

AINDA CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 12.403/2011 E DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL: EM BUSCA DE CRITÉRIOS PARA CONCRETIZAR AS LIMITAÇÕES IMPLEMENTADAS¹

*SOME CONSIDERATIONS CONCERNING THE LAW 12.403/2011 AND THE
PRECAUTIONARY MEASURES IN CRIMINAL PROCEDURE: SEARCHING
PARAMETERS TO ACHIEVE THE DEPLOYED LIMITATIONS*

Vinicius Gomes de Vasconcellos²

Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS

RESUMO: Este artigo pretende analisar o regime jurídico das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, concedendo-se fundamental enfoque às principais inovações trazidas pela recente reforma, mas não deixando de lado críticas que ainda persistem em tal modelo. Portanto, pretende-se estudar as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, buscando tecer críticas que aspirem a racionalização do cenário atual. Ou seja, pensa-se que, embora transcorridos dois anos de sua

promulgação, a constata análise dos dispositivos se impõe, diante dos ainda escassos resultados trazidos por suas mudanças.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; Lei nº 12.403/2011; medidas cautelares.

ABSTRACT: *This article aims to examine the legal status of precautionary measures in Brazilian criminal procedure, giving up fundamental attention to the major innovations brought by the recent reform, but not leaving aside the critics that*

¹ Artigo extraído parcialmente dos resultados de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com a nota máxima e com indicação para publicação pela banca examinadora composta por: Professor Dr. Giovanni Saavedra (orientador), Professor Dr. Aury Lopes Jr. e Professor Dr. Nereu José Giacomolli; e de trabalho apresentado no 3º Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizado nos dias 26, 27 e 28 de setembro de 2012 na PUCRS.

² Especialista em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (Espanha). Bacharel em Direito pela PUCRS. Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC (2009/2012), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

must persist in such model. Therefore, we intend to study the changes introduced by Law 12.403/2011, seeking to rationalize the current scenario. Even two years later from the outcome, the analysis of its changes is necessary, especially knowing the recent numbers of provisional detentions in Brazil.

KEYWORDS: *Criminal procedure; Law 12.403/2011; precautionary measures.*

SUMÁRIO: Introdução; I – Considerações preliminares. Definições básicas e delimitações essenciais em matéria de medidas cautelares no processo penal brasileiro; II – Alterações apresentadas pela reforma de 2011. O modelo polimorfo e as cautelares diversas. Finalmente, o contraditório. O flagrante no seu devido lugar. O ressurgimento da fiança; III – Questionamentos e críticas ainda pertinentes. A necessidade de estipulação de limites (prazos e revisão periódica). Os reflexos dos rancos inquisitivos (juiz atuante e ordem pública); Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; I – Preliminary Considerations. Basic definitions and essential delineations regarding precautionary measures in Brazilian criminal proceedings; II – Changes brought by 2011 reform. The polymorph model and the alternative measures. Finally, the contradictory. The flagrant in its place. The resurgence of bail; III – Questions and criticisms that are still relevant. The need of limits (deadlines and periodic review). The reflections of inquisitive prejudices (acting judge and public order); Final Thoughts; References.*

INTRODUÇÃO

A partir da análise do cenário jurídico brasileiro atual, percebe-se a utilização rotineira e sem limites de medidas cautelares, em especial da prisão preventiva, as quais deveriam ser restritas a casos excepcionais. É nesse momento desordenado que surgiu a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. A partir da inovadora previsão de medidas cautelares alternativas à prisão, pretendeu-se fornecer opções intermediárias ao juiz, posto que anteriormente só havia a possibilidade de segregação ou plena liberdade. Há, portanto, uma clara intenção descarcerizadora, que, todavia, não deve impedir a análise crítica dos reflexos latentes a tais novidades.

