

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: OFENSA
AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Paula Curi Mendes

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Paula Curi Mendes

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof. Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

**A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação**

**BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: OFENSA AO PRINCÍPIO
DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

elaborada por
Paula Curi Mendes

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Angela Araujo da Silveira Espindola
(Presidente/Orientadora)

Prof.^a Ms. Joelíria Vey de Castro
(Universidade Federal de Santa Maria)

Prof. Ms. Bruno Seligman de Menezes
(Faculdade de Direito de Santa Maria)

Santa Maria, 13 de dezembro de 2013

"Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo."

(Luigi Ferrajoli)

RESUMO

Monografia de Graduação

Curso de Direito

Universidade Federal de Santa Maria

BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

AUTORA: **PAULA CURI MENDES**

ORIENTADORA: **ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 13 de dezembro de 2013

A presunção da inocência é um direito fundamental do ser humano e, como tal, possui previsão constitucional. Contudo, tal preceito não vem sendo corretamente observado no Direito Brasileiro, razão pela qual se verifica atualmente uma absoluta banalização da prisão preventiva. Essa banalização decorre de inúmeros fatores, entre os quais o clamor social por segurança pública e o sensacionalismo das notícias divulgadas pelos meios de comunicação envolvendo o crime e o criminoso. Em razão disso, construiu-se um verdadeiro círculo vicioso, no qual acusados são presos sem qualquer fundamento cautelar – e, portanto, caracterizando-se uma (inconstitucional) execução antecipada da pena – e novos crimes são cometidos exatamente em razão dessa precoce estigmatização de recluso que se impregna sobre o acusado. Assim, buscando corrigir esse contexto, foi editada a Lei 12.403/2011, que inseriu no Código de Processo Penal medidas cautelares pessoais diversas da prisão, as quais tem o condão de modificar a banalização da prisão preventiva, tendo em vista que se caracterizam como medidas intermediárias entre a total concessão e a total privação da liberdade do acusado. Desse modo, o presente trabalho apresentou o atual contexto sócio-jurídico no qual foi construído o novo regime jurídico das prisões preventivas, bem como as características dessa medida cautelar. Após, explicou-se o princípio da presunção da inocência e as razões pelas quais deverá ser observado. Por fim, demonstrou-se as consequências ocorridas em razão da banalização da prisão preventiva e como as medidas cautelares pessoais diversas da prisão podem ser utilizadas para reverter essa situação.

Palavras-Chaves: Princípio da presunção da inocência. Prisão preventiva. Banalização. Medidas cautelares pessoais diversas.

ABSTRACT

Graduation Monograph

Law School

Federal University of Santa Maria

TRIVIALIZATION OF PREVENTIVE DETENTION: OFFENSE TO THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

Authoress: **PAULA CURI MENDES**

Adviser: **ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA**

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 13, 2013

Presumption of innocence is a fundamental right of the human being and, as it is, has constitutional prevision. However, this principle has not been properly observed in Brazilian Law, reason why nowadays a complete trivialization of preventive detention is noticed. This trivialization is a consequence of several factors, such as the public outcry for public safety and the sensationalism of the news published by the media about crime and the criminal one. As a result, there has been built a truly vicious circle, in which accused are arrested without any precautionary ground – and, therefore, characterizing an unconstitutional early execution of penalty - and new crimes are committed exactly because of this early stigmatization of inmate who is impregnated on the accused. So, seeking to correct this context, the Law 12.403/2011 was enacted, which inserted in the Code of Criminal Procedure personal protective measures various of prison, with the effect of modifying the trivialization of preventive detention, given that these are characterized as intermediate steps between the total grant and the total deprivation of the liberty of the accused. Therefore, the present work introduce the current socio-legal context in which the new legal regimen of preventive detention was built, as well as the characteristics of this injunction. After, the principle of the presumption of innocence and the reasons why it should be observed are explained. Finally, the consequences of trivialization of preventive detention are demonstrated in conjunction with how diverse personal precautionary measures of imprisonment may be used to reverse this situation.

Key-Words: Principle of presumption of innocence. Preventive detention.

Trivialization. Various personal protective measures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS PRISÕES CAUTELARES	10
1.1 O contexto sócio-jurídico da construção do novo regime das prisões cautelares	11
1.2 Requisitos, pressupostos e fundamentos da prisão preventiva	17
1.3 O princípio da presunção da inocência e a necessidade de uma aplicação efetiva	26
2 A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O DIREITO PENAL COMO <i>ULTIMA RATIO</i>	33
2.1 Consequências da inadequada reclusão cautelar sobre o preso e sobre a sociedade	34
2.2 A aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão como possibilidade de redução da banalização da prisão preventiva	45
CONCLUSÃO	54

INTRODUÇÃO

O princípio constitucional da presunção da inocência é um dos postulados de maior relevância no âmbito criminal de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que serve como diretriz da atuação estatal em ações penais. Entretanto, tal preceito não vem sendo adequadamente observado, o que gerou, como consequência, a banalização da prisão preventiva.

Com efeito, o princípio da presunção da inocência não vem sendo corretamente observado em razão da construção de um “Direito Penal emergencial”, no qual se utiliza desse ramo do direito de maneira demasiadamente célere e, em razão disso, desprovido das garantias necessárias à sua correta e eficiente aplicação. Isso ocorre com o intuito de dar à sociedade um sentimento de segurança, de combate à impunidade e de eficiência na repressão dos crimes.

Contudo, em virtude desse contexto, no qual o Direito Penal não é visto como “*ultima ratio*”, as prisões preventivas deixaram de ser aplicadas de maneira correta, uma vez que, embasadas principalmente na “garantia da ordem pública”, não comportam uma real cautelaridade, mas, na verdade, somente uma (inconstitucional) execução antecipada da pena. Assim, as prisões preventivas, na *praxis* forense, vem, gradativamente, tornando-se a regra, e não a exceção, situação que viola as garantias constitucionais do processo e a dignidade da pessoa humana.

Ocorre que esse uso banalizado da prisão preventiva insere-se em um círculo vicioso, no qual se prende cautelarmente sem um devido fundamento instrumental, o que causa uma precoce estigmatização sobre o sujeito passivo. Por essa razão, o meio social acaba por excluir antecipadamente o acusado de um crime, já que, mesmo que o indivíduo venha a ser absolvido da prática ilícita que lhe foi imputada, ou, também, que não seja condenado a uma pena privativa de liberdade, o rótulo de detento – mesmo que um detento cautelar – irá acompanhá-lo a partir de sua segregação. Diante disso, a prisão cautelar utilizada inadequadamente para coibir a prática delitiva torna-se exatamente a causa de novos crimes, prejudicando tanto o sujeito passivo, quanto a sociedade e o próprio Estado.

Assim, no intuito de reduzir a banalização da prisão preventiva e melhorar o contexto de caos hoje existente na seara criminal brasileira, foi publicada, em 04 de

maio de 2011, a Lei 12.403. Tal norma incluiu no Código de Processo Penal vigente nove medidas cautelares pessoais diversas da prisão, as quais se situam como um ponto de equilíbrio entre a total concessão e a total privação da liberdade do acusado, haja vista que se constituem como medidas intermediárias entre esses extremos.

Diante disso, entende-se de extrema importância, para que tal contexto possa ser efetivamente modificado, compreender se, de fato, o princípio da presunção da inocência será melhor atendido através da aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão e se, com isso, ocorrerá a redução da banalização da prisão preventiva que atualmente ocorre.

Nesse contexto, a presente monografia possui, entre seus objetivos, compreender o contexto sócio-jurídico no qual foi inserida a Lei 12.403, bem como as características inerentes ao instituto da prisão preventiva e, também, as características respeitantes ao princípio constitucional da presunção da inocência. Da mesma forma, o presente trabalho objetiva compreender as consequências acarretadas pela banalização da prisão preventiva sobre o preso, o Estado e a sociedade, e, também, como as medidas cautelares pessoais diversas da prisão podem contribuir para alterar esse contexto. Tudo isso se constitui como condição de possibilidade para a transição paradigmática necessária à (re)compreensão da prisão preventiva como medida excepcional.

A construção do argumento do presente trabalho deu-se a partir do método fenomenológico hermenêutico, visando-se compreender o sistema de justiça penal, detectando suas mazelas, em especial no que tange ao princípio da presunção de inocência e as recentes alterações quanto à prisão preventiva e às medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Trata-se de metodologia compatível com as premissas assumidas ao longo do trabalho. A técnica de pesquisa adotada foi eminentemente bibliográfica, com acesso a textos mais recentes e precedentes judiciais.

Assim, o primeiro capítulo do presente trabalho inicia-se através da demonstração do contexto social, e, também, do contexto jurídico no qual a Lei 12.403/2011 foi inserida. Posteriormente, passa-se à exposição de todas as características concernentes à prisão preventiva, especialmente seus requisitos,

pressupostos e fundamentos, a fim de que se possa compreender corretamente como deve ocorrer a correta aplicação da medida. Após isso, são expostas as características relacionadas ao princípio constitucional da presunção da inocência, postulado norteador da aplicação das medidas cautelares em âmbito penal.

Demonstradas todas as características necessárias à compreensão do tema, o segundo capítulo da presente monografia apresenta algumas das consequências causadas pela banalização da prisão preventiva sobre o acusado, o Estado e a sociedade. Por fim, expõe-se as medidas cautelares pessoais diversas da prisão inseridas no Código de Processo Penal como condições de possibilidade da redução da banalização da prisão preventiva.

Nesse sentido, vislumbra-se a extrema relevância da correta compreensão do tema acima demonstrado, uma vez que o novo regime jurídico das prisões cautelares, implementado pela Lei 12.403, serve como instrumento de grande eficácia para contribuir à reversão do caos ora existente no sistema carcerário brasileiro e, através disso, melhorar as condições de todos aqueles que cumprem pena privativa de liberdade. Da mesma forma, a lei em comento também traz como consequência a maior observância de um dos principais direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional de 1988, qual seja, a liberdade. Isso, em razão da maior observância do princípio da presunção da inocência, postulado que visa não só garantir um tratamento livre de estigmas sobre o acusado antes de eventual decreto condenatório, mas, também, legitimar a atuação do Estado Democrático de Direito, evitando decisões arbitrárias e autoritárias.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS PRISÕES CAUTELARES

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, tornou expresso, em seu artigo 1º, que o país é um Estado Democrático de Direito. O chamado “Estado Constitucional” caracteriza-se por fazer uso de normas positivadas, respeitar direitos e garantias fundamentais, e por afastar o autoritarismo ao ter seus governantes escolhidos pelo povo através de eleições livres e periódicas. Com isso, entende-se que a “tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”¹.

Ao Estado Democrático de Direito relacionam-se, intrinsecamente, as garantias constitucionais do processo, a partir das quais as prisões cautelares merecem ser lidas, tendo em vista que as medidas cautelares pessoais privam o sujeito passivo de um dos seus mais valiosos direitos fundamentais: o direito à liberdade. Contudo, é sabido que a realidade brasileira nem sempre permite que se atente adequadamente aos direitos fundamentais dos presos, e, principalmente, dos presos provisórios, o que resulta na violação das garantias constitucionais do processo e da dignidade da pessoa humana.

Assim, neste primeiro capítulo, dar-se-á uma visão ampla acerca do vigente regime jurídico das prisões cautelares no Brasil, bem como do atual contexto social em que elas se verificam. Posteriormente, falar-se-á especificamente das características da prisão preventiva, e, por fim, explicar-se-á o princípio constitucional da presunção da inocência e a razão pela qual tal postulado deve ser cuidadosamente observado.

¹SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122.

