prisão preventiva ou decorrido o prazo de 6 meses, prorrogável por igual período, o juiz terá o poder de avaliar a sua revogação ou substituição por outro mecanismo diverso³²³.

³¹⁸ Vide § 112.º, 2, e § 457.º do *Strafprozbordnung*.

³¹⁹ Saliente-se que, apesar de se tratar de um fundamento de natureza preventiva e de cunho policial, ele foi acatado pela Convenção Européia de Proteção aos Direitos Humanos e das Liberdades Individuais, em seu artigo 5.º, em razão do dever estatal de proteção social.

³²⁰ Vide § 125.º, 1, do *Strafprozbordnung*.

³²¹ Vide § 114.º e 115.º, ambos do *Strafprozbordnung*.

³²² Vide artigos 11.º e 23.º, ambos da *Untersuchungshaftvollzugsordnung (UvollzO)*.

³²³ Vide § 116.º do *Strafprozbordnung*.

Tal como se deu no Brasil, no Chile, houve recente alteração legislativa para tonar o cárcere a última saída para a preservação do *jus puniendi*. O Código de Processo Penal de 2000, de forte natureza inquisitorial, passou a considerar o aprisionamento apenas quando por efetivo necessário, agora subsidiário³²⁴, a ser adotado somente quando outras medidas cautelares, elencadas no artigo 155.º não solucionarem a questão³²⁵.

Ademais, para o deferimento da providência, são imprescindíveis alguns requisitos de admissibilidade, traduzidos na seriedade da imputação, capaz de levar a uma condenação, bem como na sua concreta necessidade, que deve se revelar indispensável para a investigação, para conter o risco advindo da liberdade do infrator ou para se evitarem fugas.

O artigo 140.º do estatuto³²⁶ esmiúça alguns deste perigos, levando em primeiro a termo a gravidade e a real suspeita de prejuízo ao conjunto probatório e à segurança social, quando expõe em detalhes tais situações. Exige também que haja circunstâncias comprobatórias da existência de um crime e que presumam a sua autoria, além de requer uma boa probabilidade de êxito da imputação.

Por outro lado, a evasão e a reincidência não são tratadas por explícito naquele dispositivo, mas sim de maneira sistêmica, em trechos do ordenamento jurídico chileno e suas interpretações.

Não obstante, tamanha é a preocupação legislativa com a paz coletiva que, em 2008, foi editada a Lei n.º 20.253, conhecida como “*agenda corta antidelincuencia*”, que veio a enrijecer qualquer flexibilidade hermenêutica e passou a presumir a liberdade do indivíduo uma ameaça quando for ele acusado de crime cuja pena ultrapasse cinco anos, quando tiver sido condenado antes por delito de sanção equivalente ou se descumprir medidas cautelares, liberdade condicional ou qualquer benefício de execução penal.

Entretanto, para a decretação da prisão preventiva, regras de proporcionalidade estão presentes no Código, em especial em seu artigo 141.^{o327}, impedindo que o cidadão seja levado ao cárcere sem uma razão ponderada. São hipóteses de imputação de infrações ou de ação penal privada ou punidas com penas pecuniárias, restritivas de direitos, ou quando já estiver em cumprimento de pena privativa de liberdade.

Todavia, estas regras não se aplicam se o imputado violar medidas cautelares ou se ele ausentar-se do distrito da culpa.

³²⁴ Vide artigo 139.º do Código de Processo Penal do Chile.

³²⁵ Vide artigo 155.º do Código de Processo Penal do Chile.

³²⁶ Vide artigo 140.º do Código de Processo Penal do Chile.

³²⁷ Vide artigo 141.º do Código de Processo Penal do Chile.

O procedimento da prisão preventiva está delineado no artigo 229.^o e seguintes do *Codex*³²⁸, e, de início, impõe a formalização das investigações, pelo Ministério Público, frente um juiz de garantia, comunicando ao infrator que ele é alvo de apurações criminais. Trata-se de uma medida por extremo garantista, proporcionando ao imputado a oportunidade de conhecer a acusação e preparar a sua defesa³²⁹.

Após isso, o pleito do encarceramento poderá ser feito, de maneira oral, em audiência, na presença do imputado e seu defensor, pelo órgão ministerial ou pelo querelante, aquele que seja parte no processo, havendo previsão de iniciativa judicial, de ofício, apenas quando o Tribunal aprecia um indeferimento anterior da medida³³⁰.

Ao final, assegurado o contraditório, o juiz de garantia decidirá em ato fundamentado³³¹.

Ultrapassado metade do tempo da pena cominada ao delito ou após 6 meses do início da restrição da liberdade, deverá ser feita uma reanálise do instrumento, a fim de evitar o prolongamento desnecessário da providência sem uma decisão final do Juízo.

Por fim, cabe destacar que, em havendo uma situação de flagrância, o preso deverá ser apresentado ao *Parquet* em 12 horas que, entendendo por liberá-lo, fá-lo-á, ou, caso contrário, será ele apresentado, na presença de seu defensor, ao magistrado em 24 horas para fins de controle do ato, em audiência, sob pena de libertação imediata.

Nesta oportunidade, o magistrado avaliará a legalidade da detenção e as medidas cautelares a serem adotadas, a menos que o Ministério Público pleiteie adiamento por três dias para preparar seu requerimento, quando então o infrator permanecerá custodiado até lá, salientando que não poderá ser levado a um presídio³³². Ultrapassado esse prazo sem pronunciamento, será o imputado libertado.

Ora, podemos perceber que a legislação brasileira, muito influenciada pelos ordenamentos italiano e português, encontra respaldo para a elevação do *jus libertatis* não apenas nas convenções internacionais a que nos referimos outrora. Outras nações, tais como a

³²⁸ Vide artigo 229.^o e seguintes do Código de Processo Penal do Chile.

³²⁹ Conforme o artigo 236.^o do estatuto, se o *Parquet* entender que o sigilo é necessário, deverá fundamentá-lo.

³³⁰ Vide artigo 144.^o, § 3.^o, do Código de Processo Penal do Chile.

³³¹ Aqui cabe destacar que, a Lei n.^o 20.253 previu uma possibilidade de encarceramento preventivo, mesmo sendo ele indeferido pelo juiz de garantia. Isso se dá quando a decisão contrária é atacada via recurso, em crimes graves, tais como roubo, homicídio, com pena maior que cinco anos, ocasião em que, até o pronunciamento do Tribunal, o indivíduo permanecerá detido, a fim de se evitar fuga.

³³² Vide artigo 133.^o do Código de Processo Penal do Chile.

chilena, e até mesmo a alemã, em alguns trechos, assemelham-se com a do Brasil e prestigiam a liberdade do indivíduo em lugar de um encarceramento desproporcional, desmedido.

Portanto, o equilíbrio entre o ser livre e o solto deve nortear não apenas a atividade legislativa, mas também os atos interpretativos, que são diários, para que possamos entender a prisão preventiva como um mecanismo de controle na salvaguarda da prestação jurisdicional e não como antecipação de pena.

4- A EFICÁCIA DOS MECANISMOS CAUTELARES PENAIS NA PREVENÇÃO E NA REPRESSÃO À CRIMINALIDADE

Quando falamos em eficácia dos mecanismos cautelares penais, logo poderemos pensar em segurança pública, em paz social, em prevenir e reprimir a criminalidade. Entretanto, para enfrentarmos a questão de maneira correta e construtiva, devemos em primeiro relembrar a principal função dos instrumentos de cautela criminais, ou seja, a proteção do *jus puniendi*.

De fato, na cautelaridade, todas as providências aqui estudadas são acessórias a um processo originário, existindo tão somente após uma prática delitiva, advindas com a missão de preservar a boa prestação jurisdicional. Não se trata de políticas públicas de controle dos delitos e, dessa forma, não merecem ser alvo de críticas ou elogios pelo insucesso ou pela vitória na redução dos índices de violência.

Em verdade, a superlotação carcerária, esmagando o poder da ressocialização, tornando os presídios verdadeiros “*centros do crime*”, onde pessoas amontoadas e sem quaisquer perspectivas desistem de retornar ao convívio social, é um fator de aumento da delinquência e um engessamento para as ações governamentais e suas finanças.