Passados dois anos da promulgação de tal reforma no processo penal brasileiro, surgem questionamentos instigados por recentes dados que atestam a persistência do cenário caótico que originou a Lei nº 12.403 e que pretendia por ela ser alterado. Conforme estatísticas apresentadas pelo Departamento

Penitenciário Nacional do Ministério Justiça brasileiro, a quantidade de prisões cautelares depois de um ano de implementado o novo regime continuava altíssima. Assim, os meios de comunicação, que temiam o “esvaziamento das cadeias com a soltura de milhares de presos perigosos”, apontaram que: “Lei da nova fiança completa 1 ano, mas não reduz lotação de cadeias. Objetivo da lei era diminuir as prisões provisórias, mas número aumentou”³. Assim também se posicionou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao analisar o modelo cautelar do nosso país, dizendo que “estudos indicam que, até aqui, a Lei nº 12.403/2011 teve pouco impacto na diminuição da população carcerária brasileira”, pois “embora o número de presos provisórios tenha crescido menos (em 2011, o aumento foi de 1%, ao passo que em 2010 foi de 2,9%), ainda há 217 mil pessoas encarceradas provisoriamente”⁴.

Assim, este artigo pretende analisar o regime jurídico das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, concedendo-se fundamental enfoque às principais inovações trazidas pela nova legislação, mas não deixando de lado críticas que ainda persistem em tal modelo. Preliminarmente, serão traçadas delimitações e definidas noções básicas em matéria de prisões e medidas cautelares no processo penal brasileiro, distinguindo seus tipos e suas possibilidades e estruturando uma teoria geral dos fundamentos de tal matéria. Em seguida, pretende-se examinar em detalhe as alterações centrais apresentadas pela Lei nº 12.403/2011, como a adoção de um modelo polimorfo (e a consequente subsidiariedade da prisão em relação às demais cautelares diversas), a positivação da necessidade de respeito ao contraditório, a devida caracterização da prisão em flagrante como medida pré-cautelar e o ressurgimento do instituto da fiança (e de seus questionamentos). Por fim, é imprescindível apontar algumas das diversas críticas ainda pertinentes em tal modelo, especialmente a necessidade de fixação de limites à aplicação de medidas cautelares, com a delimitação de prazos com consequências jurídicas e a obrigatoriedade de revisão periódica da decisão. Além disso, percebe-se que persistem ranços inquisitoriais na recente legislação, posto que foram mantidas as possibilidades de decretação de prisão cautelar fundamentada nas indefinidas ordens pública e econômica e de atuação de ofício do juiz, abrindo espaços que podem por em risco a pretensão de esquematizar um modelo acusatório.

³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/07/lei-da-nova-fianca-completa-1-ano-mas-nao-reduz-lotacao-de-cadeias.html>>. Acesso em: 6 mar. 2013.

⁴ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-09/observatorio-constitucional-abuso-prisoas-provisorias-pais>>. Acesso em: 6 mar. 2013.

Portanto, pretende-se analisar o regime das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, conforme as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, buscando tecer críticas que aspirem traçar considerações para efetivar a racionalização do cenário atual. Ou seja, pensa-se que, embora transcorridos dois anos de sua promulgação, a constate análise dos dispositivos se impõe, diante dos ainda escassos resultados trazidos por suas mudanças.

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. DEFINIÇÕES BÁSICAS E DELIMITAÇÕES ESSENCIAIS EM MATÉRIA DE MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, para a devida compreensão do debate que tem por objeto o presente trabalho, se faz necessária uma breve análise das previsões do Código de Processo Penal brasileiro em relação a prisões e medidas cautelares. Não há, em nosso ordenamento criminal, uma delimitação de um processo penal cautelar autônomo (e, conseqüentemente, inexistente ação cautelar penal), mas sim diversas medidas cautelares, não só de natureza pessoal, as quais atuam de modo incidental ao processo de conhecimento.

Os provimentos cautelares penais, conforme Rogério Cruz⁵, podem ser divididos em pessoais (prisões provisórias e cautelares diversas), patrimoniais ou reais (sequestro, arresto e hipoteca legal) e instrutórios (produção antecipada de prova). Tais medidas possuem um traço em comum que irá determinar, de modo essencial, a interpretação de todos os institutos e fundamentos em tal matéria, qual seja, a cautelaridade. Este conceito está diretamente relacionado à instrumentalidade da medida, posto que sua existência deve ter como único objetivo estar a serviço do processo de conhecimento. Desse modo, esclarece Lopes Jr.: “É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional”⁶.

Devemos, então, traçar os fundamentos de qualquer⁷ medida cautelar no processo penal brasileiro, embora aqui se esbocem considerações essencialmente

⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar*. Dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 186 e 187.