1.1 O contexto sócio-jurídico da construção do novo regime das prisões cautelares

No direito brasileiro, o gênero “prisão cautelar” abrange as seguintes espécies: prisão preventiva, prisão em flagrante, e prisão temporária. Entre tais espécies, a que mais causa controvérsia e a que mais atinge os direitos fundamentais do recluso é a prisão preventiva, em razão, resumidamente, de que: **i)** a prisão temporária somente pode ser decretada no curso do inquérito policial e possui prazos máximos determinados na lei que a regulamenta (Lei 7.960/89); e **ii)** a prisão em flagrante é considerada uma medida administrativa, pois, além de não precisar ser decretada pelo juiz, não tem o condão de, por si só, deixar o acusado preso. A prisão em flagrante, aliás, passou a ser claramente considerada como “pré-cautelar” após a edição de Lei 12.403/2011, pois não se destina a garantir o resultado final da ação penal, mas apenas colocar o flagrado à disposição do juiz, para que esse tome alguma das medidas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, destaca-se que a prisão cautelar é “talvez um dos temas mais caros ao processo penal, pois é o ápice da tensão entre o poder de punir *versus* liberdade individual”². Isso porque a prisão cautelar – e, especialmente, a prisão preventiva – comporta, segundo Lenio Streck:

a tensão produzida por duas pretensões conflitantes: de um lado a pretensão punitiva do Estado, que se manifesta pela atividade dos órgãos responsáveis pela persecução criminal e que pretende, ao final, a imposição de uma pena ao acusado; ao passo que, do outro lado, existe a pretensão do acusado de manter o seu *status libertatis*, esgrimindo, para tanto, as garantias previstas pela Constituição e pelas leis processuais e que funcionam como limites para o exercício da pretensão punitiva do Estado³.

Ademais, em pleno século XXI, a problemática acima é enfrentada diariamente pelos juízes criminais de todo o país, acirrando o embate. No atual

² LOPES JR, Aury. Prefácio. In: WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisão cautelar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 18.

contexto, o direito à liberdade do acusado tem sido colocado, frequentemente, em segundo plano, pois perde espaço para a “segurança pública”.

Ocorre que, mesmo não sendo tarefa do Poder Judiciário resolver a complexa questão da segurança pública, os magistrados sentiam-se presos à absoluta falta de opções, uma vez que, ou era concedida a total liberdade ao acusado, ou este aguardava todo o julgamento recluso, e, portanto, sem que ainda se soubesse se cometeu ou não o delito.

Buscando alterar tal realidade, na qual o sistema prisional vive uma verdadeira situação de caos, e a sociedade – amparada e incentivada pela mídia – clama por maior segurança pública e pelo combate à “impunidade”, foi editada, em 04 de maio de 2011, a Lei 12.403.

A referida lei originou-se do Projeto de Lei 4.208, de 2001, e passou a ser conhecida como “novo regime jurídico das prisões cautelares”. Aliás, insta referir que, não obstante o projeto de um novo Código Processual Penal tramite perante o Congresso Nacional, a Lei 12.403 foi promulgada no ano de 2011 com o intuito de minimizar as graves crises enfrentadas pelo sistema carcerário brasileiro. No mesmo viés, a Lei 12.403 contribuiu para adequar o Código de Processo Penal – editado na década de 1940 e, portanto, durante o regime autoritário de Getúlio Vargas – à Constituição Federal de 1988, que instituiu no país um regime democrático.

Com efeito, uma das mais relevantes alterações produzidas pela lei em comento é a “adoção do modelo polimorfo, que rompe com o binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória, para oferecer ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva”⁴. A adoção de tal modelo é um passo fundamental para a melhora no sistema carcerário brasileiro, haja vista que, ao disponibilizar ao magistrado opções intermediárias entre a total privação e a total concessão da liberdade ao réu de uma ação penal, ou àquele que é investigado em um inquérito policial, tem o poder de mudar a cultura de encarceramento que se verifica no Brasil, a qual viola, frontalmente, as garantias constitucionais do processo penal e os direitos fundamentais do preso.

Nesse sentido, leciona Renato Brasileiro de Lima:

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

Essa reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal era causa de evidente prejuízo, quer à liberdade de locomoção do agente, quer à própria eficácia do processo penal. Afinal, se é verdade que é muito comum o surgimento de situações que demandam a decretação de medidas cautelares, também é verdade que nem sempre a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado para salvaguardar a eficácia do processo ou das investigações. Como o juiz não era dotado de outras opções, ou decretava a privação da liberdade do acusado ou deixava de decretar a medida extrema, o que, às vezes, colocava em risco a própria eficácia do processo.⁵

Na mesma seara, é o entendimento de Norberto Avena:

Em síntese, correto deduzir que, após a vigência da reforma processual ditada pela Lei 12.403/2011, o indivíduo submetido a uma investigação criminal ou que responde a um processo judicial poderá estar sujeito a três tratamentos distintos: sujeição a medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320), prisão provisória ou aguardar em liberdade o desiderato da demanda criminal.⁶

Ora, a crise no sistema carcerário brasileiro é conhecida de todos. O sistema enfrenta problemas não somente em relação ao número de vagas existentes para os presidiários no país e às condições desumanas em que esses cumprem pena, mas também no que se refere à expedição desenfreada de mandados prisionais cautelares, intrinsecamente ilegais e desnecessários. Tal problema pode ser constatado facilmente através da análise do número de presos definitivos em contraponto ao número de presos cautelares no Brasil. Cita-se, a título de exemplificação, os dados referentes ao ano de 2012, colhidos pelo Ministério da Justiça: enquanto a população carcerária brasileira resultou em 548.003 reclusos, os presos cautelares corresponderam a cerca de 195.036 do total. Ou seja, no Brasil, 36% da população carcerária é constituída de presos provisórios⁷. Esse dado é, no mínimo, alarmante de uma cultura absolutamente equivocada quanto às finalidades da pena, bem como do crescimento de um evidente “direito penal de emergência”.

Acerca desse Direito Penal emergencial, no qual se utiliza da jurisdição penal cautelar de maneira extremamente célere e equivocada, sob o fundamento de dar à

⁵LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2012, p. 4.

⁶AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p.375.

⁷BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional. **InfoPen Estatística**. 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 03 out. 2013.

sociedade uma ideia de segurança e de combate à impunidade, leciona Miguel Tedesco Wedy:

(...) uma ideia de eficiência vem repercutindo também no direito penal e, por conseguinte, no processo penal. Uma ideia que perpassa uma mentalidade própria do mundo moderno, instrumentalizada fortemente pelas opiniões mediáticas. Um certo discurso sensacionalista que, em alguns casos pontuais, com repercussão jornalística, relacionam sempre Justiça e prontitude, celeridade e eficiência. É óbvio que a Justiça não deve se portar com lentidão demasiada, esquecendo-se de se fazer presente. No entanto, não é bom que ela seja instantânea e imediata. Na atualidade, cada vez mais, os meios jornalísticos e legislativos indicam uma “punição imediata” como sinônimo de eficiência, prontitude e justiça do Poder Judiciário. E, assim, não raro se vai industriando o crime e vulgarizando as prisões cautelares. Desse modo, a busca por eficiência, diríamos, por essa eficiência mais primitiva, acaba por repercutir no direito penal, com a aplicação de verdadeiras penas antecipadas, por intermédio de prisões supostamente cautelares.⁸

Nesse contexto, percebe-se que essa cultura emergencial que se alastra no direito penal e processual penal brasileiro contraria, imensamente, um de seus postulados basilares: a utilização do direito penal como *ultima ratio*. Tal preceito, também conhecido como “princípio da intervenção mínima”, estabelece que o direito penal somente deverá ser utilizado quando todos os demais ramos do direito falharem, em razão das graves consequências que suas medidas causam sobre o sujeito passivo.

Sobre o caráter fragmentário do direito penal, ensina Fernando Capez:

(...) o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).⁹

No mesmo viés, é a lição de Salo de Carvalho:

⁸ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisão cautelar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19-20.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19-20.

Nesta perspectiva do direito como regulador, o penal surgiria como o mecanismo de intervenção mais radical, estabelecendo as mais graves sanções aos mais gravosos atos. Em razão de a intervenção penal causar sérios danos aos direitos e garantias individuais, estaria limitada apenas aos casos de impossível resolução pelos demais mecanismos de controle social, formais ou informais.

A criação desta série de filtros condicionantes da atuação das agências penais decorre da violência inerente às práticas punitivas. Em razão de o poder penal tender sempre ao excesso – seja no plano da elaboração (legislativo), da aplicação (judiciário) ou da execução (executivo) das leis –, sua utilização deveria ocorrer apenas em última instância (*ultima ratio*), nas situações de maior gravidade aos principais interesses sociais.¹⁰

Contudo, conforme exposto, o postulado da *ultima ratio* vem perdendo espaço frente a “cultura emergencial” que avança no Brasil. Com isso, utiliza-se das medidas cautelares para que se apresente à sociedade uma resposta célere, e, supostamente, justa, o que contraria a natureza formalista do processo penal, que assim é para garantir um processo legítimo, eficiente e garantidor dos direitos fundamentais.

Assim, foi diante desse contexto jurídico-social, que a Lei 12.403/2011 foi editada, com o claro intuito de tentar reverter o caos no sistema carcerário brasileiro. Isso, principalmente, em razão de colocar à disposição dos juízes medidas cautelares diversas da prisão, as quais, em muitos casos, podem ser mais adequadas e eficientes que a total segregação.

Dessa forma, o novo regime jurídico das prisões cautelares encontrou, através da previsão de 09 (nove) medidas cautelares pessoais diversas da prisão, um ponto de equilíbrio a ser observado até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Isso porque concilia a prestação jurisdicional efetiva com os direitos e as garantias fundamentais do sujeito passivo.

Acerca dos provimentos cautelares penais, importante mencionar a lição de Piero Calamandrei:

representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.¹¹

¹⁰ CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

¹¹ *Apud* LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2012, p. 2.

De outro lado, insta referir que a nova Lei de Prisões não veio apenas conceder maiores benefícios e garantias aos imputados, mas também “estabelecer as limitações do *ius puniendi*, garantindo aos cidadãos as liberdades públicas e os direitos fundamentais”¹². Tal ocorre em razão de que

O processo, como instrumento para a realização do direito penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção da inocência, contraditório, ampla defesa etc.¹³

Ou seja, não se trata de garantia que afetar negativamente a segurança de qualquer indivíduo da sociedade, tampouco de lei que somente objetiva alcançar maiores benesses àqueles que respondem uma ação penal, mas de instrumento de grande valia quando aplicado corretamente e adequadamente. Inclusive, as medidas cautelares pessoais diversas da prisão também repercutem nos cofres públicos, em razão de que o Estado poupará grande parte dos valores destinados ao sistema carcerário. Da mesma forma, tais medidas também contribuem para desafogar o trabalho de agentes penitenciários, que, na quase totalidade dos presídios brasileiros, trabalham em ambientes superlotados, e com condições degradantes. Através de tais exemplos já é possível perceber que a Lei 12.403/2011 foi editada com um objetivo amplo e capaz de trazer consequências positivas não só sobre o preso, mas também sobre o Estado e sobre a sociedade, questões que serão melhor abordadas no capítulo seguinte.

Ademais, necessário destacar que com a superação do modelo bifásico “prisão ou liberdade”, tanto o processo, quanto a sociedade e o acusado auferem benefícios. Acerca de tal superação, leciona Pierpaolo Bottini que a mesma:

Protege, de forma mais efetiva, o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque surge um novo rol de medidas protetivas à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema

¹² VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p.21.

¹³ *Ibidem*.

violência, fica restrita como opção extrema e última. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contrato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão.

14

Assim, com a vigência da Lei 12.403, o sistema penal brasileiro passou a servir-se de instrumento de grande valia à sua eficácia. Agora, com a implantação do novo regime das medidas cautelares pessoais, o sistema penal brasileiro poderá ter grande melhora, as quais refletirão tanto sobre aqueles que cumprem pena, quanto sobre a sociedade.

Diante disso, demonstrado o contexto sócio-jurídico no qual foi construído o novo regime das prisões cautelares, materializado pela Lei 12.403/2011, passar-se-á à exposição dos requisitos, fundamentos e pressupostos da prisão preventiva. Com isso, será possível compreender adequadamente tal medida cautelar pessoal, e, posteriormente, como se dá a aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência.