Todavia, as medidas cautelares penais, em especial as diversas da prisão, quando introduzidas nos ordenamentos de cada país, não perderam a sua finalidade primordial. Realmente minoraram a situação trágica, enaltecem os direitos humanos, substituindo a cela por outros mecanismos menos gravosos, quando possível. Contudo, esta é uma consequência da adaptação da sua meta principal, a perfeita prestação jurisdicional, com os valores humanitários globalizados atinentes ao *jus libertatis*.

Melhor explicando, se temos uma situação de falência do sistema prisional, a alteração legislativa veio também para mitigar essa realidade e o fez, mas não perdeu a sua essência primeira de buscar evitar prejuízos ao processo. E prova disto é que o benefício da liberdade ao imputado não é obrigatório, está condicionado, não sendo uma regra absoluta.

Por outro lado, se uma medida cautelar, por si só, não for capaz de reduzir os índices criminais, entendo que não significa que ela fracassou, desde que partes, jurisdição, provas, estejam a salvo. Ora, a legislação brasileira, por exemplo, previu a possibilidade de cumulação de instrumentos de cautela e caberá, portanto, ao juiz, valer-se destes para levar maior benefício à jurisdição e, por conseguinte, à sociedade, com o mínimo de sacrifício para todos, até o infrator.

Se as providências cautelatórias acabam por resolver problemas referentes à superlotação, ao bem-estar do acusado, a sua regeneração, isso é uma consequência da sua natureza menos prejudicial que o cárcere, um efeito secundário. Porém, por acabarem ajudando na amenização de um problema social, elas não podem jamais substituir políticas públicas de prevenção e repressão ao crime, tais como, educação, saneamento básico, iluminação pública, pavimentação, policiamento comunitário, investimentos em inteligência policial, dentre outras ações governamentais, haja vista que não detêm tal finalidade.

Neste sentido, devemos nos atentar para o fato de que, com a quebra do paradigma do encarceramento como significado de vingança, de Justiça, as novas ideias de cautela substitutivas ao aprisionamento vêm possibilitar ao julgador uma gama de alternativas para proteger o *jus puniendi*, estando à sua disposição meios bastantes para eliminar riscos às partes, às provas, ao processo, enfim, ao seu decisório final. Se assim o fizerem, terão obtido êxito, serão eficazes.

E a eficiência destes instrumentos, tão numerosos e variados que são capazes de atacar todas as faces de uma ameaça, em muito dependerá do seu manuseio pelo magistrado, pelo Ministério Público, pela Polícia Judiciária e, quando for o caso, pelo ofendido ou imputado, a quem compete, em suas respectivas esferas de atribuição e competência, analisar qual deve ser escolhida, quantas, como, por qual período, inclusive, lançando mão da prisão preventiva se for a única saída para a questão.

Dessa maneira podemos concluir que o encarceramento provisório, enquanto medida cautelar, por mais que retire do meio social uma certa pessoa, por mais que restrinja o seu contato com as partes e com o processo, não terá a mesma repercussão de ações governamentais de prevenção e trato da delinquência, na medida em que continuam a ser interinas, temporárias, instrumentais, sem aquele condão de levar à comunidade a permanente sensação de segurança tão desejada.

Por fim, lembremos que a prisão preventiva não tem o poder de prevenções geral e específica defendidas pela criminologia e já estudadas nesta obra. Isto é uma vertente do encarceramento como sanção e, qualquer tentativa de assemelhar os institutos, desvirtua-los-á.

A função do cárcere enquanto cautela é a prestação jurisdicional e não a influência no comportamento dos demais membros da sociedade. Se isso ocorre, é um efeito secundário, não inerente a sua natureza, não podendo se transformar em regra.

4.1- A PRISÃO PREVENTIVA COMO REGULADOR DOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE

4.1.1- A COERÇÃO

Já conhecemos a prisão enquanto vingança por um mal causado pelo infrator³³³ e também estudamos os objetivos da restrição da liberdade, em sede de cautela, para proteger a prestação jurisdicional.

Em verdade, respeitando os preceitos fundamentais de proteção dos direitos humanos, a cela deveria ser um local adequado e humanizado de ressocialização para os condenados e de recolhimento para aqueles que estejam a ameaçar o *jus puniedi*.

Essa privação, nos dizeres da criminologia, se levada a bom termo, gozaria de uma coerção, uma força, muito ampla. Acabaria por abranger não apenas a prevenção específica, na figura do encarcerado, que seria levado a pensar acerca da perda da sua liberdade, dos malefícios causados ao processo, às suas partes e à comunidade em que vive, bem como atingiria toda a sociedade, em uma prevenção geral, que receberia o exemplo daquele comportamento incompatível com a lei.

Porém, como vimos, isso não ocorre e o sistema prisional não consegue atingir o fim esperado, tendo o presídio se tornado, ao longo dos tempos, um local de terror. O encarceramento adquiriu uma outra face da coerção, ou seja, uma influência coatora perante o detido, que se sobrepõe até mesmo à verdade dos fatos, levando-o a praticar atos prejudiciais a si, muitas vezes mascarados pelo receio, não condizentes com a realidade.

Pois bem, a cadeia e suas mazelas, hoje, diante da falência sistêmica e da desatenção dos poderes públicos para com a salvaguarda dos direitos fundamentais dos presos, transformou-se em um fator de medo para aquele que está sendo investigado e será recolhido.

As finalidades da cautelaridade, quais sejam, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, nesta degeneração, perdem a razão de ser e passam a servir aos

³³³ Para Jorge Figueiredo Dias, “nas legislações primitivas, a pena era voltada somente para a vítima, como forma vingança e instrumento de reparação do dano sofrido, sem qualquer interesse da sociedade”. (DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, pg. 51).

preceitos do Direito Penal do Inimigo, considerando o infrator um ser com personalidade criminosa que deve ser tirado do meio social, inclusive como forma de exemplo para os seus semelhantes.

E mais, não apenas a prisão se revela um instrumento a serviço desta desvirtuação. Até mesmo mecanismos diversos, como, por exemplo, a delação premiada, quando tratada como maneira de pressão para se obter um relato ou um comportamento do investigado, torna-se um vetor de tortura mediante a ameaça da perda do *status libertatis*.

No bem dizer do Ministro Gilmar Mendes, citado pelo Ministro Dias Toffoli quando do julgamento *Habeas Corpus* n.º 143.333, “a prisão apenas deve ser admitida quando se mostrar o único meio eficiente para preservar os fins a que a lei penal visa proteger”³³⁴. Foi ele seguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski³³⁵, completando a divergência o próprio Gilmar Mendes e Marco Aurélio, acabando, assim, o resultado final em 7 a 4 pelo indeferimento da ordem³³⁶.

Cabe destacar aqui, no entanto, as considerações feitas por Mendes, ao se pronunciar naquele procedimento, de que os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade devem ser o guia para a perda da liberdade a título de cautela.

Com isso, mesmo à mercê de opiniões contrárias, devemos atentar para a função primeira da prisão cautelar, isto é, a garantia da prestação jurisdicional. Mas, por outro lado, o infrator deve ficar ciente, e esta também é uma tarefa do operador do Direito, de que outras medidas assecuratórias que não a cela podem lhe ser aplicadas, não sendo essencial que ele, a título de permanecer livre, tenha mitigado o seu direito de defesa.

4.1.2- AS CONSEQUÊNCIAS

Vimos que a principal consequência da prisão preventiva, se manuseada de forma hábil, será a efetiva prestação jurisdicional. Porém, diante de um cenário de mitigações de garantias e de critérios da cautelaridade, merece um alerta o fato de que o uso indiscriminado e abusivo do encarceramento em foco pode transformá-lo num meio de tortura, em uma afronta aos princípios fundamentais.

³³⁴ Vide voto em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143333votoDT.pdf>.

³³⁵ Vide voto em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143333votoRL.pdf>.

³³⁶ Vide votos e demais decisões em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5178344>.

Ou seja, se a privação do *status libertatis* encontrar amparo legal, se for aplicada como *ultima ratio*, em exceção, sem um viés punitivo, levando-se em conta a imperatividade de um recolhimento digno, capaz de atingir tanto a mente como a conduta do infrator, protegendo o processo, enfim, preservando o *jus puniendi* com o mínimo de repercussão gravosa para todos, teremos uma consequência satisfatória do instrumento.

Caso contrário, estaremos diante de uma feroz violação dos direitos humanos, um retrocesso, que não cumprirá o seu papel primordial, deixando a jurisdição refém de um artifício ineficiente, e que talvez será impactada por uma futura reincidência.