⁶ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 83.

⁷ Embora exista quem sustente a desnecessidade de suporte probatório de materialidade e indícios de autoria para a decretação de prisão temporária (NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. As reformas processuais penais introduzida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

direcionadas às medidas pessoais. Em que pesem as variações doutrinárias na questão terminológica⁸, podemos distinguir pressupostos que devem ser analisados para justificar a decisão judicial. Neste ponto, são essenciais considerações iniciais em relação à indevida utilização de conceitos processuais civis em matéria processual penal⁹.

Aury Lopes Jr.¹⁰ inicia sua crítica à teoria geral do processo relacionando (a partir dos ensinamentos de Carnelutti) a fábula infantil da Cinderela às aporias causadas pela utilização acrítica de categorias do processo civil em matéria penal. Ele sustenta que o processo penal é a irmã preterida, que foi moldada a partir das roupas das outras e, desse modo, teve sua autonomia e complexidade relativizadas. É evidente que diversas categorias processuais não podem ser transportadas, “importadas”, pois tamanha falta de critérios pode acarretar violações insuperáveis aos fundamentos do processo em âmbito criminal. Aponta-se que “são a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o penal”¹¹. Para Loureiro, a teoria geral do processo é “[...] um discurso universalista, que seria capaz de conglobar, sob o mesmo manto de princípios informadores, o direito processual civil, o penal e mesmo outros ramos como trabalhista e administrativo, embora sejam áreas tão dissociadas”¹².

p. 27), a nosso ver é cristalina a necessidade de atendimento aos pressupostos gerais das medidas cautelares, visto que, em entendimento diverso, seriam legitimadas prisões totalmente infundadas e excessivamente discricionárias. Além disso, diversas e justificadas são as críticas acerca do instituto da prisão temporária (neste sentido, ver: PEDROSA, Ronaldo Leite. Medidas cautelares e presunção de inocência: a resposta do projeto. In: COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 297).

⁸ Sobre isso ver: CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. Op. cit., p. 187.

⁹ Não se pode deixar de apontar que a crítica em relação ao transplante acrítico de categorias do processo civil em matéria de cautelares penais é direcionada essencialmente às medidas pessoais, posto que, em termos de assecuratórias/reais, tal posicionamento pode ser menos rigoroso, por haver estreita vinculação destas com um interesse patrimonial a ser satisfeito na esfera civil. Sobre isso ver: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 179-181

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. II, 2010. p. 33-36.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2010. p. 36.

¹² LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. Nulidade e limitação do poder de punir: análise de discurso de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito. PUCRS, Porto Alegre, 2008. p. 31.

Tal impossibilidade de uniformidade em matéria processual é ressaltada em termos de medidas cautelares, posto que, especialmente em termos pessoais, as medidas atingem a pessoa humana e o protegido direito à liberdade, sendo a distinção essencial para a construção de um sistema processual garantidor dos direitos fundamentais. O transplante de categorias é perceptível nos ensinamentos da doutrina majoritária, que vem sendo duramente criticada, ao apontar as definições de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Na desconstrução de tais conceitos, impõe-se a citação de Aury Lopes Jr.:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de 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 de *fumus commissi 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.¹³

Em relação ao fundamento da medida cautelar, percebe-se que o perigo em matéria processual penal não decorre do tempo, mas sim do estado de liberdade do imputado, sendo, portanto, um *periculum libertatis*. Neste sentido, seguimos com Lopes Jr.:

O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo,

¹³ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 8.

o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.¹⁴

Portanto, conclui-se que, para a decretação de qualquer medida cautelar no processo penal, é essencial o preenchimento de pressupostos essenciais: *fumus commissi delicti*, que diz respeito ao requisito fático de que existam nos autos do inquérito policial, das peças de informação ou do processo prova da ocorrência de uma infração penal e indícios suficientes de que o sujeito passivo que sofrerá a medida foi seu autor ou partícipe; e, *periculum libertatis*, que essencialmente relaciona-se ao perigo que o estado de liberdade do imputado pode acarretar ao normal desenvolvimento do processo.