1.2 Requisitos, pressupostos e fundamentos da prisão preventiva

Consoante acima demonstrado, é possível perceber que a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, alterou substancialmente o regime das medidas cautelares pessoais no Processo Penal. Neste tópico, serão analisadas, essencialmente, as características e mudanças afetas à prisão preventiva.

Primeiramente, a fim de que as prisões preventivas possam ser corretamente compreendidas, faz-se necessária a apresentação de um breve conceito de medidas cautelares:

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte e não realize, assim, a

¹⁴ *Apud* LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2012, p. 6.

finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.¹⁵

Da mesma forma, necessário que se conceitue prisão preventiva, medida cautelar pessoal por excelência. Prisão preventiva é aquela que, segundo ensina Norberto Pâncaro Avena, “possibilita a manutenção do indivíduo sob segregação, independentemente do trânsito em julgado de sentença condenatória, tendo como objetivo *lato sensu* garantir que se concretize o resultado final da demanda”¹⁶.

Nesse contexto, a primeira modificação ocorrida no Código de Processo Penal através da Lei 12.403/2011, refere-se à alteração do Título XI, do Livro I, daquele diploma legal. Isso porque a citada lei alterou a nomenclatura do título de “Da prisão e da liberdade provisória”, para “Da prisão, das medidas cautelares, e da liberdade provisória”, em razão da introdução das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, as quais estão elencadas no seu artigo 319.

Com isso, o artigo 282, do CPP, passou a conter previsão concernente, especificamente, à aplicação das medidas cautelares, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em

¹⁵FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 285.

¹⁶AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p.376.

cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Nota-se que tal dispositivo legal prevê normas gerais sobre a aplicação das medidas cautelares pessoais. Entre as inovações implantadas pela Lei 12.403, destaca-se a positivação dos princípios da “necessidade” (artigo 282, inciso I) e da “adequação” (artigo 282, inciso II). A partir de tais princípios informadores, entende-se que o juiz, ao analisar a aplicação de uma medida cautelar pessoal, deverá ponderar o direito de liberdade do sujeito passivo, e a eficácia do processo penal, de modo a verificar qual a medida mais necessária ao caso concreto. Analisa-se, portanto, a proporcionalidade da medida, levando-se em conta a sua gravidade e a sua finalidade.

Além disso, o artigo em comento também traz disposições sobre o momento de aplicação das medidas cautelares pessoais e de legitimidade para o seu decreto. Ainda, o artigo 282 do Código de Processo Penal prevê regras acerca do procedimento para a imposição das medidas.

Por outro lado, o artigo 312 do Código Processual Penal, o qual congrega os pressupostos e os fundamentos da prisão preventiva, não sofreu qualquer alteração em seu *caput* com a edição da Lei 12.403. A única alteração verificada no artigo citado foi a inclusão do parágrafo único, que passou a prever hipótese de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. O artigo 312 do CPP passou, então, a conter a seguinte redação:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Diante disso, o novo regime jurídico das prisões cautelares manteve como pressuposto da prisão preventiva o *fumus comissi delicti*, que se origina da conjugação dos fatores “indícios suficientes de autoria” e “prova da existência do crime”. O *fumus comissi delicti* também é conhecido como *fumus boni iuris* por aqueles que defendem uma teoria geral do processo única para o processo civil e para o processo penal.

Nesse ponto, cabe fazer breve referência acerca do equívoco em importar categorias jurídicas próprias do direito processual civil – como a noção de *fumus boni iuris* – ao direito processual penal. Segundo Aury Lopes Jr:

Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça do bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito da acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.¹⁷

Todavia, independentemente da discussão entre “*fumus boni iuris*” e “*fumus comissi delicti*”, o Código Processual Penal manteve os fatores “indícios suficientes de autoria” e “prova da materialidade do crime” como pressupostos da prisão preventiva. O primeiro pressuposto refere-se a “fatores concretos indicativos de que o indivíduo, efetivamente, possa ter praticado a infração penal sob apuração”¹⁸; já o segundo significa “a documentação que demonstra, nos autos, a efetiva ocorrência da infração penal”¹⁹.

De outro lado, a Lei 12.403 também alterou substancialmente as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva. Com a alteração, a admissão da prisão preventiva, que consta no artigo 313 do Código de Processo Penal, passou a ter a seguinte redação:

¹⁷ LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

¹⁸ AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p.462.

¹⁹ *Ibidem*.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Veja-se que, para decretação da prisão preventiva, deverá haver a presença de um dos requisitos previstos no artigo acima transcrito, bem como da presunção de indícios suficientes de autoria e da prova da materialidade do delito (*fumus comissi delicti*). Ainda, a medida deverá ser embasada em um dos fundamentos previstos no já citado artigo 312 do CPP, os quais constituem o *periculum libertatis* e serão abaixo especificados.

Assim, no que tange aos fundamentos da prisão preventiva, esses também não foram modificados com a vigência da nova Lei de Prisões, conforme anteriormente exposto. Isso porque, o artigo 312 do Código Processual Penal manteve como motivos que ensejam a decretação da medida cautelar em comento os seguintes: garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal. Tais conceitos equivalem ao fundamento da prisão preventiva, o *periculum libertatis*, que significa o perigo decorrente da permanência do acusado em liberdade. Ou seja, trata-se de “conceitos que pretendem designar situações fáticas cuja proteção se faz necessária, constituindo, assim, o fundamento *periculum libertatis*²⁰”. Aliás, destaca-se que tal fundamento também é chamado, por aqueles que defendem uma teoria geral do processo única, conforme anteriormente referido, de *periculum in mora*.

²⁰ LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 p. 76

Nesse sentido, é possível perceber que, dentre os fundamentos da prisão preventiva, os únicos verdadeiramente cautelares correspondem à conveniência da instrução criminal e da segurança para aplicação da lei penal. Isso, em razão de que a garantia da ordem pública, e da ordem econômica, são conceitos demasiadamente amplos, abarcando qualquer fundamentação que o magistrado entenda conveniente utilizar – inclusive fundamentos sem qualquer cautelaridade.

No que tange, especificamente, ao decreto de prisão cautelar sob o fundamento “conveniência da instrução criminal” entende-se que, quando adequadamente aplicado, será verdadeiramente cautelar, em razão de ter o objetivo de assegurar a coleta da prova. Ou seja, presta-se tal fundamento a garantir que a instrução processual desenrole-se sem eventuais interferências que poderiam vir a ser causadas pelo réu.

Nesse íterim, ensina Andrey Borges de Mendonça:

Com este fundamento, busca-se proteger as fontes de prova contra alteração, destruição ou ameaça por parte do réu. O *periculum libertatis* se identifica, portanto, com a conduta do réu que cria obstáculos à instrução do processo e à atividade instrutória, prejudicando a busca da verdade real, um dos fins primordiais do processo penal. Assim, se houver risco de que, em liberdade, o investigado/acusado ameace a prova ou obstrua a investigação ou a instrução, mesmo que por intermédio de terceiros, será possível a decretação de sua prisão preventiva.²¹

Assim, deverá a prisão preventiva ser decretada com esse fundamento nos casos em que a liberdade do acusado implique em risco efetivo para a instrução da ação penal. Nota-se que a cautelaridade deste fundamento reside no fato de que se tutela a instrução do processo penal, a coleta da prova, não se tratando de fundamento vago e capaz de comportar (inconstitucional) execução antecipada da pena. Inclusive, sendo a medida cautelar decretada somente com base no fundamento em comento, o réu deverá ser posto em liberdade assim que concluída a instrução, pois não subsistirá mais fundamento para que permaneça segregado. Corrobora-se, com isso, a natureza evidentemente cautelar da medida.

Da mesma forma, também haverá real cautelaridade da prisão preventiva quando o fundamento previsto para embasar o seu decreto for a “aplicação da lei penal”. Isso porque se trata da segregação cautelar do acusado quando houver risco

²¹MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 274.

de fuga, o que tornará eventual decreto condenatório inócuo ante a impossibilidade de aplicação da pena.

Sobre tal fundamento, leciona Guilherme de Souza Nucci:

Vincula-se, precipuamente, à potencial fuga do agente, evitando qualquer eficiência punitiva estatal. Não se trata da presunção de fuga, mas de colheita de dados reais, indicativos da possibilidade de saída do âmbito do controle do Estado. Somente o caso concreto pode evidenciar essa potencialidade de desaparecimento do cenário processual. (...) Em suma, é preciso a visão fática do intuito do réu de se furtar à aplicação da lei penal.²²

Desse modo, ressalta-se que se trata de fundamento verdadeiramente cautelar quando adequadamente aplicado. Aliás, tamanha é cautelaridade de tal fundamento que a prisão preventiva que tiver o decreto embasado por esse fundamento deverá indicar claramente dados concretos que indiquem a probabilidade de fuga do réu, pois, caso o simples fato de estar segregado indicasse a intenção de fuga do recluso, a prisão preventiva seria regra, e não exceção. Há, portanto, uma tênue linha que separa o fundamento em comento de uma prisão ilegal, o que será verificado através da fundamentação utilizada para a imposição da medida.

De outro lado, a decretação da prisão preventiva sob o fundamento de garantia da ordem pública, ou da ordem econômica, mostra-se, conforme anteriormente exposto, bastante controvertida.

Acerca da garantia da ordem pública, leciona Norberto Avena:

Entende-se justificável a prisão preventiva para garantia da ordem pública quando a permanência do acusado em liberdade, pela sua elevada periculosidade, importar intranquilidade social em razão do justificado receio de que volte a delinquir.

Não basta, para que seja decretada a preventiva com base nesse motivo, ilações abstratas sobre a possibilidade de que venha o agente a delinquir, isto é, sem a indicação concreta e atual da existência do *periculum in mora*. É preciso, pois, que sejam apresentados fundamentos que demonstrem a efetiva necessidade da restrição cautelar para evitar a reiteração na prática delitiva.²³

²²NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

²³AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p.463.

Contudo, na *práxis* forense não raro se verificam prisões preventivas decretadas sob tal fundamento, mas que são, intrinsecamente, ilegais e inconstitucionais²⁴. Isso ocorre em razão de que, conforme acima mencionado, trata-se de um conceito absolutamente indeterminado e capaz de comportar qualquer fundamentação. Como exemplos, cita-se a decretação da prisão preventiva em razão da “gravidade do crime”, do “clamor público”, e da “credibilidade do judiciário”.

Ora, tais fatores, por si só, não são capazes de justificar o decreto de uma prisão preventiva, que é (ou deveria ser) de natureza cautelar e processual, e não uma prisão-pena. A decretação de prisão preventiva desamparada de fundamentos realmente cautelares significa uma inconstitucional execução antecipada da pena, já que viola frontalmente o princípio constitucional da presunção da inocência, que será detalhadamente estudado no próximo subtítulo.

Nesse viés, é o entendimento de Miguel Tedesco Wedy:

Ordem pública pode ser a simples vontade subjetiva do juiz no caso concreto, sustentada por seu discurso dialético, pode ser a pressão midiática ou ainda a conturbação orquestrada de uma massa desvairada, mas jamais a imperiosa necessidade de proteção do conteúdo probatório ou da garantia da aplicação da lei penal.

(...)

A ideia da prisão do imputado em função do alarma social da conduta, de outra parte, associa à prisão preventiva uma finalidade exclusivamente repressiva, esquecendo que o direito serve para proteger a minoria, inclusive contra a maioria, com o intuito de que não sejam espezinhados os direitos fundamentais.²⁵

Atualmente, os tribunais superiores vem alterando esse entendimento intrinsecamente inconstitucional²⁶, haja vista que passaram a exigir, nos casos de decretação de prisão preventiva, uma fundamentação coerente, e não apenas a indicação de expressões abstratas e desconectadas de fatores concretos, como a “gravidade do delito”. Com isso, as decisões passaram a ter muito mais conformidade com os preceitos instituídos pela Carta Constitucional de 1988.

Nesse sentido, refere Renato Brasileiro de Lima:

²⁴ A título de exemplificação: Habeas Corpus Nº 70056340987, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS e Habeas Corpus Nº 70057325896, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS.

²⁵ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 169.

²⁶ A título de exemplificação: STJ: HC 265.151/SP e HC 267.118/MT.