Além disso, o resultado negativo gerado na vida do imputado o conduzirá à revolta, frente a antecipada e a desmotivada expiação a que estará submetido, bem como em face da incapacidade de produzir para sustentar a própria família e a comunidade, causando inclusive um caos social.

Esses desequilíbrios, no meio comum, serão agravados pela superlotação carcerária, que não apenas se transformará em um motivo de pânico para os seus semelhantes, como também impedirá o Estado de usar as verbas públicas em outros setores, como veremos adiante, tornando precárias as condições de vida de toda a população.

Neste sentido, vislumbra-se que uma correta aplicação do mecanismo cautelar em epígrafe é essencial para a jurisdição, sendo a sua consequência positiva, uma eficaz prestação judicial. Todavia, cabe-se atentar para a importância da boa utilização do instituto, sob pena de desajustar toda a sociedade, seu governo, ou seja, o bem-estar coletivo.

4.1.3- OS CUSTOS

Quando falamos em presos provisórios, que representam cerca de um terço da massa carcerária brasileira, logo pensamos na insalubridade da cadeia, da incapacidade do sistema prisional em ressocializá-lo, na falência do *jus puniendi*.

Todavia, um outro fator merece ser considerado nesta seara, uma vez que a reinserção do infrator na sociedade, através de políticas públicas voltadas para tanto, despendem gastos do erário e, da mesma forma que a segregação tem que ser pensada em nível de readaptação na comunidade, ela tem que ser ponderada também com um olhar no mundo financeiro, sob pena de se malversarem os recursos da própria sociedade a pretexto de defendê-la.

Segundo dados da Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania de Sergipe já vistos neste trabalho, um preso demanda cerca de R\$ 1.800,00 ao Governo, ao passo em que, em

relação à tornozeleira, esse valor cai para em aproximados R\$ 200,00. Quando levamos esses números a âmbito nacional, descobrimos que um detento custa por volta de R\$ 2.400,00 aos cofres estaduais³³⁷ e R\$ 3.400,00 ao tesouro nacional, se envolver segregado federal.

Entretanto, para se ter uma idéia comparativa, outras despesas, tais como, aquelas provenientes da educação, geram um deficit de R\$ 2.700,00 com relação ao aluno e de R\$ 2.300,00 ao professor. Levando-se em conta que, em 2018, 28,71% (69.217) dos 241.090 detentos provisórios permaneciam mais de 180 dias reclusos³³⁸, podemos concluir que o custo da restrição do *status libertatis* é alto.

Na Europa, o gasto é menor, segundo levantamento feito em 2016 pelo Conselho Europeu. Por dia, em Portugal, usam-se 43,4 euros com o preso³³⁹, na Polônia 20 euros. Todavia, realidades parecidas com a brasileira também existem no velho continente, como é o caso de San Marino, que tem um custo diário de 685 euros com o detento, sendo seguido pela Noruega, com 358 euros e a Dinamarca com 182 euros.

Para se chegar ao valor agregado de um preso para o ente estatal, no Brasil, não há um critério fixo, cabendo a cada unidade realizar o seu levantamento. Isso inclusive acaba dificultando as ações de controle, sendo que, em 2017, dezessete Estados sequer tinham realizado tal contabilidade.

No entanto, como um padrão geral, para a mencionada aferição, leva-se em conta não apenas o tipo de restrição de liberdade, se provisória, definitiva, mas o cálculo também envolve condições pessoais do detento, como, por exemplo, sexo, localização do presídio, além de gastos com contratação de pessoal, vestuário, estrutura física, assistência médica, dentre outros fatores.

Esse dinheiro provém do Fundo Penitenciário, nacional ou estadual, abastecido, por exemplo, com confiscos, fianças violadas, multas, alienação de bens, além do fruto do trabalho dos próprios internos, quando assim o fazem, possibilitando o investimento não apenas na implementação do sistema como na sua manutenção.

Porém, no Brasil, os numerários investidos nas prisões não gozam de um retorno adequado, quer seja para a comunidade quer seja para o preso. Da mesma forma que a

³³⁷ Porém, este valor não é o máximo. No Amazonas, por exemplo, o preso custaria aproximados R\$ 4.000,00, em Pernambuco R\$ 3.500,00 e no Paraná e na Bahia R\$ 3.000,00.

³³⁸ Informações obtidas em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>.

³³⁹ Equivalentes aos 46 euros de 2015, conforme relatório extraído do site <http://wp.unil.ch/space/files/2018/12/Portugal.pdf>.

qualidade das instalações, dos alimentos e demais serviços fornecidos no cárcere não têm excelência, a paralisia profissional daquele cidadão, que se vê trancado muitas vezes sem um motivo justo, impede que ele desenvolva atividades em prol da sua família, do seu próprio núcleo social.

No mais, outro aspecto a ser sopesado é que grande parte dessa massa carcerária ali se encontra sem a devida necessidade, posto que seu comportamento tem correlação com delitos de tráfico de entorpecentes em baixa proporção, estelionato, furto, isto é, tipos penais desprovidos de violência, cujo encarceramento se revela prescindível, diante da possibilidade de aplicação de outras providências diversas da cela, acarretando gastos sem razão.

Ora, podemos perceber mais um desequilíbrio do cárcere com medidas cautelares alternativas, justificando a importância destas. Trata-se da financeira, visto que mecanismos de salvaguarda evoluídos, tais como a citada tornozeleira eletrônica, a fiança, de reconhecida eficácia, são capazes de, além de outros benefícios, quando cabíveis ao evento concreto, produzir uma economia satisfatória de verbas, que acabariam redirecionadas a outro setor.

4.1.4- OS RESULTADOS

Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça lançou um banco nacional de mandados de prisão, o BNMP, que servia para mera consulta sobre ordens de encarceramento. Tal medida, portanto, ainda se mostrava insuficiente para conter o avanço do desmedido aprisionamento, sob o pretexto de se garantir a segurança pública.

Assim, outras inovações foram se espalhando pelo país, no intuito de se buscar uma redução da população carcerária, em especial a provisória, considerando as razões de falência do sistema, de inadequação do instrumento penal, já estudados nesta obra.

Exemplos como o CNJ no Ar, que visou, em 2013, a realizar um mutirão de análise da situação prisional no Maranhão, levou a uma redução de 10% do número de internos sem condenação naquela unidade federativa³⁴⁰.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2015, estimulou seus magistrados a optarem por penas e medidas cautelares alternativas à prisão, sendo seguido por Acre, Goiás,

³⁴⁰ Vide <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59687-cnj-no-ar-destaca-meta-de-reducao-dos-presos-provisorios-do-tjma>.

Mato Grosso do Sul, Piauí, dentre outros, e a iniciativa surtiu efeitos, com significativa minoração da superlotação dos presídios³⁴¹.

Em verdade, alguns Estados da federação passaram a se esforçar em substituir a prisão por outros instrumentos de cautela, reduzindo a sua massa carcerária, e conseguiram êxito, como no caso de Sergipe que, em um ano, diminuiu os seus presos provisórios de 82,34% em 2017³⁴² para 62,83% em 2018³⁴³.

Entretanto, esta era uma realidade ainda minoritária e pontual no país, uma vez que, apesar da Lei n.º 12.403/2011, de acordo com os dados disponibilizados pelo CNJ, o quantitativo de presos sem condenação subiu de 34% (221.054) em 2017³⁴⁴ para 40,14% (241.090) em 2018³⁴⁵, o que nos faz concluir que a aplicabilidade dos mecanismos alternativos à prisão ainda merecia ser unificada no território nacional.

Para tanto, o Departamento Penitenciário Nacional, ano a ano, realiza levantamentos das informações do sistema, inclusive fazendo associações com outros países³⁴⁶, já que as dificuldades se mostram globalizadas.

Por exemplo, entre os anos de 2015 e 2016, a massa carcerária europeia aumentou em cerca de 18 mil detentos, sendo Portugal um dos primeiros colocados³⁴⁷, ao passo em que, em 2018, o Conselho Europeu considerou, em relatório decorrente de visita feita em 2016 ao solo lusitano, as celas portuguesas inadequadas e desumanas³⁴⁸.