Esclarecidos as espécies e os fundamentos gerais supraexpostos, devemos realizar breve análise das possibilidades de prisão no ordenamento pátrio. Conforme o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, ninguém pode ser preso antes de sentença condenatória definitiva, salvo se autuado em flagrante delito ou mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, exceto casos militares. Pode-se perceber que se diferenciam três espécies de cárcere: a prisão-pena, o flagrante e a cautelar. A primeira se dá somente após sentença condenatória transitada em julgado e, conseqüentemente, determina-se que uma pessoa só pode ser considerada culpada e punida depois de condenação judicial sem mais possibilidade de recursos. A prisão em flagrante será estudada a seguir, diante das alterações sofridas com a Lei nº 12.403/2011, mas devemos adiantar que a distinção de tal espécie se dá devido à sua pré-cautelaridade. Por fim, atentemos para as possibilidades de cárcere cautelar.

Inicialmente, devemos observar a nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Tal dispositivo foi devidamente atualizado para se conformar com as previsões constitucionais, determinando, de modo claro e adequado, a estrita necessidade de decisão judicial para manter qualquer pessoa presa.

¹⁴ Idem, p. 9.

De tal disposição distinguimos as duas espécies de prisão cautelar: temporária¹⁵ e preventiva. Embora parte conservadora da doutrina¹⁶ enumere outras possibilidades, estas podem ser questionadas, especialmente após as reformas processuais de 2008. A prisão em flagrante, como já dito anteriormente, deve ser considerada pré-cautelar, ponto que será explicado adiante. Sobre as demais hipóteses, irretocável é a refutação de Rogério Cruz:

No que diz respeito com a prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, a mudança legislativa consolidou o entendimento de que esses dois atos processuais não podem mais constituir título autônomo de prisão cautelar. Antes, exigem que o juiz, ao pronunciar ou ao condenar o réu, promova uma análise sobre a liberdade deste, quer para mantê-la ou suprimi-la, quer para restaurá-la, o que fará à luz dos pressupostos e requisitos de validade da prisão preventiva, indicados no art. 312 do Código de Processo Penal.¹⁷

Agora que se entendeu as possibilidades, as espécies e os fundamentos essenciais das prisões, podemos analisar dois conceitos importantes. Inicialmente, decomponhamos a seguinte definição de Odone Sanguiné:

A prisão cautelar pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, formula-se uma imputação de um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal,

¹⁵ A prisão temporária não será estudada em ponto específico neste trabalho, posto que a pretensão deste limita-se a uma análise não exaustiva das previsões normativas, visando-se, na verdade, a uma crítica criminológica, como exposto anteriormente (vide introdução). A prisão provisória é regulada em legislação extravagante, Lei nº 7.960/1989, também sendo vinculada aos requisitos e fundamentos aqui estudados, mas atentando-se para as suas regras específicas. Sobre isso ver: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Op. cit.*, p. 188-197; LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 139-148.

¹⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisórias (e das medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 45.

¹⁷ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Op. cit.*, p. 54.

em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, com a finalidade cautelar de garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução para evitar um risco: (a) de ocultação, alteração ou destruição de fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima ou outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.¹⁸

Percebe-se que tal conceito em muito contribui para o esclarecimento preciso do tema analisado neste artigo, mas certas questões devem ser feitas. Primeiro, quando se fala em delito de especial gravidade, é necessário cuidado, posto que prisões automáticas por tal motivo devem ser fortemente rechaçadas. Desse modo, tal ponto deve ser tido como referência para os limites previstos no art. 313 do Código Processo Penal, o qual veda a prisão preventiva para crimes culposos ou com pena máxima não superior a quatro anos. Segundo, de tal citação destacam-se dois conceitos que devem ser louvados e garantidos: a excepcionalidade da restrição à liberdade e a necessidade de limite temporal à prisão cautelar. Ambos são questões ainda tormentosas na doutrina nacional, mas que precisam ser tomadas como premissas. Por fim, a possibilidade de reiteração delitiva como fundamento da segregação preventiva é de complicada aceitação. Tal hipótese encontra guarida na previsão de garantia da “ordem pública”, a qual será analisada e criticada no terceiro ponto deste estudo.