(...) a Suprema Corte tem censurado decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no reconhecimento de fatos que subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõe a estrutura jurídica do tipo penal. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta. Esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito daquela Corte, ainda que o delito imputado ao acusado seja legalmente classificado como crime hediondo. Afinal, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, inc. LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do acusado, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada.²⁷

Diante disso, entende-se que, atualmente, a prisão preventiva, quando motivada pelo fundamento de garantia da ordem pública, deverá estar embasada em fatos concretos e inerentes ao caso em análise, os quais justifiquem claramente o *periculum libertatis*. Não poderá, portanto, amparar-se em expressões vagas e sem qualquer relação ao caso concreto, sob pena de serem violadas as garantias constitucionais do processo e de caracterizar uma inconstitucional execução antecipada da pena.

No que tange ao fundamento concernente à garantia da ordem econômica, é possível compreender que tal é uma espécie do gênero “garantia da ordem pública”, haja vista que, quando abalada a ordem econômica, também há clara repercussão sobre a ordem pública. Trata-se, assim, especificamente de crimes nos quais se tutela o sistema financeiro nacional. À garantia da ordem econômica aplica-se toda a explanação acima realizada quanto à garantia da ordem pública, tendo em vista que, por também se tratar de conceito vago e capaz de violar as garantias constitucionais do processo, deverá ser sempre relacionada com situações específicas do caso concreto e que justifiquem o *periculum libertatis*.

Ante todo o exposto, entendidas as condições em que a aplicação de uma prisão preventiva estará adequada com o Código de Processo Penal, faz-se necessário passar-se à análise constitucional do instituto, que se consubstancia, principalmente, no princípio da presunção da inocência.

²⁷LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2012, p. 260-261.

1.3 O princípio da presunção da inocência e a necessidade de uma aplicação efetiva

O princípio da presunção da inocência é um dos postulados de maior relevância no âmbito criminal de um Estado Democrático de Direito. Isso porque se trata de um princípio norteador de toda a atuação estatal, haja vista que busca reprimir a execução antecipada da pena na medida em que o acusado só poderá ser considerado culpado quando do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

No âmbito brasileiro, o princípio em questão está positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Segundo tal garantia constitucional, não se pode considerar culpado quem ainda responde a uma ação penal, de modo que qualquer ato que constituir violação a um direito fundamental deverá ter natureza estritamente cautelar. Isso, para afastar qualquer tipo de execução antecipada de pena e, conseqüentemente, também repelir arbitrariedades e autoritarismos.

Inclusive, insta referir que o Código de Processo Penal, em sua redação original, consagrava a trajetória da presunção de culpa como referencial, realidade que veio a ser alterada após a positivação, na Constituição Federal de 1988, do princípio da presunção da inocência. Mostra-se a presunção da inocência, diante disso, como uma conquista da sociedade democrática, e uma garantia, conforme acima referido, contra as arbitrariedades passíveis de existirem em decisões judiciais.

Nesse contexto, refere Alexandre Morais da Rosa:

No campo do Direito Penal o manejo do poder no Estado Democrático de Direito deve se dar de maneira controlada, evitando-se a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder Estatal. Desta forma, para que

as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os Direitos Fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque o poder estatal deve ser limitado, a saber, somente pode fazer algo – por seus agentes – quando expressamente autorizado.²⁸

Por outro lado, importante destacar que a garantia da presunção da inocência não inviabiliza o decreto de medidas cautelares, até porque a própria Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso LXI, a imposição de medidas cautelares antes do trânsito em julgado da condenação. O que se busca através do postulado em comento é que a prisão-pena somente seja imposta após a imutabilidade do decreto condenatório, garantindo-se que o processo penal se desenrole de maneira adequada, bem como que qualquer privação de liberdade antes disso seja absolutamente cautelar. Aliás, convém referir que a eficiência do processo penal não se mostra “comprometida” pelo garantismo, já que, “em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo”²⁹.

Acerca do princípio constitucional da presunção da inocência, leciona Aury Lopes Jr:

A presunção da inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção da inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu.³⁰

Na mesma seara, é o entendimento de Renato Brasileiro de Lima:

Do princípio da presunção da inocência (ou presunção de não culpabilidade) derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento.
(...)

²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 38.

²⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.23.

³⁰ LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11-12.

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.

(...)

Por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.³¹

Nesse contexto, é possível perceber que a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, mostra-se absolutamente em consonância com o princípio da presunção da inocência, pois prevê que a prisão preventiva, medida mais gravosa ao acusado, somente será decretada excepcionalmente, ou seja, “a liberdade individual é a regra; a prisão cautelar, exceção”³². Isso porque, com a Lei de Prisões, a prisão cautelar – e, especialmente, a prisão preventiva – restou consagrada como última medida a ser aplicada no âmbito da persecução penal, sendo cabível apenas quando presentes, no caso concreto, o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*, além de incabíveis todas as medidas cautelares diversas da prisão, as quais estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Acerca da conformidade entre a Lei de Prisões e o princípio constitucional da presunção da inocência, lecionam Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa:

Orientada pela presunção ou afirmação da inocência, bem como pelos demais princípios e postulados da Constituição da República de 1988, a referida lei não só destaca a excepcionalidade e a subsidiariedade da prisão preventiva como meio de cautela, como também põe à disposição de seu intérprete e aplicador uma gama de medidas alternativas ou substitutivas ao encarceramento, como as previstas no art. 319, CPP. Mais: em superação a sedimentado a vezo nacional, ressalta – em reiteradas disposições – o caráter imperativo da fundamentação de decisões que imponham restrições cautelares a direitos individuais, segundo seja a análise quanto à necessidade, adequação e proporcionalidade da medida que venha a ser aplicada, considerados o contexto e as circunstâncias do fato, bem como as condições pessoais do agente.³³

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2012, p. 15-17.

³²NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 14.

³³PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

Ademais, a presunção da inocência, assim como todas as demais garantias fundamentais, tem o condão de legitimar a atuação de um Estado Democrático de Direito, e, por tal razão, deve sempre ser observada, sob pena de se retroceder ao autoritarismo e ao inquisitorialismo, sistema esse que se caracteriza pela “exclusão do contraditório, pela ausência de ampla defesa e pela inversão da presunção de inocência”³⁴. Ora, um Estado que descumpra garantias e direitos fundamentais, expressamente previstos em uma Constituição que se diz democrática, é um estado autoritário camuflado. “Afim, a proteção do cidadão no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole arbitrária”³⁵.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 conferiu especial atenção aos direitos fundamentais, no intuito de nortear a atuação de todo operador do direito. Inclusive, concedeu-lhes destaque especial ao elencá-los, em sua grande maioria, em um de seus artigos iniciais, o artigo 5º. Buscou o constituinte, com isso, ressaltar a importância dos direitos fundamentais, os quais objetivam impor limites aos atos praticados pelo Estado e por suas autoridades, de modo que a dignidade da pessoa humana, e todos os demais direitos daí derivados sejam respeitados.

Nesse viés, importante transcrever a lição de Claus Roxin:

Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado Democrático de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão.³⁶

Na mesma seara, é o entendimento de Antonio Scarance Fernandes:

(...) o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado

³⁴CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

³⁵LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2012, p. 138.

³⁶Apud. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, volume I**. Niterói: Impetus, 2012, p. 1132.

momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade.³⁷

Assim, é possível compreender que as garantias fundamentais devem ser atreladas ao direito de punir do Estado, e não vistas como impeditivos, pois é absolutamente possível punir e garantir simultaneamente. Não se trata o garantismo, portanto, de ferramenta construída para a impunidade, mas de diretriz que se propõe a legitimar a atuação estatal, que, com a observância dos preceitos garantistas, acontecerá sem arbitrariedades e autoritarismos.

Acerca da possibilidade da coexistência entre punição e garantismo, refere Aury Lopes Jr:

Tampouco podemos confundir garantias com impunidade, como insistem alguns defensores do terrorismo penal, subvertendo o eixo do discurso. As garantias processuais defendidas aqui não são geradoras de impunidade, senão legitimantes do próprio poder punitivo, que fora desses limites é abusivo e perigoso.

(...)

Em definitivo, é importante compreender que repressão e garantias processuais não se excluem, senão que coexistem. Radicalismos à parte, devemos incluir nessa temática a noção de simultaneidade, em que o sistema penal tenha poder persecutório-punitivo e, ao mesmo tempo, esteja limitado por uma esfera de garantias processuais (e individuais).³⁸

Aliás, só é possível uma punição verdadeiramente eficiente quando ela houver sido imposta após um processo penal devidamente legítimo e que atente ao cumprimento de garantias fundamentais. Com efeito,

A medida cautelar, portanto, é meio e modo de garantir a efetividade de providências definitivas que constituem objeto do processo principal. Não se trata de medida antecipatória da providência final, mas de medida capaz de proteger os elementos pelos quais o juiz chegará ao seu *decisum* e à eficaz aplicação do *jus puniendi*.³⁹

³⁷FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.26.

³⁸LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 67.

³⁹WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisão cautelar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.96.

Nesse contexto, entende-se que os direitos e as garantias fundamentais, como a presunção da inocência, são elementos indispensáveis de uma democracia, tendo o intuito de legitimá-la e, também, impor limites à atuação estatal. Acerca do garantismo em um Estado Democrático de Direito, leciona Alexandre Morais da Rosa:

A Teoria Garantista representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a norma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político-jurídico do Estado, aberto ao devir. A Constituição é uma disposição fundante da convivência e fonte da legitimidade estatal, não sendo vazio, mas uma coalizão de vontades com conteúdo, materializados pelos Direitos Fundamentais.⁴⁰

Ademais, importa referir que se fala em um duplo aspecto do garantismo: o positivo e o negativo. O garantismo negativo, de um lado, corresponde à “proibição de excesso dos órgãos e agentes estatais em relação ao indivíduo a quem se imputa a prática de uma infração”⁴¹. Por outro lado, o garantismo positivo concerne à “proibição de proteção insuficiente de toda a coletividade, pelo mesmo Estado”⁴². Tal contraponto que se debate quando se fala em garantismo deixa claro que a intenção das garantias fundamentais – entre as quais se destaca o princípio da presunção da inocência – não é atribuir maiores “benefícios” ao acusado, mas sim construir um sistema eficiente e legítimo, no qual acusado, sociedade e Estado são beneficiados. Inclusive, em uma sociedade verdadeiramente democrática, o processo serve como “instrumento da limitação do poder estatal e, ao mesmo tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais”⁴³.

Na mesma linha, a exposição de motivos do ante projeto do novo Código de Processo Penal deixa clara a intenção de adequar esse diploma legal aos postulados garantistas já previstos na Carta Magna de 1988, *in verbis*:

⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 37.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, volume I**. Niterói: Impetus, 2012, p. 1133.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1.

(...) a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. (...)

Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. Observe-se, mais, que a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder.⁴⁴

Diante de todo o exposto, entende-se imperativa uma efetiva observância do princípio constitucional da presunção da inocência, especialmente no que tange à seara cautelar do processo penal. Assim, quando da decretação de uma prisão preventiva, deverá o magistrado realizar acurada análise acerca da necessidade da medida, bem como dos malefícios causados pelo estigma da reclusão sobre o acusado, situação que será explanada no capítulo seguinte.

⁴⁴BRASIL. **Anteprojeto do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 24 nov. 2013.

2 A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

Por tudo o que foi acima exposto, é possível perceber que o Brasil enfrenta um período conturbado na seara criminal, haja vista que o confronto entre segurança pública e direitos fundamentais do preso é cada dia mais evidente. Em razão dessa questão, que encerra grande complexidade, a imposição de prisões cautelares, e, especialmente, de prisões preventivas, tornou-se absolutamente banalizada na *práxis* forense.