Neste estudo, após pesquisa, constatamos, como forma de parâmetro, que, em 2018, Portugal possuía 17,1% dos seus presos sem condenação, em um total de 12.961. Já a

³⁴¹ Vide <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84293-juizes-de-10-estados-priorizam-penas-alternativas-em-relacao-a-prisao>.

³⁴² Informações obtidas em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>.

³⁴³ Informações obtidas em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>.

³⁴⁴ Informações obtidas em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>.

³⁴⁵ Informações obtidas em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>.

³⁴⁶ Conforme endereço <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorios-sinteticos>.

³⁴⁷ Dados em http://wp.unil.ch/space/files/2019/01/190126_Foreigners-in-Prison-and-Probation-in-Europe_Final-report.pdf.

³⁴⁸ Vide relatório em <https://www.coe.int/en/web/cpt/-/anti-torture-committee-urges-portugal-to-tackle-police-ill-treatment-and-the-poor-treatment-of-prisoners>.

Itália, tinha 32,8% (num total de 59.655), a Espanha 15,4% (num total de 59.187) e a Alemanha 21, 7% (num total de 62.902)³⁴⁹.

Voltando ao Brasil, a gravidade do problema por aqui não é novidade. Desde os idos de 2015, já se mostrava urgente a colocação de um ponto final no “*estado constitucional das coisas*”, em específico no que se referia à sua situação carcerária, frente a violações flagrantes dos direitos básicos dos detentos, tendo sido o Supremo Tribunal Federal provocado para tanto, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, que tratava da precariedade da custódia, e do Recurso Extraordinário n.º 841.526, versando sobre a responsabilização pela morte de um detento. Os julgamentos se deram, por respectivo, em 09 setembro de 2015 e 30 março de 2016³⁵⁰, com a conclusão de que os Poderes Judiciário e Executivo deveriam assumir suas competências e atribuições para a solução do problema, inclusive com a criação de um cadastro nacional de todas as pessoas encarceradas no país.

No ano de 2018, enfim, a concretização dos julgados foi colocada em prática e o sistema do banco nacional de mandados de prisão foi ampliado, em 12/09/2018, transformando-se por definitivo em bnmp 2.0³⁵¹, no qual, não apenas é aberta a consulta para mandados, mas também a situação de cada detento é ali exposta.

Isto se mostrou uma medida de grande resultado na salvaguarda das garantias fundamentais dos presos, posto que, desde a real e permanente constatação do quantitativo de pessoas internas, a localização delas, o motivo da restrição da liberdade, até a situação processual passaram a ser monitoradas em tempo real pelo Poder Judiciário, pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público, pela Polícia e pelo cidadão.

Na mesma direção, o Executivo adotou projetos de ressocialização, como oficinas de trabalho para os internos, e de implementação de mecanismos de cautela diversos do cárcere, como as já referidas tornozeleiras eletrônicas, entendendo de fato que se tratam de saídas com resultados positivos, inclusive com economia de verbas públicas.

Neste sentido, com um novo e uníssono pensamento acerca da matéria, notamos que, havendo um melhor direcionamento de recursos e uma inovadora gestão, os gastos e as

³⁴⁹ Dados obtidos no endereço <http://www.prisonstudies.org/map/europe>.

³⁵⁰ Vide decisões, respectivamente, em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> e em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310025651&tipoApp=.pdf>.

³⁵¹ Vide tutorial em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0>.

ações com o sistema prisional são potencializados, alcançando-se os fins propostos pelo processo penal sem a necessidade de se violar a liberdade do infrator, assegurando até mesmo que o dinheiro do povo possa ter outros destinos, sendo construídos hospitais, escolas, dispensando-se presídios, posto que se comprovou que eles não resolvem o avanço da criminalidade e nem ressocializam o delinquente.

4.1.5- A VIABILIDADE

Ora, podemos perceber às claras que as adversidades decorrentes do cárcere, mais ainda o provisório, na medida em que uma condenação sequer ocorreu, são graves, muitas vezes irreversíveis, tanto para o cidadão, que fica à mercê das mazelas do sistema prisional, como para o poder público, que tem um gasto vultoso com a implantação e a manutenção de uma massa carcerária.

A falência do sistema prisional e os decorrentes insucessos na proteção do processo, das partes, da sociedade, enfim, da efetivação do pronunciamento jurisdicional, bem como a pífia reinserção do detento, não são provocadas apenas pela má distribuição do dinheiro do povo no aparato carcerário. A falta de metodologia e aplicação dos mecanismos legais de cautela, desaguando em prisões desnecessárias, também contribuem para o aprofundamento de uma crise já conhecida, cuja solução está à vista de todos.

No que pertine ao tema desta obra, em específico, resta óbvio que os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, através de uma análise ponderada dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, frente a presença normativa de outros instrumentos cautelares diversos da cadeia, devem ser sopesados diante das consequências da restrição, quer seja para o indivíduo quer seja para a própria sociedade, que pode ter, de um lado, a sua sensação de segurança satisfeita com a saída do infrator do meio social, mas sob o custo da desmedida violação de direitos fundamentais e da perda de políticas públicas por falta das verbas gastas com aquele desequilibrado aprisionamento.

Assim, o encarceramento cautelar merece um estudo aprofundado do julgador, uma vez que a perda de liberdade de um membro da comunidade, que poderia representar pouco para o poderio do Estado, quando levada à prática desmotivada e desenfreada, gera uma desigualdade social ainda maior, devendo a sua viabilidade ser apreciada não apenas em uma seara jurídica, mas também no viés coletivo, sociológico.

Em terrenos brasileiro e português, por exemplo, outros instrumentos menos gravosos foram colocados à disposição do magistrado e isso não se deu por acaso. Uma nova

visão do instituto, que já vinha sendo disseminada pelo mundo, chega no Brasil, influenciado por Portugal, com a Lei n.º 12.403/2011 para sistematizar o processo penal com outros ramos de conhecimento, por igual presentes da vida do ser humano, tais como economia, política, gestão, podendo ser a prestação jurisdicional garantida com o mínimo de interferência do ente estatal, não apenas protegendo os direitos humanos do cidadão como também resguardando investimentos, providências de governo para melhorar vida da coletividade, que teriam suas verbas asseguradas com a prescindibilidade do presídio.

A viabilidade da prisão, logo, tem que ser vista perante um contexto geral, social e não apenas criminal. Tem-se que ter em mente que um mecanismo que se coloca à defesa do *jus puniendi* também gera males e estes devem ser ajustados para o caso concreto de modo que sejam inevitáveis, isto é, que não criem, como assim ocorre na atualidade, um caos social, diante da superlotação de sucateadas e inoperantes penitenciárias, provisórias ou definitivas, que falham na salvaguarda da jurisdição e nas efetivas reinserção, ressocialização, inviabilizando, por outro lado, por carência de recursos, saneamento básico, pavimentação, iluminação, ou seja, políticas públicas que levariam o bem-estar à sociedade.

5- OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE IDEAIS À PREVENÇÃO E À REPRESSÃO DO CRIME

Diante do que foi visto acima, vemos que não há uma fórmula exata para se determinar um instrumento de controle símbolo, um modelo padrão ou em abstrato melhor que os demais, aquele que reduza, por si só, os índices de criminalidade.

O que o moderno operador do Direito tem de mentalizar é que, independente de qual parte do mundo estejamos, o legislador busca em constância resguardar os direitos fundamentais do cidadão e, mediante critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, passa a considerar a prisão uma exceção, uma providência de última hora, a ser usada apenas quando outros meios não forem possíveis para solucionar a questão.

Isto ocorre com as restrições de liberdade decorrentes de pena, tal como na substituição por restrição de direitos, por multa, e também com o encarceramento cautelar, face a implementação de mecanismos diversos do cárcere, a exemplo, das tornozeleiras, das limitações de comportamento, dentre outros.

Neste sentido, valoriza-se o sentimento de ponderação do julgador, cabendo a este analisar cada caso concreto, decidindo, mediante aqueles referidos parâmetros, qual o instituto

mais pertinente à hipótese apresentada, bastante para resguardar o *jus puniendi*, protegendo processo, partes e sociedade, mas sem causar males em demasia ao infrator.

E aqui devemos atentar para a interligação necessária entre os instrumentos jurídicos e os sociais, entre o aparato repressivo do Estado e as políticas públicas a serem implementadas para se conter a delinquência.