Atentemos, então, para as propostas de Alberto Binder:

[...] embora seja possível aplicar dentro do processo a própria força do poder penal como uma renúncia clara, por motivos práticos, dos princípios do Estado Democrático de Direito, deve-se ter em conta que a aplicação da força, particularmente a prisão preventiva, só será legítima, do ponto de vista da Constituição, se for uma medida excepcional, se sua aplicação for restritiva, se for proporcional à violência da condenação, se respeitar os requisitos fundamentais, isto é, se existe a mínima suspeita com fundamento, se demonstrada claramente a necessidade de se evitar a fuga do acusado,

¹⁸ SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 86, ano 18, p. 290, set./out. 2010.

se está limitada temporalmente de um modo absoluto e se é executada levando em consideração sua diferença essencial com relação a uma pena.¹⁹

Tal assertiva se mostra fortemente preocupada com a conformidade constitucional e com a necessidade de limitação do poder punitivo, de modo a ponderar diversos requisitos para o uso da força do poder penal dentro do processo, ou seja, para a utilização legítima de uma prisão cautelar. Tal pretensão é, portanto, louvável e deve ser utilizada como base de diversos questionamentos. Percebe-se que a ideia de excepcionalidade da prisão sem condenação definitiva precisa ser adotada como premissa, posto que tal possibilidade viola frontalmente diversos princípios do Estado Democrático de Direito. Para sua decretação, é essencial um suficiente amparo probatório em relação ao fato delituoso e à sua autoria, e, além disso, Binder²⁰ é restritivo ao sustentar como único caso passível de prisão processual a probabilidade concreta de fuga do acusado. Há ainda as obrigações de fixação de prazo máximo para a medida e de distinção em relação à prisão-pena, ambos imperativos desprezados na realidade brasileira.

Antes de darmos seguimento ao próximo ponto de estudo, não se poderia deixar de tecer breves apontamentos acerca da difícil coexistência entre as prisões cautelares e o princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade). Como já dito anteriormente, a prisão como punição só é legítima em um Estado Democrático de Direito após uma condenação transitada em julgado (sem mais possibilidade de recursos). Surge, então, a questão: Como pode ser fundamentado o cárcere durante o processo? Por que se prenderia alguém que ainda não é culpado? O único modo de compatibilização, a nosso ver, se dá a partir da máxima conformidade constitucional em relação aos fundamentos da cautelaridade e da rígida análise da necessidade de tal violadora medida. As prisões cautelares, assim como o encarceramento como um todo, devem ser evitados e restringidos ao mínimo possível. Neste sentido, atentemos para Rogério Cruz:

Como regra de tratamento, o princípio da presunção de inocência exige que o acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Equivale isso a dizer, no que concerne ao tema objeto

¹⁹ BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 154.

²⁰ Neste sentido ver: BINDER, Alberto M. *Op. cit.*, p. 150-153.

deste estudo, que o acusado somente pode ser preso diante de uma imperiosa necessidade, devidamente justificada e apoiada em critérios legais e objetivos, de modo a conferir o caráter realmente cautelar à prisão *ante tempus*.²¹

II - ALTERAÇÕES APRESENTADAS PELA REFORMA DE 2011. O MODELO POLIMORFO E AS CAUTELARES DIVERSAS. FINALMENTE, O CONTRADITÓRIO. O FLAGRANTE NO SEU DEVIDO LUGAR. O RESSURGIMENTO DA FIANÇA

A partir das exposições apresentadas no item anterior, possibilitou-se o delineamento de uma teoria geral das medidas cautelares, a qual deve pautar todo o presente estudo. Parte-se, neste momento, para uma análise das mudanças legislativas implementadas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Não se pretende aqui um exaurimento dos diversos dispositivos alterados, mas sim um exame dos principais pontos inovadores, com o objetivo de traçar as bases deste novo cenário.