Com efeito, passou-se a utilizar das prisões preventivas por inúmeros fundamentos, mas poucos efetivamente cautelares. Ora, as prisões cautelares assim são chamadas exatamente em razão de sua função essencialmente cautelar, instrumental, e, por isso, deveriam destinar-se a assegurar o desenrolar do processo, sem que esse seja atingido por interferências externas, e, assim, o Estado possa exercer seu direito de punir. Nesse viés, entende-se que “a medida que não tenha por objeto a defesa efetiva do instrumento chamado processo, não possui caráter cautelar, pois prescinde de objeto comum às medidas cautelares”⁴⁵.

Diante disso, vê-se que a prisão preventiva vem sendo aplicada com nítido caráter de antecipação da execução da pena, uma vez que sem fundamento cautelar. Tal situação, contudo, além de contrariar os preceitos da Constituição Federal de 1988, causa inúmeros malefícios sobre o preso, e, conseqüentemente, sobre a sociedade, violando a dignidade da pessoa humana em diversos aspectos.

Assim, neste capítulo, explicar-se-á as conseqüências causadas, sobre o preso e sobre a sociedade, em razão da inadequada aplicação da prisão preventiva, além de como as medidas cautelares pessoais diversas da prisão podem ser utilizadas, e, através da sua correta aplicação, contribuir para a redução das mazelas causadas em virtude da banalização da prisão preventiva.

⁴⁵ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisão cautelar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.51.

2.1 Consequências da inadequada reclusão cautelar sobre o preso e sobre a sociedade

No Brasil, a realidade degradante do sistema carcerário é pública e notória. Tal problema independe de estatísticas e de qualquer comprovação, pois presídios com condições desumanas e incapazes de propiciar qualquer ressocialização dos que lá estão são a regra, e não a exceção. São casas prisionais com condições insalubres, alimentação escassa e inadequada, agressões físicas e morais sobre os presos, além de tantas outras mazelas. Aliás, as condições dos presídios brasileiros são de tamanho caos, que, no ano de 2012, o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, classificou como “medievais” as prisões brasileiras, e afirmou que preferiria morrer a cumprir muitos anos de prisão no Brasil⁴⁶.

Ocorre que, ainda pior do que cumprir pena em um presídio brasileiro, é aguardar o julgamento dentro dele. Isso porque, no primeiro caso, onde se verifica a prisão-pena, já houve o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, e, portanto, observou-se todo o desenrolar do devido processo legal. Contudo, no segundo caso, prisão-processual, o acusado ainda responde a uma ação penal, ou mesmo a um inquérito policial, de modo que não há qualquer certeza se haverá condenação ou não. Inclusive, mesmo que o réu venha a ser condenado, não raro são os casos em que o mesmo permaneceu todo o processo em prisão preventiva para, ao seu final, ser condenado a uma pena não privativa de liberdade.

Com efeito, sabe-se que a pena privativa de liberdade é uma necessidade da sociedade atual, contudo, em razão das parcas condições do sistema carcerário brasileiro, deve ser usada com muita atenção. Nesse viés, oportuno transcrever a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma.
(...)
Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança

⁴⁶PRISÕES no Brasil são medievais e seria melhor morrer do que ficar preso por anos, diz ministro. **Uol**, São Paulo, 13 nov. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/11/13/priso-es-no-brasil-sao-medievais-afirma-ministro-da-justica.htm>> Acesso em: 18 out. 2013.

depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado.⁴⁷

Nesse contexto, os presos cautelares acabam por ser os mais atingidos pela banalização da prisão, haja vista que as prisões cautelares não são utilizadas somente com função cautelar, mas também com nítido caráter de antecipação da execução da pena. Tal fato contraria claramente os preceitos da Carta Magna, e, especialmente o princípio da presunção da inocência, anteriormente explanado.

Ora, as prisões preventivas tornaram-se absolutamente banalizadas, pois decretadas para atender aos objetivos de um “direito penal emergencial”, esquecendo-se que garantias individuais não são um fim em si mesmas, mas que existem para legitimar a atuação estatal. Afinal, a prisão não pode servir – como já serviu – para submeter a classe desviante ao regime dominante e dissimular os problemas sociais existentes, sendo “intolerável que as pessoas fiquem presas sem culpa, sem processo, presas pelo que são e não pelo que fizeram”⁴⁸.

Nesse contexto, refere Aury Lopes Jr:

A urgência conduz a uma inversão do eixo lógico do processo, pois, agora, primeiro prende-se para depois pensar. Antecipa-se um grave e doloroso efeito do processo (que somente poderia decorrer de uma sentença, após decorrido o tempo de reflexão que lhe é inerente); que jamais poderá ser revertido, não só porque o tempo não volta, mas também porque não voltam a dignidade e a intimidade violadas no cárcere.⁴⁹

Ainda, acerca da prisão como forma de exclusão e segregação dos acusados, cumpre transcrever a lição de Ana Messuti:

Assim como as fronteiras delimitam dois territórios, os muros da prisão também o fazem dentro da cidade. A prisão caracteriza-se, sobretudo, pela mínima comunicação com o mundo social externo. Uma prisão é tal precisamente pela impossibilidade de franquear livremente suas portas. Seus muros marcam uma ruptura no espaço social. Ainda que aparentemente, ou seja, por sua instalação, não esteja, como regra geral, separada, isolada fora do contexto urbano – como estão territorialmente os cemitérios -, a comunicação que mantém com a sociedade que vive às suas portas é muito mais limitada do que a destes últimos. (...) E ainda que hoje

⁴⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-2.

⁴⁸ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 8.

⁴⁹LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31.

ela se encontre algumas vezes em pleno centro urbano, sempre será, para quem a observa, o lugar mais afastado e isolado da cidade.⁵⁰

Nesse sentido, sabe-se que é através da motivação que se verifica se os fins da norma aplicada foram ou não observados, além de que a motivação idônea de uma decisão judicial tem, entre seus objetivos, legitimar a própria atuação estatal. Nesse ponto, lecionam Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa:

Afinal, os atos decisórios do juiz são manifestação do poder estatal, e todo exercício de poder requer limites. Essa é, inclusive, uma das características essenciais do Estado de Direito: a limitação ao poder.

(...)

Toda decisão judicial imotivada ou com motivação inidônea em relação aos fins a que se presta caracteriza abuso de poder, o que é sempre um risco. Afinal, se não se faz revestido da racionalidade (saber) que o legitima, o exercício de poder tende a se converter em pura violência. Nessa dinâmica, corre-se o risco de o poder – de que o Direito se apropria para autoconservar-se – transpor os limites normativos que fazem legítimo seu emprego para a (re)afirmação do sistema que inaugura, tornando-se, assim, violência potencialmente destruidora da própria estrutura jurídica que a reverte para sua conservação.⁵¹

Outrossim, cabe fazer breve destaque ao fato de que a fundamentação é garantia da legitimidade das decisões, uma vez que é através dela que se analisa o raciocínio empregado no caso. Ou seja, através da aferição da motivação empregada na decisão, é possível verificar se o magistrado utilizou ou não de fundamento discricionário para decidir no caso em concreto.

Tal é a lição de Lênio Luiz Streck:

(...) Se fizermos uma análise do problema “de como decidir” à luz da filosofia da linguagem, ficará evidenciado que as teorias que apostam na vontade do intérprete (e esse é, efetivamente, o problema do “livre convencimento”) acabam gerando/possibilitando discricionariedades e arbitrariedades.⁵²

Assim, se toda decisão judicial deve ser motivada (o que se extrai da previsão contida no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988), inclusive sob pena de nulidade, ainda mais importante é a fundamentação de uma prisão preventiva,

⁵⁰MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

⁵¹PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 88-89.

⁵²STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

que restringe um dos maiores direitos fundamentais do ser humano, que é o seu direito de ir e vir, sem que haja um decreto condenatório transitado em julgado. E é através dessa fundamentação que se percebe o vínculo do juiz com os fundamentos e os objetivos da própria lei, a fim de que não se dê margem a decretos prisionais abusivos e autoritários, os quais podem ter inúmeros motivos, mas certamente não uma razão instrumental.

Ademais, o próprio autoritarismo inerente às decisões judiciais é uma ameaça ao cidadão, uma vez que é uma manifestação contrária ao Estado Democrático de Direito. Até por que,

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo.⁵³

De outro lado, cabe ressaltar a falência de própria pena de prisão:

Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.⁵⁴

No mesmo sentido, é a lição de Aury Lopes Jr:

Como resposta ao crime, a prisão é um instrumento ineficiente e que serve apenas para estigmatizar e rotular o condenado, que, ao sair da cadeia, encontra-se em uma situação muito pior do que quando entrou. Dessarte, o

⁵³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional** – volume I. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2009, p. 191.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 154.

Direito Penal deve ser mínimo e a pena de prisão reservada para os crimes realmente graves.⁵⁵

Diante disso, se a própria pena privativa de liberdade é considerada em crise, com mais cuidado ainda deverá ser aplicada a prisão preventiva, que sempre deve ter intuito unicamente instrumental face ao princípio constitucional da presunção da inocência. Ou seja, não deve a prisão preventiva ser utilizada para atender aos anseios do mencionado “direito penal emergencial”, que decorre, em grande parte, dos anseios descabidos de uma mídia sensacionalista.

Inclusive, a própria Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, consoante anteriormente exposto, buscou combater essa realidade da banalização da prisão preventiva ao destacar, em diversos de seus dispositivos, o caráter subsidiário da prisão preventiva. Cita-se, a título de exemplificação, a nova redação dada pela Lei de Prisões aos seguintes artigos do Código de Processo Penal: 282, §§ 4º e 6º, e 310, inciso II.

Esse caráter subsidiário da prisão preventiva é de grande importância, pois “na prisão provisória, têm-se os mesmos efeitos da prisionalização ocorrida com o apenado”⁵⁶. Por vezes, inclusive, os efeitos são ainda mais severos do que os causados sobre os reclusos já definitivamente condenados, tendo em vista que os presos provisórios conviverão com todas as condições degradantes inerentes ao regime fechado, sem que sequer possam auferir dos benefícios da execução penal, como progressão de regime e trabalho externo, mesmo que talvez não venham a cumprir, se condenados, uma pena privativa de liberdade, ou mesmo uma pena em regime fechado.

Nesse íterim, entende-se que, o que ocorre no atual contexto sócio-jurídico, é o fato de que grande parte dos magistrados utiliza das prisões preventivas de maneira inadequada e sem quaisquer características de cautelaridade, o que acaba por transformar essa medida – teoricamente – provisional, em uma (inconstitucional) antecipação da execução da pena. Por óbvio, o contexto social inerente ao século XXI apresenta inúmeras e diversas mazelas concernentes à criminalidade. Contudo,

⁵⁵ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 16.

⁵⁶ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.

não se pode perceber o fenômeno de maneira isolada, mas interligá-lo a questões culturais, econômicas e sociais.

Aliás, é de extrema importância perceber que

o Direito Penal é somente um dos instrumentos disponíveis para o enfrentamento de situações problemáticas e, (...) a insegurança é frequentemente produto da própria intervenção do sistema penal, do problema social criminalizado.⁵⁷

Nesse sentido, refere Miguel Tedesco Wedy:

(...) de violação em violação, de processo em processo, de prisão em prisão, vai-se industriando o crime, fomentando-o, imiscuindo bons e maus, perigosos e inofensivos, fazendo apenas crescer os números da violência. As prisões ilegais e estigmatizadoras, mais do que proteger a sociedade, passam a ser um dos vetores de industrialização do crime, dinamizando o processo de qualificação e criação de novos atores criminais.⁵⁸

Com efeito, não se pode pretender solucionar um problema social (o da segurança pública) através da construção de outro (o encarceramento em massa e a grave violação a direitos fundamentais e garantias constitucionais do processo). Com isso, consegue-se apenas alterar o foco daquilo que é noticiado à população, haja vista que, aos olhos da sociedade, o que transparece é uma falsa melhoria da segurança pública e do combate à impunidade, enquanto que a causa de inúmeros delitos futuros, porém em um futuro iminente, é exatamente esse encarceramento injusto, estigmatizador e desconcertante que originará novos crimes.