Em verdade, por anos, muito se considerou que a questão da violência poderia ser resolvida com o encarceramento. Porém, diante da já exposta falácia desse pensamento, frente a novos mecanismos protetores da jurisdição evoluídos e garantidores da dignidade da pessoa humana, encaramos a verdadeira meta a ser alcançada, ou seja, a implementação de providências governamentais suficientes para tirar do indivíduo a idéia da prática delitiva.

Não é a perda da liberdade de um acusado, ainda mais enquanto cautelar, que irá tranquilizar a população, mas sim uma sentença criminal, ao final do processo, certa e forte bastante para reprimir o mal causado, e também ponderada por suficiente para garantir a reinserção social com pleno respeito à dignidade do infrator.³⁵²

Ademais, ações estruturantes como fomento ao emprego, propagação do ensino, saneamento básico satisfatório, iluminação pública eficiente, pavimentação de vias, aliadas a um melhor preparo do aparato policial, integrado com a comunidade, livre das amarras do preconcebido aprisionamento enquanto solução, e a uma nova mentalidade dos poderes, conscientes da importância da verdade real, da liberdade, enfim, da eficaz prestação jurisdicional e da futura ressocialização do delinquente, devem ser consideradas como uma verdadeira forma de contenção do crime.

Assim, notamos que o satisfatório controle da violência não passa por um instrumento padrão de controle. Envolve a participação dos poderes, com a atualização legislativa dos mecanismos de cautela e com a mecanização destes pelo Judiciário, pelo Ministério Público, de forma humanizada e ponderada, com o fito de salvaguardar a jurisdição, mas também deve exigir uma forte presença do Estado, através do Executivo, agindo na prevenção, na instalação de políticas sociais destinadas a levar o bem-estar à população, desestimulando a prática delitogena.

³⁵² TIEDEMANN, Klaus – **O direito processual penal. Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pg. 147.

6- CONCLUSÃO

O presente trabalho, que se encerra neste item, apesar de possuir um tema alvo de tantas exposições ao longo dos tempos e em diversas localidades, visou a levar para o leitor um entendimento prático sobre o assunto, considerando o foco dado à liberdade frente a necessidade de paz social e de uma segurança pública cada vez mais eficiente.

Este entendimento foi sendo moldado pelos anos e pelo mundo, conforme cada região desenvolvia e progredia a sua percepção de garantia dos direitos humanos.

Durante extenso período, o cárcere foi lugar de martírio, de vingança e de expiação. Entretanto, era patente a necessidade de elevar os direitos fundamentais do ser humano, que passaram a ser defendidos por vários textos normativos internacionais, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, e que expunha as condições insustentáveis de um cárcere superlotado e falido, maculado pela incapacidade de atingir o seu objetivo preventivo ou até mesmo punitivo.

A prisão não era capaz de se revelar num sinônimo de segurança pública, ao contrário, destruía o cidadão, formava criminosos, sugava recursos públicos, e era urgente criar uma alternativa para tal situação.

O fracasso da restrição do *jus libertatis*, enquanto forma de controle da criminalidade, estava exposto no constante avanço da delinquência e a retribuição pelo mal causado por um membro da sociedade não poderia se resumir em sua retirada do convívio dos semelhantes, uma vez que tal remédio sequer se revelava capaz de reparar o erro como também não eliminava o fantasma da reincidência.

A abolição do suplício foi um avanço, mas a prisão pensada por Beccaria e a ideia de vigiar e punir esboçada por Michel Foucault, em seu sistema panóptico, foram desvirtuadas e ainda não se mostravam por completo capazes de equilibrar as taxas criminais, acabando por manter a injustiça, a revolta, o desestímulo à regeneração, enfim, a ineficácia do sistema, tanto no desejado campo da prevenção e da repressão ao crime como na prestação jurisdicional propriamente dita.

Com isso, o processo penal passou a transformar a prisão em *ultima ratio*, prestigiando a liberdade do indivíduo sempre que ameaçada por um encarceramento desnecessário. E assim também se deu no Brasil, através da inovadora Lei n.º 12.403, inspirada nas legislações portuguesa e italiana, mas com influência até no Direito alemão, quando este leva à referida codificação considerações sobre a proteção de bens jurídicos

concretos como forma de reinserção social, cabendo à norma resguardar os direitos humanos sobre o manto constitucional da proporcionalidade³⁵³.

De fato, o entendimento sobre ponderação, defendido por Claus Roxin e implementado nas cautelares em diversas partes do mundo, considerando que o critério do risco não permitido, levado a um tipo penal, exige o equilíbrio entre a intervenção estatal e a liberdade civil, sem exacerbações, isto é, sem que seja afetada a qualidade de vida do homem de forma desnecessária³⁵⁴, encontra-se enraizado no ordenamento brasileiro e isto deixa claro que, apesar de pugnar por uma participação mínima do poder público nesta seara, o que ainda não ocorre, por exemplo, no Brasil, valores e princípios alemães estão semeados na nova legislação do país³⁵⁵.

Sob tal prisma, o aprisionamento preventivo, na Lei n.º 12.403/2011, não é mais a regra, consequência automática, e sim um dentre outros instrumentos cautelatórios previstos para salvaguardar a resolução processual. Divorciando, em definitivo, o mecanismo de prevenção da ideia de punição, o legislador veio a entendê-lo enquanto forma de cautela, estendendo-lhe as características daquelas providências, tais como, subsidiariedade, ponderação, e inclusive a primordial função de resguardar a prestação jurisdicional.

Através de requisitos comuns da cautelaridade, ou seja, o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, adaptados ao ambiente penal, associados a critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, a cela se tornou, no Brasil, como já ocorria em Portugal e em diversas outras nações, uma saída de derradeira hora para a salvaguarda do *jus puniendi*.

Neste contexto, os instrumentos aqui já estudados, a exemplo da tornozeleira eletrônica, da fiança, da limitação de comportamentos, foram introduzidos nos estatutos processuais penais modernos, dentre eles o brasileiro, buscando assegurar a cautela, mas sem exagerar no mal causado ao imputado.

³⁵³ ROXIN, Claus, Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli – **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pgs. 12, 20 e 26.

³⁵⁴ *Op. cit.*, pg. 39.

³⁵⁵ Segundo Claus Roxin, a proteção de um bem jurídico, enquanto fator essencial para uma vida livre e segura, não deve ficar restrita à sua individualidade, mas sim à sua generalidade, e “a ponderação entre os direitos estatais de ingerência e os direitos civis de liberdade, que na fase da legislação se logra com o auxílio do princípio do bem jurídico, se torna válida mais uma vez, agora numa segunda fase, na da dogmática, mediante a exigência do risco não permitido”. (ROXIN, Claus, Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli – **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pgs. 19 e 40).

Esta mudança de comportamento, que vem ganhando cada dia mais adeptos, influencia gestores, magistrados, acabando-se por minorar a falência do sistema prisional, reduzindo-se o número de detentos, melhorando-se a qualidade do cárcere, e preservando-se recursos públicos para serem usados em outras áreas, tais como, saneamento básico, moradia, fomento de empregos e outras.

No entanto, não basta se reformar o sistema processual penal de um país para em automático levar segurança a seu povo, em especial, com a implementação desenfreada de mecanismos processuais penais. Isto não atingiria o anseio comum e acabaria acarretando em uma verdadeira autotutela, levando a uma privatização da Justiça. Estes ensinamentos, proferidos por Teresa Armenta Deu, consideram que a história e a cultura jurídica de uma nação devem ser sopesadas quando da incorporação de reformas jurídicas, respeitando-se os problemas e as peculiaridades de cada um, possibilitando, com isso, a sua perfeita incorporação no ordenamento³⁵⁶.

Só assim, diante da admissibilidade dos novos mecanismos pelo sistema de equilíbrio, ponderação, pesos e contrapesos constitucionais, é que haverá um processo devido e justo³⁵⁷.

De fato, a essencial busca da Justiça, neste novo contexto, atinge todo o processo penal, inclusive o seu objetivo principal, a verdade real, que passa a não ser tida como um fim em si mesmo, como ensina Klaus Tiedemann, “*mas sim uma finalidade intermediária, frente a análise se a acusação é ou não justa*”³⁵⁸, impedindo a utilização de mecanismos desproporcionais.