Como já descrito anteriormente, a mudança no regime jurídico das medidas cautelares no processo penal se deu em momento de grave tensão no âmbito das ciências criminais. Além do constante questionamento acerca da legitimidade e da eficácia do Direito Penal como mecanismo de controle social, pesquisas apontam a intensa utilização de prisões sem condenação definitiva na justiça brasileira. Tal fato se soma ao caótico panorama do sistema carcerário nacional, que se vê agravado com essas infundadas restrições à liberdade. Visando a tentar modificar esta situação, surge a Lei nº 12.403/2011, fruto de projeto apresentado em 2001 por comissão de juristas constituída para planejar reformas pontuais no ordenamento processual penal brasileiro. Percebe-se que tal concepção idealizada há dez anos sofreu lento e conturbado processo legislativo, o qual acabou por modificar pontos que poderiam ter acarretado maior avanço (conformidade constitucional) ao diploma alterado²².

Iniciemos com o principal ponto alterado, que há muito era protestado pela doutrina brasileira e que marcava um grande atraso do ordenamento pátrio em relação aos diplomas estrangeiros. Anteriormente, o processo penal

²¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 69.

²² Críticas que ainda são pertinentes aos dispositivos legais que regem o processo penal brasileiro em matéria de medidas cautelares serão abordadas ponto III deste artigo.

brasileiro, em termos de medidas cautelares pessoais, conhecia somente dois extremos, a prisão ou a liberdade provisória²³, e havia uma bipolaridade de soluções frontalmente opostas. Conforme Rogério Cruz, “a única medida cautelar alternativa à prisão *ad custodiam* em nosso país era a *liberdade provisória*, que se qualificava, por ser mero substitutivo da prisão em flagrante, como uma contracautela”²⁴.

Com a modificação do Código de Processo Penal, implementaram-se medidas cautelares diversas, previstas nos novos arts. 319 e 320. Dessa forma, adotou-se um modelo polimorfo, em que existem inúmeras alternativas intermediárias à prisão. Neste sentido, sustenta Rogério Cruz:

Com a nova realidade normativa, passou o juiz da causa a dispor de maiores opções - que não apenas a liberdade provisória - para a proteção dos bens e interesses que estejam sob ameaça em razão da existência de um processo penal, sem, necessariamente, sacrificar totalmente a liberdade do acusado, a quem se impõem obrigações adequadas às peculiaridades do caso concreto, de modo proporcional à gravidade do crime e às exigências cautelares.²⁵

Desse modo, a prisão reafirmou-se como a última opção no sistema, consolidando o princípio da excepcionalidade. Neste sentido, atentando para as novas redações dos arts. 282, § 6º, e 310, inciso II, ambos do Código de Processo Penal, podemos concluir que há possibilidade de “prisão preventiva somente quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa”²⁶. A *ultima ratio* da segregação provisória também se fundamenta a partir da presunção de inocência, ditame essencial em um Estado Democrático de Direito, posto que a regra deve ser a liberdade do réu durante o processo penal. Conforme Guilherme Nucci:

²³ Desde já, vale-se da seguinte crítica: “No Brasil, o adjetivo ‘provisória’ acrescido ao vocábulo ‘liberdade’ também é criticado por parte da doutrina, pois denota uma ideia de excepcionalidade da liberdade, quando, na verdade, a exceção é a prisão” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 78).

²⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 131.

²⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 135.

²⁶ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23.

Outro ponto positivo da nova lei é apresentar a prisão preventiva como *ultima ratio* (última opção), primando pelo respeito aos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima. Eis mais um contato entre princípios penais e processuais penais: a prisão preventiva, tanto quanto a lei incriminadora, passa a ter conotação de *subsidiariedade* (§§ 4º e 6º do art. 282).²⁷

Neste diapasão, devemos observar as diversas medidas cautelares alternativas inseridas no ordenamento brasileiro com a nova redação dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

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;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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;

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. As reformas processuais penais introduzida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011. p. 32.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

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;

IX - monitoração eletrônica.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Em relação a tais possibilidades, devemos frisar ponto controvertido na doutrina: a ideia de substituição à prisão cautelar. Inicialmente, houve quem prudentemente sustenta-se que só estariam legitimadas as medidas cautelares diversas em casos de cabimento de prisão preventiva²⁸. Neste sentido, as cautelares alternativas seriam substitutivas e, assim, também limitadas pelo art. 313 do CPP, por exemplo, não podendo ser determinadas para crimes culposos ou dolosos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos. Esta posição, embora louvável em seu objetivo de evitar a expansão do controle estatal punitivo, tem sido rechaçada pela doutrina majoritária²⁹, possibilitando-se a aplicação ampla, mesmo nos casos em que não seja cabível a prisão preventiva. Entretanto, não devemos esquecer que sempre é necessária a verificação do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Breve apontamento deve ser feito em relação ao chamado poder geral de cautela em matéria processual penal, ou seja, a possibilidade de o juiz aplicar medidas não previstas no rol supratranscrito. Tal posição é aceita por parte da doutrina, que, conforme Rogério Cruz:

²⁸ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 119-121.