Nesse contexto, refere Theodomiro Dias Neto:

De fundamental importância é a noção de que problemas distintos merecem soluções distintas e de que o sistema de justiça criminal é somente um dos instrumentos disponíveis. A formulação de respostas apropriadas depende de um amplo esforço analítico de reagrupamento dos conflitos, com base em critérios mais coerentes e elucidativos do que os oferecidos pela lei penal. A criminalização deixa de ser um critério necessário para a inclusão de um conflito na pauta de segurança; uma conduta não necessita ser classificada como criminal para ser reconhecida como problemática. Desta autonomia em relação às classificações penais resultam inúmeras

⁵⁷ DIAS NETO, Theodomiro. A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana. *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva – homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 179.

⁵⁸ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31.

possibilidades de interpretação e gestão dos conflitos geradores de insegurança.⁵⁹

No mesmo viés, é o entendimento de Alexandre Morais da Rosa:

Se sabe que a pena não resolve, nem encaminha a questão. A crença no aumento de punições e processos penais céleres sem garantias processuais, fomenta a sensação de segurança, tão imaginária quanto as histórias infantis, ainda que vendidas pela mídia *delivery* e manejadas politicamente. (...) É necessária certa autonomia do processo penal. Não se pode condenar ninguém, em Democracia, em nome de fins políticos ou midiáticos.⁶⁰

Ora, a situação que se verifica hoje no Brasil corresponde a um círculo vicioso, no qual somente os meios de comunicação acabam por ser beneficiados, pois sempre tem notícias “escandalosas” para divulgar à sociedade: ora o “combate” à impunidade, ora a falta de segurança pública e o “aumento” dos crimes. Meios de comunicação esses que, aliás, deveriam somente informar, e não julgar e condenar.

Assim, as soluções apresentadas pelo Estado são meramente temporárias e simbólicas, pois

a ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência.⁶¹

Diante desse tumultuoso sistema desenvolvido no Brasil, o Direito Penal passou a ser utilizado não mais como *ultima ratio*, conforme anteriormente exposto, mas como resposta imediata à população de uma suposta eficiência no controle e na repressão dos crimes. Passou-se, como dito, a garantir a segurança pública principalmente pela repressão, e não pela prevenção. A banalização da prisão preventiva, e a publicação desenfreada de leis penais são exemplos desse contexto inerente ao “direito penal emergencial”.

⁵⁹DIAS NETO, Theodomiro. A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana. *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva – homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 178.

⁶⁰ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 21.

⁶¹LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

Nesse ponto, é a lição de Aury Lopes Jr:

É mais fácil seguir no caminho do Direito Penal Simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionadas e presídios superlotados, do que realmente combater a criminalidade.

(...) Difícil é reconhecer o fracasso da política econômica, a ausência de programas sociais efetivos e o descaso com a educação. Ao que tudo indica, o futuro será pior, pois os meninos de rua que proliferam em qualquer cidade brasileira ingressam em massa nas faculdades do crime, chamadas de Febem. A pós-graduação é quase automática, basta completar 18 anos e escolher algum dos superlotados presídios brasileiros, verdadeiros mestrados profissionalizantes do crime.⁶²

Na mesma seara, é o entendimento de Miguel Tedesco Wedy:

A cultura de urgência enfraquece a idéia de processo como garantia, como instrumento, para transformá-lo em empecilho, em benesse e benemerência, esquecendo-se que ele tem 'por vocação dar as suas oportunidades à dúvida e institucionalizar a prudência e o debate'.

Como salienta Alberto Silva Franco, utiliza-se o controle penal de forma puramente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando o sentimento, individual e coletivo, de insegurança.⁶³

Ou seja, trata-se de uma duvidosa política criminal praticada pelo Estado, que, por não ser eficaz em atender aos anseios de segurança pública, e, do mesmo modo, realizar políticas sociais que tragam concretas consequências positivas sobre a educação e sobre a economia, acaba por adotar medidas imediatistas – como a prisão preventiva – e sem bons efeitos a longo prazo, havendo apenas uma espécie de transferência nas suas responsabilidades. Ora, conforme já referido, as medidas cautelares pessoais, das quais a prisão preventiva é um dos exemplos mais severos, devem ser reservadas a situações efetivamente instrumentais, a fim de que sirvam de instrumento ao processo, protegendo seu correto desenrolar.

Nesse sentido, é a doutrina de Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa:

O Direito Penal, no Estado de Direito, há mesmo que ser mínimo; a gravidade de suas consequências e os custos sociais de sua

⁶² LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 16-17.

⁶³ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 182.

operacionalização são suficientes para reclamar a incidência da proibição do excesso em matéria penal. Ademais, um Direito Penal que a tudo pretende regular termina não regulando nada, o que expõe uma ineficácia que contraria a própria razão de ser da pena (e, logo, do Direito Penal), em sua função de prevenção geral.

Aliás, essa inflação penal que toma o país, além de ter caráter meramente simbólico - banalizando o Direito Penal, que, como dito acima, deve ser mínimo e, acrescente-se, eficaz em seu minimalismo -, termina por encobrir uma postura ainda mais seletiva por parte do aparato repressivo estatal. Assim, diante da impossibilidade de atuar na repressão e apuração de todas as práticas caracterizadoras de infração penal, opta pela persecução àquelas de mais fácil contenção e elucidação e que, não por acaso, são justamente as praticadas, em regra, pela camada social e economicamente desfavorecida da população (furtos, roubos, homicídios e o que se pode denominar pequeno tráfico, dentre outras).⁶⁴

Desse modo, nota-se que essa resposta imediata dada pelos juízes brasileiros através do decreto de prisões preventivas intrinsecamente ilegais – pois não cautelares – é apenas a aparência de uma solução. Na verdade, é algo que, a longo prazo, somente recrudesce a criminalidade urbana, e, portanto, a insegurança social. Isso, destaca-se, através da violação das garantias constitucionais do processo e dos direitos fundamentais do sujeito passivo.

Ora, a pena privativa de liberdade e a segregação preventiva não podem ser utilizadas para absorver os desempregados e aqueles considerados “excluídos do sistema” (e, por isso, conhecidos como “marginais”), e, com isso, dissimular a realidade, evitando inconvenientes políticos e sociais causados pela agitação social. Tal situação consubstancia-se, efetivamente, em uma solução meramente aparente e simbólica, pois com consequências muito mais negativas a longo prazo.

Outrossim, trata-se de uma inversão de funções, haja vista que, segundo a Constituição da República, de 1988, a segurança pública é dever especialmente do Poder Executivo, e não do Poder Judiciário, conforme previsão do artigo 144 da Carta Magna *in verbis*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
 I - polícia federal;
 II - polícia rodoviária federal;
 III - polícia ferroviária federal;
 IV - polícias civis;
 V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

⁶⁴PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27.

Tal atribuição não é algo aleatório, mas que decorre de uma complexa política criminal adotada pelo Estado Brasileiro. Afinal, o Direito Penal só deve(ria) ser aplicado pelo Poder Judiciário quando todos os demais ramos do Direito, e os demais poderes, falhassem.

Nesse contexto, refere Valter Foleto Santin:

A execução da política de segurança pública é responsabilidade principal do Executivo, por meio dos órgãos policiais, nas atividades de segurança pública. A execução deve levar em consideração o planejamento governamental e atender ao delimitado no plano de segurança pública, instrumento de expressão da política de segurança pública. Se a política e o plano de atuação forem adequados e correspondentes à realidade social e a execução dos trabalhos de segurança pública seguir o planejado, a eficiência poderá ser alcançada.⁶⁵

Assim, muito mais vantajoso do que punir em grande escala, é prevenir. Contudo, não se deve prevenir somente através do incremento na segurança pública, mas também através de políticas sociais, do combate ao desemprego e de investimento no sistema educacional.

Da mesma forma, é necessária a ampliação do debate acerca da criminalidade, e não somente no âmbito dos operadores do direito, mas um debate voltado a toda a sociedade, desde as camadas sociais mais carentes, até as mais abastadas. Isso, em razão de que a própria sociedade exclui aqueles que passam pelo sistema carcerário, fator que contribui para dificultar a reinserção social do preso (provisório ou definitivo).

Aliás, a tão buscada ressocialização não termina dentro do cárcere, mas se estende extra-muros. Ora, como irá um ex-recluso, mesmo que um ex-recluso cautelar, conseguir reconstruir sua vida se a sociedade não lhe dá qualquer oportunidade de emprego e não afasta o estigma causado pela prisão? Afinal, “se não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem de sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinaram seu delito”⁶⁶. Ou seja, nunca será possível se falar em uma

⁶⁵SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.116.

⁶⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

ressocialização que não seja utópica enquanto a própria sociedade pressionar para que a prisão seja um mero isolamento.

Nesse contexto, Francisco Muñoz Conde questiona “até que ponto é legítimo exigir a ressocialização do delinqüente, que nada mais é do que produto dessa mesma sociedade”⁶⁷. Ainda, refere o citado doutrinador:

A ressocialização (...) presume a existência de um processo interativo e comunicativo entre indivíduo e sociedade, a cujas normas deve adaptar-se o indivíduo. A própria natureza humana exige esse intercâmbio, uma relação dialética, a convivência social. Mas nem mesmo as normas sociais podem determinar unilateralmente o processo ressocializador. ‘As normas sociais não são algo imutável e permanente às quais o indivíduo deve adaptar-se obrigatoriamente, mas sim o resultado de uma correlação de forças sujeitas à influências mutáveis.

Falar, portanto, de ressocialização do delinqüente sem questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo a que se pretende incorpora-lo significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem mesmo aquelas mais diretamente relacionadas com o delito praticado.⁶⁸

Trazendo a questão ao contexto brasileiro, refere Miguel Tedesco Wedy:

No caso do Brasil, um regime perverso de concentração de renda elimina da economia um contingente enorme de cidadãos, levando-os, muitas vezes, para a criminalidade. A ciranda criminosa acaba aumentando o número de medidas cautelares pessoais, tornando regra o que deveria ser a exceção, gerando o estigma do preso e, conseqüentemente, a realimentação do sistema criminógeno ora vigente.⁶⁹

Por todo o exposto, vislumbra-se que as garantias fundamentais devem sempre ser observadas no processo penal, haja vista que buscam garantir a legitimidade do mesmo, e, com isso, possibilitar uma punição correta, adequada e eficaz. Assim, as prisões preventivas devem ser reservadas aos casos em que tenham uma verdadeira função cautelar, a fim de evitar uma estigmatização desnecessária sobre o preso e conseqüências indesejadas sobre a sociedade.

Certamente, todo crime deve ser devidamente punido. Não há justificativa realmente aceitável para o cometimento de um roubo, de um homicídio ou de um

⁶⁷ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136.

⁶⁸ *Apud*. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136-137.

⁶⁹ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 12 e 13.

estupro, por exemplo. O que deve ocorrer, contudo, é a punição mediante um processo que seja fruto de uma sociedade verdadeiramente democrática, e, portanto, que observe garantias fundamentais. Até porque, a punição a ser imposta é a privação da liberdade; qualquer castigo – físico ou moral – que ultrapasse essa punição é inconstitucional e claramente desnecessário. Afinal, “o Estado não está autorizado a utilizar o processo penal como pena em si mesmo, e tampouco está legitimada a estigmatização social e jurídica produzida sem suficiente justa causa”⁷⁰.

Da mesma forma, deve-se prevenir para punir menos. O investimento em políticas sociais, no combate ao desemprego e no investimento da educação certamente terão eficácia muito mais “ressocializadora” que a pena de prisão.

Sendo assim, entende-se que, muito mais eficiente que a privação da liberdade em um sistema carcerário absolutamente caótico para a redução da criminalidade é o investimento na prevenção. E, por prevenção, não se deve falar somente em uma questão policial, mas em uma alteração cultural que se estende à toda sociedade, que deverá exigir de seus políticos verdadeiras políticas sociais voltadas, principalmente, à educação e à economia.

Com isso, passa-se expor, no subtítulo seguinte, a necessidade de uma adequada aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, as quais podem contribuir imensamente à mencionada mudança cultural, e, conseqüentemente, à redução da banalização da prisão preventiva.