Vemos que o legislador brasileiro, por exemplo, tal como o chileno, atuaram de forma brilhante, apadrinhando um entendimento garantista da cautelaridade, em sintonia com os ditames de suas próprias Constituições, prestigiando princípios e valores fundamentais a todo ser humano, inclusive ao que cometeu um delito, sempre tendo em mente a proporcionalidade daquela ação, a justiça do ato. Repito o que já foi exposto, não é porque o

³⁵⁶ ARMENTA DEU, Teresa – **Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1.º, n.º 1.º, 2015, disponível em <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/7/18>, pg. 138.

³⁵⁷ ARMENTA DEU, Teresa – **Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1.º, n.º 1.º, 2015, disponível em <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/7/18>, pg. 124.

³⁵⁸ TIEDEMANN, Klaus – **O direito processual penal. Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pg. 147.

indivíduo cometeu uma infração que deve ser tratado como “*coisa*”, um “*inimigo*”. Ele deve ter a atenção do Estado, enquanto seu membro, para que volte ao seio da comunidade e possa produzir para o benefício de sua família e de seus semelhantes.

Podemos perceber, no decorrer desta obra, que a questão da violência, em verdade, passa pelos mecanismos de cautela penais, mas de maneira subsidiária, nunca podendo eles substituírem ações governamentais de prevenção e repressão ao crime. Incentivos e melhorias na infraestrutura, no emprego, na educação, enfim, em uma vida digna, consideradas a cultura, a história, as tradições do povo, associados a dispositivos de prevenção criminal, como o fortalecimento de um policiamento comunitário, capaz de atuar em constância no âmbito de cada núcleo, conhecendo os seus problemas, os seus integrantes, as suas soluções, são fatores a serem trabalhados pelos nossos líderes.

Voltemos a recordar, a eficácia de uma medida cautelar, cuja natureza repousa na boa efetividade do *jus puniendi*, não pode ser regulada pelo controle dos números criminais, mas sim pelo resultado processual, sendo a segurança advinda daquele decorrente da certeza de punição justa, levada a termo em um procedimento equilibrado e humanitário³⁵⁹.

E para tanto, como ensina Mário João Ferreira Monte³⁶⁰, “os atos do iter processual, com interação entre partes e outros métodos adotados, é o que dará razão de ser à final punição, gerando, com isso, uma forte ligação entre direito penal e processo penal, sendo essencial que tudo se dê com base em parâmetros constitucionais do próprio Estado garantidores de princípios fundamentais inerentes à pessoa humana”, tal como defendido por Ferrajoli³⁶¹.

No mais, em acontecendo a prática delitiva, não havemos de nos contentar em retirar da sociedade aquele que errou, em acabar por destruir a vida do que tomou um caminho equivocado, largando-o em uma cela sem qualquer atenção. Há que se tentar reinserir o infrator na sua comunidade, através, em especial, de uma investigação e de um

³⁵⁹ Por esta razão que Klaus Tiedemann afirma que o dinâmico processo penal concretiza o estático direito penal, uma vez que este só encontra aplicabilidade naquele. (TIEDEMANN, Klaus – **O direito processual penal. Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pgs. 146 e 147).

³⁶⁰ MONTE, Mário João Ferreira – **Multiculturalismo e Tutela Penal: uma proposta de justiça restaurativa**. In BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014, pg. 103.

³⁶¹ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pg. 336.

processo corretos, ponderados, com finalidades coerentes, com instrumentos de apuração, de cautela e de punição proporcionais ao mal causado³⁶².

E é nesta hora que a prisão preventiva encontra seu lugar, ou seja, enquanto um dentre tantos mecanismos assecuratórios disponíveis para resguardar esta jurisdição. Jamais como forma de expiação, sempre como medida excepcional.

Os procedimentos criminais devem coexistir com os direitos fundamentais do infrator, nada impedindo, porém, que sejam adotadas o que Klaus Tiedemann chamou de “*medidas coercitivas transitórias sem caráter punitivo*”, a exemplo do encarceramento preventivo. É justo esta limitação da busca da verdade real na dignidade da pessoa humana que liga Direito Processual Penal com o Direito Constitucional³⁶³.

Este também é o pensamento de Canotilho, que considera a existência de um Direito Constitucional Processual, composto de princípios e regras positivados na Carta Maior, constitutivos do que denominou “*status activus processualis*”³⁶⁴.

Neste contexto, investigadores, acusadores, defensores e julgadores devem atuar de maneira sensata, conscientes dos preceitos constitucionais que norteiam o seu próprio *habitat*, considerando que aquela pessoa que sofreu uma imputação também é detentora de direitos e merece todo respeito. O sistema de medidas cautelares é vasto, não restrito apenas ao encarceramento, cabendo aos aplicadores do Direito a tarefa de tentar todas as saídas menos gravosas antes de enveredar pela via do aprisionamento.

Com esta atitude, será possível a adoção de programas de reinserção social do delinquente, sem por necessário restringir a sua liberdade, sopesando as consequências do delito cometido, da sua conduta perante o processo, e poupando energia e gastos públicos para outras áreas que, em verdade, acabarão por colaborar com a prevenção ao crime.

Por outro lado, a partir do momento em que adotarmos uma posição humanitária nos feitos criminais, demonstrando ao acusado que ele vem tendo suas garantias respeitadas,

³⁶² Germano Marques da Silva ensina que “o processo penal moderno existe e se justifica como um instrumento a serviço da realização do projeto democrático, visando a máxima eficiência dos direitos fundamentais e pautando-se pela dignidade da pessoa humana”. E conclui “o processo só existe para a garantia dos direitos fundamentais do suspeito/arguido”. (SILVA, Germano Marques da – **Direito Processual Penal Português – Noções e Princípios Gerais, Sujeitos Processuais, Responsabilidade Civil Conexa com a Criminal e Objeto do Processo**. Volume 1.º. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, pgs. 18 e 19).

³⁶³ TIEDEMANN, Klaus – **O direito processual penal. Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pgs. 152 *usque ad* 154.

³⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. (19.ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. pg. 966.

ao passo em que este nota que será alvo de medidas cautelares se tumultuar o curso processual e perderá o benefício da substituição do cárcere se transgredir alternativas impostas, por certo a injustiça será reduzida, o seu comportamento será melhor, a sua reintegração social se tornará mais fácil e os índices de violência automaticamente diminuirão.

Exemplos de viabilidade e de resultados positivos deste novo entendimento são visíveis tanto em Portugal como em outros países que o seguiram, tal qual o Brasil. A Lei n.º 12.403/2011, podendo ser considerada ainda em adaptação, face a progressiva instalação de todos os seus mecanismos, já demonstra uma parcial resposta positiva ao Estado, diante de uma já constatada economia significativa aos seus cofres, da diminuição da superlotação de unidades policiais e de presídios.

Por fim, quanto à sedimentação legislativa a nível de reinserção social, penso que, no Brasil, esta merece um tempo para ser por completo comprovada, haja vista que se trata de uma norma jovem, cujos números exitosos devem ser analisados por alguns anos, sendo cedo para concluirmos pela esmagadora inibição da reincidência.

Porém, pelo que já se percebe até o momento, face a outras situações pelo mundo, não apenas o infrator já entende estar sendo beneficiado pela compreensão do seu direito fundamental. Aplicadores do Direito e, em especial, a sociedade têm abraçado a causa, assimilando bem a idéia das providências diversas da prisão, de sua coerção, de seus resultados para a eficiente prestação jurisdicional, e vêm percebendo a sua importância para vida daquele que errou e que não merece ser jogado em uma cela sem necessidade³⁶⁵.

Concluimos, assim, que a prisão preventiva, enquanto mecanismo processual assecuratório do perfeito desfecho jurisdicional, jamais deverá ser tida como regra, mas sim uma exceção. Não será com o aprisionamento que teremos êxito no controle da violência, ao contrário, um encarceramento sem propósito aumentará a possibilidade de reincidência, fomentando mais o crime, sucateará o Estado e levará o sistema prisional aos caos.

Ou seja, vemos que melhor a solução está na implementação de mecanismos alternativos cautelatórios que permitam ao indivíduo manter sua vida com o mínimo de privação, equilibrando um mal a ele imposto com a garantia da manutenção de sua dignidade.

³⁶⁵ Apesar de, nos dizeres de Geraldo Prado, “por ironia, muito ter sido utilizada a proporcionalidade para restringir as garantias individuais.” (PRADO, Geraldo – **A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal**. 2012. [Em linha]. [Consult. 12 Abr 2019] Disponível em <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20Palestra%20Coimbra%20-%20A%20transição%20democrática%20no%20Brasil.pdf>).