2.2 A aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão como possibilidade de redução da banalização da prisão preventiva

Por todo o acima exposto, resta claro o absoluto caos inerente ao sistema prisional brasileiro. As mazelas vão desde o desvirtuamento das medidas cautelares pessoais em função dos anseios por segurança pública, que deveriam ser atendidos pelo Estado, até a crise enfrentada no próprio sistema prisional.

A fim de solucionar, ou, ao menos, acarretar alguma melhora à realidade exposta, a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, tornou o sistema das medidas

⁷⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 8.

cautelares penais polimorfo, consoante anteriormente explanado, em razão de prever diversas alternativas intermediárias entre a total concessão e a total privação da liberdade. Com isso, se houver uma adequada aplicação da lei em comento, inúmeras melhoras poderão ocorrer sobre o sistema prisional brasileiro. Isso porque as contribuições irão desde o desafogamento da superlotação dos presídios, até a diminuição do estigma que penetra no acusado preso cautelarmente e reflete sobre todo o contexto social.

Além disso, diversos benefícios repercutirão também sobre os cofres públicos, uma vez que os valores despendidos pelo Estado com cada recluso é bastante elevado. Inclusive, tais gastos são de tamanha monta que pesquisas indicam que os gastos do Estado com presos é muito superior aos gastos tidos com estudantes da rede pública⁷¹. Tal questão orçamentária corrobora a absoluta crise de valores atualmente enfrentada no Brasil. Ora, muito mais eficiente do que investir valores elevados na punição, e, portanto, em um sistema completamente caótico e sem grandes possibilidades de ressocializar os presos, é investir na prevenção. Afinal, “a conduta criminosa, como é sabido, não raras vezes é o resultado natural de uma vida socialmente marginalizada, marcada por sentimentos de rejeição e hostilidade.”⁷²

Nesse sentido, é a lição de Valer Foletto Santin:

A principal forma de prevenção ao crime seria pela melhoria dos meios de prevenção primária, pelo fornecimento de serviços de educação, assistência social, de infra-estrutura e outros serviços essenciais e de relevância pública, com influência mediata no crime. É a chamada inclusão social, que exige do Estado a atuação marcante nas áreas básicas de serviços, fornecendo condições materiais e estruturais para o cidadão ter instrução e condições de exercer uma atividade laborativa, seja intelectual, cultural, tecnológica, comercial ou de outro tipo, adequada para conseguir os recursos suficientes ao seu sustento e de sua família, de forma digna e compatível com as necessidades básicas, facilitando a convivência pacífica na sociedade.⁷³

Ou seja, tanto para o preso, quanto para o Estado e a para a sociedade, é muito mais vantajoso que o Estado destine uma parte superior de seus recursos à

⁷¹SACONI, Alexandre. **Preso federal custa mais que o dobro que universitário**. R7, Brasil, 10 out. 2012. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/preso-federal-custa-mais-que-o-dobro-que-universitario-20121010.html>> Acesso em: 29 out. 2013.

⁷²WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4 e 5.

⁷³SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.94.

educação, a políticas de combate ao desemprego e à pobreza, à saúde e tantos outros setores deficientes no país. Através desse tipo de investimento, a criminalidade pode ser reduzida com muito mais eficiência do que através da mera pena privativa de liberdade, a qual acaba criando um grande círculo vicioso, já que, ao sair da reclusão, o ex-apenado encontrará quase todas as portas fechadas. Por tal motivo, comumente não terá outro meio para sobreviver que não o retorno à criminalidade.

Nessa seara, refere Miguel Tedesco Wedy:

Os valores custeados pelo Estado para custear o preso provisório são elevados, como se sabe. Como grande parte das prisões provisórias existem para proteger a ordem pública, é de se sopesar quão mais útil seria a alocação dos recursos gastos com o preso provisório, sem qualquer possibilidade de “ressocialização” ou “tratamento”, em políticas sociais. Quantos empregos seriam gerados? Quantos excluídos seriam incorporados ao sistema social produtivo? Quantas oportunidades legítimas seriam ofertadas aos estigmatizados? Como seria humanizado o sistema ora vigente!⁷⁴

No mesmo sentido, é a lição de Aury Lopes Jr:

Inclusive, é imprescindível a ampliação dos instrumentos a serviço da liberdade provisória, com um rol mais abrangente de restrições gradativas, que podem ir da obrigação de comparecimento periódico (até mesmo diário) para informar as atividades e comprovar a presença na comarca, passando pela retenção de passaporte, expedição de documentos que permitam o trânsito restrito, obrigatoriedade de recolhimento noturno a estabelecimentos especiais, até a vigilância por meio de pulseiras com GPS ou outros recursos tecnológicos, cujo custo econômico e social, tanto para o Estado como para o imputado, é infinitamente menor do que os de uma prisão cautelar. É interessante como o discurso tecnológico de teleação, teleaudiência, teleinterrogatório é uma via de mão única, nunca se aplicando em benefício do cidadão acusado.

Não há a menor dúvida de que manter o imputado em liberdade, integrado, trabalhando e desenvolvendo suas atividades dentro de um certo nível de normalidade, é infinitamente mais útil para todos do que simplesmente determinar seu encarceramento. Em último caso, para situações realmente excepcionais, lançaria-se mão da privação da liberdade.⁷⁵

Da mesma forma, é necessário que a população também reflita sobre a questão, tanto no que tange à necessidade de uma efetiva observância dos

⁷⁴WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

⁷⁵LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 212 e 213.

princípios e garantias fundamentais, quanto no que concerne ao caos inerente ao sistema prisional, o qual repercute sobre todos os reclusos indistintamente, sejam eles presos cautelares ou definitivos. Isso porque a população deve exigir de seus representantes políticos que tomem medidas capazes de contribuir para a melhora desse contexto, como o incremento na segurança pública, e o investimento na qualidade das casas prisionais. Ora, o incremento na segurança pública, de um lado, tem o condão de atuar na prevenção de ilícitos e, via de consequência, desafogar o judiciário do “dever” de decretar prisões cautelares sem qualquer real cautelaridade. De outro lado, a exigência de melhoras no sistema carcerário contribui não só para a reinserção social do apenado, quanto para a diminuição do estigma que o ex-recluso sofre. Através dessas medidas, poderá ocorrer a redução na banalização da prisão preventiva.

Nesse contexto, refere Cezar Roberto Bitencourt:

Fala-se da crise da prisão, mas não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como resultado da deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, o que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em meio efetivamente reabilitador.⁷⁶

No mesmo viés, é o entendimento de Theodomiro Dias Neto:

A crescente hegemonia do discurso penal, a insistência da sociedade em tematizar os seus conflitos sob a forma de demanda punitiva, é o outro lado de uma obstrução dos canais de comunicação política. O discurso sobre os conflitos sociais convertem-se em um discurso sobre a criminalidade. Assim tem sido com a questão juvenil, nos debates públicos cada vez mais reduzida à sua vertente criminal, ou, na Europa, com o complexo tema da imigração estrangeira, que associado à criminalidade organizada, ao tráfico de drogas e ao terrorismo, torna-se alvo da demanda repressiva. Ao invés de “politizados”, os problemas são “policializados”.⁷⁷

Ademais, nessa tumultuosa realidade enfrentada no Brasil, esquece-se, frequentemente, da família daquele que cometeu um ilícito. Veja-se que, no sistema

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

⁷⁷ DIAS NETO, Theodomiro. A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva – homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 176.

jurídico brasileiro, vigora o princípio da intranscendência (ou personalidade) da pena, segundo o qual “a pena não pode passar da pessoa do condenado”⁷⁸ (artigo 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988).

Ocorre que, quando uma pena é aplicada, ela, inevitavelmente, ultrapassa a pessoa do condenado, atingindo a família desse. Ora, quando um ex-apanado retorna ao lar, mesmo que tenha sido segregado apenas preventivamente, encontra sua família desestruturada, eis que um de seus membros foi afastado, compulsoriamente, dela. Inclusive, não raro aquele que é preso costumava ser o provedor do lar, de modo que o impacto de sua reclusão é ainda maior. Por óbvio, aquele que comete um crime deve ser devida – e legitimamente – punido, sendo que a reclusão é uma consequência de seu próprio ato. Contudo, o que for possível, e legal, de ser feito para atender ao princípio da intranscendência, previsto na Carta Magna Brasileira, deverá ser realizado. Até por quê a privação da liberdade nem sempre é a medida mais recomendada para a punição do infrator.

Tal situação é potencializada quando se fala em um preso cautelar, haja vista que esse poderá vir a ser inocentado, ou, também, condenado a uma pena não privativa de liberdade. Entretanto, o estigma de ter permanecido encarcerado por determinado tempo, mesmo que preventivamente, seguirá acompanhando-o mesmo quando em liberdade, atingindo, também, sua família.

Frente a esse contexto, foi editada a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, a qual tem, entre seus objetivos, amenizar os impactos negativos da segregação cautelar, sobre o preso, sobre sua família e sobre a sociedade. Para isso, a mencionada lei trouxe, entre suas inovações, a inserção no artigo 319 do Código Processual Penal de 09 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, as quais se situam entre a total liberdade e a total segregação do indivíduo que responde a um inquérito policial ou a uma ação penal.

Nesse contexto, leciona Renato Brasileiro de Lima:

Segundo a orientação do direito comparado, e com o objetivo de superar esta lógica maniqueísta, de tudo ou nada, a Lei nº 12.403/2011 ampliou de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e de

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1**: parte geral (arts. 1º a 120). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 364.

proporcionalidade. É a concretização do princípio da adaptabilidade no marco de uma tutela jurisdicional diferenciada.⁷⁹

Ademais, insta referir que as medidas cautelares pessoais diversas da prisão deverão ser aplicadas como forma de reduzir as hipóteses em que a decretação da prisão preventiva seria medida excessivamente gravosa ao caso, e a liberdade provisória medida muito branda. Desse modo, deve-se entender que tais medidas não deverão ser aplicadas em situações nas quais a opção mais adequada é a própria liberdade. Ou seja, “o que se busca com a reforma é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual.”⁸⁰

Assim, a Lei 12.403 incluiu, no artigo 319 do Código de Processo Penal, 09 (nove) medidas cautelares pessoais diversas da prisão, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁷⁹LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2012, p. 382.

⁸⁰LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 127.

As medidas supra, consoante referido anteriormente, mostram-se de grande valia para a maior observância do princípio constitucional da presunção da inocência, pois, em que pese também sejam restrições às garantias e liberdades individuais do acusado, são imensamente menos agressivas e estigmatizantes que a prisão cautelar. Com isso, tanto os direitos fundamentais dos presos, quanto as garantias constitucionais do processo serão melhor aplicados.

Entre as hipóteses previstas no artigo supratranscrito, destacam-se, como substitutivos da prisão preventiva, as medidas cautelares de comparecimento periódico em juízo, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, e monitoração eletrônica. Isso porque tais medidas possuem o condão de permitir que o acusado permaneça em liberdade, mas esteja sob a fiscalização do Poder Judiciário. Com isso, o indivíduo terá a oportunidade de permanecer trabalhando, bem como de estar em contato com sua família, além de diminuir, imensamente, o estigma que sofreria se se tornasse um ex-recluso (ainda que um ex-recluso cautelar).

Da mesma forma, possibilita-se ao acusado desempregado que tenha a oportunidade de procurar um emprego, sendo que, caso estivesse recluso, certamente teria essas oportunidades drasticamente reduzidas quando fosse libertado. Assim, pode continuar auxiliando no sustento de sua família, o que diminuirá as chances de outro membro do grupo familiar vir a cometer crimes.

Outrossim, todas as medidas cautelares em comento, conforme anteriormente referido, possibilitam que a estigmatização causada sobre o acusado em razão da prisão preventiva seja reduzida, tendo em vista que o impacto de eventual fato noticiado pelos meios de comunicação não será tão forte sobre a população. Ora, atualmente, constata-se que, “a informação é antes de tudo considerada como uma mercadoria, e que este caráter prevalece, de longe, sobre a missão fundamental da mídia: esclarecer e enriquecer o debate democrático”.⁸¹

Em razão desse pensamento, certamente o interesse dos meios de comunicação de massa, como a televisão e a imprensa escrita, permanecerão sobre as prisões cautelares, sobremaneira mais impactantes que “meras” medidas

⁸¹RAMONET, Ignacio *apud* LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182.

cautelares diversas, de modo que o estigma sofrido por quem não for preso cautelarmente será imensamente menor. Afinal, a “cultura do medo” propiciada pelo sensacionalismo das notícias relacionadas ao crime mostra os intuitos unicamente mercadológicos, e não informativos, dos meios de comunicação.