Em paralelo, o governo e a sociedade civil como um todo devem também agir na área da inclusão, fomentando políticas, quer sejam públicas ou privadas, talvez de iniciativa da própria comunidade, para abraçar aquele infrator que se mostra decidido na regeneração, em não mais delinquir, frente a certeza de um processo penal com início, meio e fim lastreados nas verdadeiras proporcionalidade, necessidade e adequação³⁶⁶, deixando evidente que a liberdade merece ser preservada e colhendo os frutos do consequente sucesso no controle do crime, tarefa esta que é responsabilidade do Estado, mas também dever de todos.

7 – FONTES

7.1 FONTES DOCUMENTAIS

CODICE DI PROCEDURA PENALE, de 22 de setembro. [Em linha]. Roma: 1988. [Consult. 20 Mar. 2019]. Disponível em http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_85/pdfs/27.pdf;

CÓDIGO CIVIL: lei n.º 10.406/02, de 10 de janeiro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2002. [Consult. 14 Set. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: lei n.º 13.105/15, de 16 de março. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2015. [Consult. 14 Set. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: decreto-lei n.º 3.689/41, de 03 de outubro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1941. [Consult. 01 Set. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm;

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, de 17 de fevereiro. [Em linha]. Lisboa: 1987. [Consult. 28 Mar. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis;

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, de 29 de setembro. [Em linha]. Santiago: 2000. [Consult. 22 Mar. 2019]. Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>;

CÓDIGO PENAL: decreto n.º 847/1890, de 11 de outubro. [Em linha].

³⁶⁶ Vicente Gimeno Sendra diz que “restrições impostas pelo legislador devem se adequar ao caso concreto na medida em que se mostrem essenciais ao fim para que foram criadas, sendo a ponderação o contrapeso de bens, valores e interesses para se evitar excessos inadmissíveis”. (SENDRA, Vicente Gimeno – **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madrid: Editorial Colex, 1990, pgs. 17 e 35).

Brasília: Planalto, 1890. [Consult. 15 Jan. 2018]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>;

CÓDIGO PENAL, de 4 de setembro. [Em linha]. Lisboa: 2007. [Consult. 03 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.ieb-eib.org/nl/pdf/loi-portugal-euthanasie.pdf>;

CONSTITUZIONE ITALIANA, de 27 de dezembro. [Em linha]. Roma: 1947. [Consult. 20 Mar. 2019]. Disponível em https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf;

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 25 de abril. [Em linha]. Lisboa: Assembleia do Parlamento, 1976. [Consult. 01 Set. 2018]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>;

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1891. [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm;

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 10 de novembro de 1937. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1937. [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm;

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1988. [Consult. 01 Set. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm;

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro. [Em linha]. São José da Costa Rica: 1969. [Consult. 20 Set. 2018]. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm;

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS, de 4 de novembro. [Em linha]. Roma: 1950. [Consult. 20 Mar. 2019]. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf;

DECRETO N.º 592/92, de 6 de julho. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1992. [Consult. 17 Jan. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm;

DECRETO N.º 678/92, de 6 de novembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1992. [Consult. 17 Jan. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm;

DECRETO N.º 4.824/1871, de 22 de novembro. [Em linha]. Brasília: Planalto,

1871. [Consult. 20 Set. 2018]. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103837/decreto-4824-71>;

DECRETO N.º 7.627/11, de 24 de novembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2011. [Consult. 18 Dez. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm;

DECRETO-LEI N.º 2.848/1940, de 07 de dezembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1940. [Consult. 19 Nov. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm;

DECRETO-LEI N.º 3.689/1941, de 03 de outubro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1941. [Consult. 19 Nov. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm;

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO DECRETO-LEI N.º 2.848/1940, de 07 de dezembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1940. [Consult. 19 Nov. 2018]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>;

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO DECRETO-LEI N.º 3.689/1941, de 03 de outubro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1941. [Consult. 19 Nov. 2018]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>;

LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ, de 19 de março. [Em linha]. Cádiz: 1912. [Consult. 20 Jan. 2019]. Disponível em http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf;

LEGGE N.º 81, de 16 de fevereiro. [Em linha]. Roma: 1987. [Consult. 20 Mar. 2019]. Disponível em <http://www.scienzemedicolegali.it/documenti/corso/legislazione/legge-16-febbraio-1987-81.html>;

LEI de 29 de novembro de 1832. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1832. [Consult. 21 Nov. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm;

LEI N.º 20/2013, de 21 de fevereiro. [Em linha]. Lisboa: 2013. [Consult. 29 Mar. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1879&tabela=leis;

LEI N.º 26/2010, de 30 de agosto. [Em linha]. Lisboa: 2010. [Consult. 28 Mar. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1260&tabela=leis&so_miolo=;

LEI 33/2010, de 2 de setembro. [Em linha]. Lisboa: 2010. [Consult. 03 Abr. 2019]. Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1269&tabela=leis;

LEI N.º 261/1841, de 03 de dezembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1841. [Consult. 21 Nov. 2018]. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm;

LEI N.º 2.033/1871, de 20 de setembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1871. [Consult. 21 Nov. 2018]. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm;

LEI N.º 5.256/1967, de 06 de abril. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1967. [Consult. 17 Dez. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm;

LEI N.º 5.349/1967, de 03 de novembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1967. [Consult. 21 Nov. 2018]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5349-3-novembro-1967-359044-publicacaooriginal-1-pl.html>;

LEI N.º 5.941/1973, de 22 de novembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1973. [Consult. 21 Nov. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm;

LEI N.º 6.416/1977, de 24 de maio. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1977. [Consult. 21 Nov. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm;

LEI N.º 7.210/1984, de 24 de maio. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1984. [Consult. 14 Dez. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm;

LEI N.º 7.960/1989, de 21 de dezembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1989. [Consult. 11 Dez. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm;

LEI N.º 8.884/94, de 11 de junho. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1994. [Consult. 28 Jan. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm;

LEI N.º 9.099/1995, de 26 de setembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1995. [Consult. 21 Nov. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm;

LEI N.º 11.340/2006, de 07 de agosto. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2006. [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm;

LEI N.º 11.343/2006, de 23 de agosto. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2006.

[Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm;

LEI N.º 11.689/2008, de 09 de junho. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2008. [Consult. 19 Nov. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm;

LEI N.º 11.690/2008, de 09 de junho. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2008. [Consult. 19 Nov. 2018]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11690-9-junho-2008-576211-publicacaooriginal-99461-pl.html>;

LEI N.º 11.719/2008, de 20 de junho. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2008. [Consult. 04 Dez. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm;

LEI N.º 11.900/2009, de 08 de janeiro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2009. [Consult. 19 Nov. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm;

LEI N.º 12.258/10, de 15 de junho. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2010. [Consult. 18 Dez. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm;

LEI N.º 12.403/2011, de 04 de maio. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2011. [Consult. 19 Nov. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm;

LEI N.º 12.529/11, de 20 de novembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2011. [Consult. 28 Jan. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm;

LEI N.º 13.257/16, de 8 de março. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2016. [Consult. 17 Dez. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm;

LEI N.º 13.641/18, de 3 de abril. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2018. [Consult. 30 Jan. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113641.htm;

LEI N.º 13.769/18, de 19 de dezembro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2018. [Consult. 20 Dez. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm;

LEI 20.253/2008, de 31 de janeiro. [Em linha]. Santiago: 2008. [Consult. 22 Mar. 2019]. Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269848>;

PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 4.208/01, de 12 de março. [Em linha]. Brasília: Planalto, 2001. [Consult. 06 Fev. 2019]. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D0834144FF0A0D0E023FF54E924F486.proposicoesWebExterno1?codteor=401942&filename=PL+4208/2001](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D0834144FF0A0D0E023FF54E924F486.proposicoesWebExterno1?codteor=401942&filename=PL+4208/2001;);

PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 8.045/10, de 22 de dezembro. [Em linha]. Brasília: Câmara dos Deputados: 2010. Autoria: Senador José Sarney. [Consult. 17 Jan. 2019]. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010;

PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL N.º 554/11, de 19 de dezembro. [Em linha]. Brasília: Senado Federal: 2011. Autoria: Senador Antônio Carlos Valadares. [Consult. 16 Jan. 2019]. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451474&ts=1543132853705&disposition=inline>;

RESOLUÇÃO N.º 213/11, de 15 de dezembro. [Em linha]. Brasília: 2015. [Consult. 16 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>;

STRAFPROZBORDNUNG, de 12 de novembro. [Em linha]. Berlim: 1950. [Consult. 21 Mar. 2019]. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>;

UNTERSUCHUNGSHAFTVOLLZUGSORDNUNG (UVOLLZO), de 1º de janeiro. [Em linha]. Berlim: 2008. [Consult. 21 Mar. 2019]. Disponível em http://www.gesetze-bayern.de/Content/Resource?path=resources%2f3406DBAT_BayVV3122.2.4.0_J_320_KF_001_A001.PDF&AspxAutoDetectCookieSupport=1.