De outro lado, juntamente à correta aplicação das medidas cautelares em comento, deverá haver uma mudança na cultura brasileira, no sentido de alterar a mentalidade de que segurança pública é efetivada através da repressão, e não da prevenção.

Nesse contexto, leciona Valter Foletto Santin:

A prestação do Estado a título de segurança pública visa resguardar a ordem pública e a incolumidade da pessoa e do patrimônio do cidadão, numa atividade primária, para a paz social.

Por outro lado, a norma penal tem função de bloqueio ao prever sanção de caráter penal para quem “matar alguém” (art. 121, CP); “ofender a integridade de outrem” (art. 129, *caput*, CP); (...) e outros tipos penais, que devem ser interpretados por raciocínio contrário, para seguimento do comportamento recomendado, consistente em obrigação de não fazer (...).

Nessa ótica, ao prestar um serviço de segurança pública inadequado e deficiente o Estado não está cumprindo sua função de preservação de valores que ele próprio sancionou como contrários ao direito e contribuído para que a norma de resguardo não atinja a sua finalidade.⁸²

Na mesma seara, refere Aury Lopes Jr:

(...) o sistema não tem valor em si mesmo, senão pelos objetivos que é chamado a cumprir. Sem embargo, devemos ter cuidado na definição do alcance de suas metas, pois o processo penal não pode ser transformado em instrumento de “segurança pública”. (...) Trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, estranho à natureza cautelar da medida.⁸³

Ante o exposto, é possível vislumbrar a necessidade de uma urgente mudança cultural acerca da cultura do encarceramento no Brasil, tanto no que diz respeito aos operadores do direito, quanto à população em geral. Com isso, deverá ocorrer uma adequada aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, incluídas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, fator que tem grande capacidade para alterar o caos inerente ao sistema prisional brasileiro. Isso

⁸²SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 86-88.

⁸³LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 9.

porque, através de uma mudança cultural, será verificado que a segurança pública não deve ter como sua principal garantidora a repressão penal, mas as medidas preventivas, de modo que a prisão preventiva não sofrerá mais a banalização que hoje se verifica, mas cumprirá sua função unicamente instrumental.

Assim, através do entrelaçamento de tais circunstâncias, os direitos e garantias fundamentais serão devidamente observados, garantindo-se a todos um processo penal verdadeiramente legítimo e democrático.

CONCLUSÃO

A prisão preventiva é um dos temas mais complexos do Direito Processual Penal, em razão de confrontar o direito de punir (*jus puniendi*) do Estado com o direito fundamental à liberdade do sujeito passivo e, também, com o princípio constitucional da presunção da inocência. Trata-se, enfim, da discussão entre o que deve prevalecer em cada caso concreto à luz das garantias constitucionais e da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, conforme foi demonstrado ao longo da presente monografia, é possível verificar que, atualmente, a pena privativa de liberdade encontra-se em crise. Essa crise decorre de um conjunto de elementos, entre os quais é possível destacar os seguintes: condições degradantes das casas prisionais brasileiras; inexistência de atividades capazes de resultar na reinserção social dos presos; a cultura de exclusão inserida no meio social acerca do crime e dos criminosos; e as notícias sensacionalistas divulgadas pelos meios de comunicação acerca da criminalidade.

Da mesma forma, a referida crise também é substancialmente agravada pela banalização da prisão preventiva que ocorre presentemente. Tal banalização ocorre em função de que essa espécie de prisão cautelar passou a ser utilizada pelos magistrados brasileiros não com função de acautelar o resultado final da ação penal, como deveria ser, mas como forma de (inconstitucional) antecipação da execução da pena. Isso porque, dada a falência da pena de prisão, a sociedade passou a ser inserida em uma “cultura de medo” construída pelos meios jornalísticos, e, com isso, passou a clamar por maior segurança pública.

Diante disso, passou-se a fazer uso do “Direito Penal emergencial”, no qual esse ramo do direito vem deixando de ser a *ultima ratio* a fim de dar à sociedade uma imagem de resposta imediata ao crime, de combate à impunidade e de eficiência na segurança pública. Contudo, trata-se de uma imagem meramente simbólica, haja vista que a sensação de segurança é apenas imediatista. Afinal, a principal forma de realizar uma segurança pública eficiente, consoante foi demonstrado ao longo do presente trabalho, é o investimento na prevenção, e não na repressão. Dessa forma, o Estado deve investir em medidas preventivas como,

por exemplo, a criação de políticas sociais voltadas, principalmente, à melhora da economia e da educação, de modo que menos pessoas venham a cometer ilícitos por falta de condições adequadas de vida.

Ademais, também foi demonstrado que todas as características negativas inerentes ao sistema prisional repercutem, não apenas sobre os presos definitivamente condenados, mas também sobre os presos cautelares, situação que é potencializada em razão da banalização da prisão preventiva. Entre os diversos malefícios decorrentes do encarceramento, a estigmatização que é consequência do rótulo de recluso, a qual penetrará no indivíduo frente a sociedade, é uma das mais severas, tendo em vista que irá acompanhá-lo mesmo após deixar o cárcere, e, também, mesmo que venha a ser absolvido. Tal questão acaba por contribuir para o que a noção de “segurança” seja meramente simbólica, já que, em função da cultura social de apenas excluir aquele que um dia ingressou no sistema prisional, o ex-recluso – mesmo que um ex-recluso cautelar – comumente não terá alternativa outra para sobreviver que não o retorno ao crime.

Assim, verificava-se um grande círculo vicioso, no qual acusados eram presos cautelarmente para apresentar ao meio social uma imagem de eficiência na repressão e na prevenção de crimes, quando, na verdade, é exatamente esse encarceramento sumário e desprovido de cautelaridade que acaba por ser a origem da prática de novos ilícitos. Ou seja, usava-se o Direito Penal não como *ultima ratio*, mas como principal meio de efetivar a segurança pública.

Ocorre que, diante desse conturbado contexto social e político, os magistrados viam-se sem opções durante o desenrolar de um processo penal em que as únicas alternativas existentes para tutelar a sua eficácia eram a total concessão ou a total privação de liberdade ao acusado. Em vista disso, muitas vezes a segregação era excessivamente gravosa ao caso em concreto, mas, por outro lado, a total liberdade também se mostrava excessiva, de modo que o magistrado acabava por decretar a prisão preventiva do acusado sem que a medida fosse realmente necessária aos seus fins.

Nesse contexto, buscando-se combater essa realidade, na qual a pena privativa de liberdade acabou tornando-se somente uma forma de exclusão dos condenados, e a prisão preventiva passou a ser usada como regra, foi publicada, em

04 de maio de 2011, a Lei nº 12.403, que alterou o regime até então vigente acerca das medidas cautelares pessoais. Assim, através da inserção ao Código de Processo Penal de 09 (nove) medidas cautelares pessoais diversas da prisão, o ordenamento jurídico brasileiro passou a valer-se de instrumento de grande valia para alterar, positivamente, a realidade ora existente na seara criminal brasileira.

Isso porque, as medidas cautelares pessoais diversas da prisão tem o condão de garantir a eficácia do processo penal, e, simultaneamente, garantir a menor violação dos direitos fundamentais do sujeito passivo. Afinal, em que pese as medidas cautelares em comento também sejam restrições às garantias e liberdades individuais do acusado, são, inquestionavelmente, muito menos agressivas e estigmatizantes que a prisão preventiva. Com isso, possibilitam que o acusado permaneça em seu meio social e em seu âmbito familiar durante o andamento do processo penal, e, dessa forma, tenha muito mais possibilidades de se reinserir socialmente.

Ademais, as alterações incorporadas ao Código Processual Penal pela Lei 12.403/2011 também são instrumentos de grande valia para a observância do princípio constitucional da presunção da inocência, já que corroboram a cautelaridade de qualquer restrição aos direitos fundamentais do sujeito passivo antes que haja uma sentença condenatória transitada em julgado. Da mesma forma, a observância de tal postulado constitucional também é de extrema importância para garantir a real natureza do Estado Democrático de Direito. Isso, em razão de que garantias fundamentais existem não apenas com o objetivo de resguardar a dignidade de seu titular, mas também, e igualmente importante, de afastar o autoritarismo e as arbitrariedades estatais.

Nesse viés, será possível que o Direito Penal volte a ser não só na teoria, mas também na prática, a *ultima ratio*, tendo em vista que, com o investimento na prevenção, que vai desde as políticas sociais até o incremento na segurança pública, poderá ser usado apenas na repressão de crimes. Afinal, o Direito Penal não tem entre seus objetivos garantir a segurança pública, a qual é tarefa do Poder Executivo, e, assim, em não sendo desvirtuado, poderá ocorrer uma abordagem preventiva dos fatos, a fim de que as soluções encontradas passem a ser definitivas, e não temporárias e apenas simbólicas.

Desse modo, é possível perceber que o novo regime jurídico das medidas cautelares pessoais, materializado pela Lei 12.403, tornou o vigente Código de Processo Penal muito mais adequado aos preceitos da Constituição Federal de 1988. Isso, em função de que permitiu que se atente aos direitos e garantias fundamentais do acusado sem que o Estado tenha seu direito de punir prejudicado. Ora, conforme exaustivamente demonstrado, a lei em comento permite que se garanta a eficácia do processo sem que sejam violadas as suas garantias e a dignidade do sujeito passivo. Ou seja, a Lei de Prisões deixa incontestado o fato de ser possível punir e garantir simultaneamente.

Diante disso, é possível entender que a Lei 12.403, publicada em 04 de maio de 2011, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro instrumentos de grande eficácia para o combate à banalização da prisão preventiva. Com isso, possibilita-se uma maior observância do princípio constitucional da presunção da inocência e, também, das garantias constitucionais do processo.

Através da correta aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, verificar-se-ão consequências sobre o próprio acusado, mas também sobre o Estado e sobre a sociedade, que passarão a ter presídios menos superlotados e com melhores condições de reinserir socialmente quem cumpriu uma pena. Da mesma forma, a Lei de Prisões também acarretará mudanças sobre a cultura acerca do crime e do criminoso que se verifica atualmente, de modo que os ex-reclusos contarão com muito mais possibilidades de não reincidir no mundo do crime.

Por fim, a correta aplicação das medidas previstas na Lei 12.403/2011 permite, consoante acima exposto, que se atente ao princípio constitucional da presunção da inocência, postulado de extrema importância em um Estado Democrático de Direito. Desse modo, com a correta aplicação da Lei de Prisões, haverá maior observância do mencionado preceito constitucional e, por conseguinte, redução da banalização da prisão preventiva ora ocorrida, fatores que trarão reflexos positivos tanto sobre os acusados, quanto sobre o Estado e sobre toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Anteprojeto do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

BRASIL. **Lei 12.403**. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional. **InfoPen Estatística**. 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 03 out. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS NETO, Theodomiro. A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana. *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle**

penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva – homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar:** doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2012.

_____. **Manual de Processo Penal, volume I**. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional** – volume I. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2009.

_____. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas:** Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade:** as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória:** a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

PRISÕES no Brasil são medievais e seria melhor morrer do que ficar preso por anos, diz ministro. **Uol**, São Paulo, 13 nov. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/11/13/prisoes-no-brasil-sao-medievais-afirma-ministro-da-justica.htm>> Acesso em: 18 out. 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SACONI, Alexandre. **Preso federal custa mais que o dobro que universitário**. R7, Brasil, 10 out. 2012. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/preso-federal-custa-mais-que-o-dobro-que-universitario-20121010.html>> Acesso em: 29 out. 2013.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisão cautelar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.