7.2 FONTES PÚBLICAS

SITE: www.camara.leg.br;

SITE: www.camara.gov.br;

SITE: www.cervantesvirtual.com/portal/doxa;

SITE: www.cnj.jus.br;

SITE: <https://www.coe.int>;

SITE: <http://www.conjur.com.br>;

SITE: <http://depen.gov.br>;

SITE: <https://www.ibccrim.org.br>;
SITE: <http://www.jusbrasil.com.br>;
SITE: www.legis.senado.leg.br;
SITE: www.planalto.gov.br;
SITE: <https://portalbnmp.cnj.jus.br>;
SITE: <http://www.prisonstudies.org>;
SITE: www.stf.jus.br;
SITE: <http://www.tjse.jus.br>;
SITE: <http://wp.unil.ch>.

7.3 BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa – **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 2006. ISBN 9789723206135;

ARMENTA DEU, Teresa – **Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1.º, n.º 1.º, pgs. 121-139, 2015. [Em linha]. [Consult. 12 Abr 2019]. Disponível em <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/7/18>;

BECCARIA, Cesare – **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: CD, 1996;

CÂMARA, Alexandre Freitas – **Lições de Direito Processual Civil**. Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. ISBN 9788537503720;

CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. (19.ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724021065;

CAPEZ, Fernando – **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 9788547201647;

CARNELUTTI, Francesco – **Instituições de Direito Processual Civil**. Traducción de La Quinta Edicion Italiana por Santiago Sentis Melendo. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. ISBN 1000171833956;

CARVALHO, Paula Marques – **As Medidas de Coacção e de Garantia Patrimonial**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724035239;

CHIAVARIO, Mario – **Diritto Processuale Penale**. 7.ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2017. ISBN 9788859818052;

CORREIA, Eduardo Pereira (Coord.) – **Liberdade e Segurança**. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna e Observatório Político, 2015. ISBN

9789728630157;

CRUZ, Rogério Schietti – **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4.^a ed. Bahia: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-2020-7;

DA SILVA, Virgílio Afonso – **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. [Em linha]. [Consult. 20 Nov 2018]. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>;

DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. ISBN 97897223212501;

FERRAJOLI, Luigi – **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2011. ISSN 02148676;

_____ **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 85-203-1955-6;

FOUCAULT, Michel – **Vigiar e Punir – Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1999. ISBN 85.326.0508-7;

FRANCO, Alberto Silva – **Crimes Hediondos**. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2007. ISBN 9788520331316;

FREITAS, Jayme Walmer de – **Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04752-3;

GIACOMOLLI, Nereu José – **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. ISBN 9788566722017;

GOMES FILHO, Antônio Magalhães – **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ISBN 9788520321089;

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. PRADO, Geraldo. BADARÓ, Gustavo Henrique. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. FERNANDES, Og – **Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisão e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 9788520341834;

GONÇALVES, Fernando e Manuel João Alves – **Crime. Medidas de Coação e Prova**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724062105;

GRECO FILHO, Vicente – **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. ISBN 9728502009044;

GREVI, Vittorio – **Compendio di Procedura Penale**. 9.^a ed. Padova: Cedam, 2018. ISBN 9788813366515;

GRINOVER, Ada Pellegrini – **Liberdade Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. ISBN 9788520302114;

JARDIM, Afrânio da Silva – **Estudos e Pareceres**. 15.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788544221594;

JESUS, Damásio Evangelista de – **Direito Penal – Parte Geral**. 1º Vol. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03666-1;

LOPES JÚNIOR, Aury – **A (In) Existência de Poder Geral de Cautela no Processo Penal**. Boletim IBCCrim n.º 203.2009. [Em linha]. [Consult. 15 Jan 2019]. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br>;

_____ **Direito Processual Penal**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 8788592221574;

_____ **Prisões Cautelares**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 9788547215620;

MENDONÇA, Andrey Borges de – **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2.^a ed. São Paulo: Método, 2009. ISBN 978-85-309-2894-0;

_____ **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**. 2.^a ed. São Paulo: Jus Podivm, 2017. ISBN 978-85-442-1422-0;

MIRABETE, Júlio Fabbrini – **Processo Penal**. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 1995. ISBN 9788522412392;

MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. Vol. 1.º. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN 9789725405123;

MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. Vol. 2.º. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN 9789725405208;

MOLINA, Antonio García-Pablos de – **Criminologia. Uma introdução a seus fundamentos teóricos**. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. ISBN 85-203-1058-3;

MONTE, Mário João Ferreira – **Multiculturalismo e Tutela Penal: uma proposta de justiça restaurativa**. In BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 9789724052274;

NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Direito Penal**. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-85-203-3454-6;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – **Curso de Processo Penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. ISBN 978-85-375-0486-4;

PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. ISBN 9788573878547;

_____ **A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal.** 2012. [Em linha]. [Consult. 12 Abr 2019] Disponível em <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20Palestra%20Coimbra%20-%20A%20transição%20democrática%20no%20Brasil.pdf>;

RANGEL, Paulo – **Direito Processual Penal.** 19.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. ISBN 9788537511176;

ROCHA, João Luís Moraes (Coordenador) – **Entre a Reclusão e a Liberdade.** volume I. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724024004;

_____ **Ordem Pública e Liberdade Individual – Um Estudo sobre a prisão Preventiva.** 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724025568;

ROXIN, Claus, Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli – **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. ISBN 9788573486483;

SENDRA, Vicente Gimeno – **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal.** Madrid: Editorial Colex, 1990. ISBN 9788478790180;

SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 41.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018. ISBN 9788539203994;

SILVA, Germano Marques da – **Direito Processual Penal Português – Noções e Princípios Gerais, Sujeitos Processuais, Responsabilidade Civil Conexa com a Criminal e Objeto do Processo.** Volume 1.^o. 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017. ISBN 9789725405666;

SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal.** Volume II. 5.^a ed. Lisboa: Verbo, 2011. ISBN 978-972-22-2043-8;

SOARES, Gabriela Mansur; RODRIGUES, Ingrid Samara – **Direito Penal do Inimigo: O Regime Disciplinar Diferenciado Aplicado ao Preso Provisório.** Caxias do Sul: Plenum Ltda., Ano XII, nº 71, Setembro 2016. ISSN 1807-6017;

SOUZA, Bernardo de Azevedo e – **O Monitoramento Eletrônico como Medida Alternativa à Prisão Preventiva.** 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. ISBN 978-85-375-2508-1;

TARUFFO, Michele. In: Marinoni, Luiz Guilherme. Estudos de Direito Processual Civil – **La motivazione della sentenza.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN 9788520327966;

TÁVORA, Nestor – **Curso de Direito Processual Penal.** 12.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 9788544210390;

TIEDEMANN, Klaus – **O direito processual penal. Introdução ao direito penal e ao direito processual penal.** Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN 9788573089134;

TOLEDO, Francisco de Assis – **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. ISBN 85-02-00785-8;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – **Processo Penal.** Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 9788502090583;

TUCCI, Rogério Lauria – **Teoria do Direito Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 9788520323197;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coordenação) – **Ciências Policiais e Política Criminal – Justiça e Segurança: um discurso de liberdade democrática.** Lisboa: ISCPSI, 2015. ISBN 9789728630164;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo – O progresso ao retrocesso.** Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9788584931248;
_____ **Processo Penal.** Tomo I. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724042077;

_____ **Teoria Geral do Direito Policial.** 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 9789724057989;

VASCONCELOS, Fernanda Bestetti de – **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico.** 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 978-85-375-0864-0.