²⁹ Por todos, ver: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Op. cit., p. 141.

[...] cremos ser possível, para prover a exigência cautelar do caso concreto, que se faça uso da analogia e se aplique medida não prevista no Código de Processo Penal, desde que presente a mesma *ratio essendi* da norma positivada em outro diploma (como, *v.g.*, a que justifica o inciso I do art. 22 da Lei Maria da Penha); ou, então, que se dê interpretação extensiva aos incisos que integram o art. 319 do CPP, de modo a abranger situações que a mera literalidade do preceito não pareça autorizar.³⁰

Em sentido diverso, entendendo pela exaustividade³¹ do rol previsto nos arts. 319 e 320 do CPP, sustenta Aury Lopes Jr.:

No processo penal não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o princípio da legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.³²

Outra importante inovação foi a inserção do contraditório em matéria de medidas cautelares. Ainda que visto com ressalvas por parte da doutrina, a previsão do art. 282, § 3º, do CPP impõe a intimação do imputado para manifestar-se³³ sobre a imposição, cumulação, substituição ou revogação de

³⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 182. Também: LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 17-28.

³¹ Neste sentido vai o projeto de reforma geral do Código de Processo Penal brasileiro, PLS 156/2009, que define em seu art. 526: “As medidas cautelares dependem de expressa previsão legal [...]”.

³² LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

³³ Questão relevante diz respeito ao meio de manifestação do acusado: Aury Lopes Jr. sustenta que o ideal seria a realização de audiência, posto que a oralidade melhor efetiva o contraditório, mas deve

medida cautelar, ressalvados os casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida, ou seja, essencialmente, o risco de fuga. Segundo Scarance Fernandes:

A aplicação de uma medida cautelar será, agora, precedida da intimação da parte contrária, que poderá se manifestar sobre o requerimento ou a representação. Isso não será observado nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. A providência é novidade (§ 3º). Representa fortalecimento do contraditório, mas o faz com comedimento de modo a não tornar inócua a medida a ser imposta.³⁴

Pensa-se que tal obrigatoriedade de manifestação da defesa pode evitar diversas decisões injustas, desde que tal ato seja efetivamente tido como relevante pelo magistrado. Desse modo, só o tempo e a definição jurisprudencial poderão determinar a efetividade de tão louvável mudança ou sua inutilidade prática diante da comum dificuldade de aplicação de medidas mais adequadas aos ditames constitucionais no cenário judicial.

Ademais, a própria definição de contraditório precisa ser estudada atentamente, posto que “[...] não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado”³⁵. Portanto, além de falarem, as partes do processo, especialmente aquele que sofrerá o gravame, devem ser ouvidas, de modo a efetivar a participação democrática e o confronto de argumentos.

Continuando a análise das inovações apresentadas pela Lei nº 12.403/2011, percebe-se a fundamental melhor definição da prisão em flagrante. Embora ainda na redação anterior do parágrafo único do art. 310 tal posição já fosse questionável, ela era tida por muitos³⁶ como medida cautelar, podendo, desse modo, sustentar, por si só, segregações claramente injustificadas. A partir da análise do novel art. 310, positivado em conformidade com a Resolução nº 66

ser concedido, no mínimo, um prazo razoável para a defesa manifestar-se e produzir provas, ainda que de modo escrito (LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16).

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. Medidas cautelares. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 19, n. 224, p. 6, jul. 2011.

³⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático*. Crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 76.

³⁶ Por todos: NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 54; LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 73-75.

do Conselho Nacional de Justiça, tem-se claramente a precariedade de tal ato, visto que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá adotar um dos três posicionamentos ali previstos, de modo algum podendo manter o acusado preso com uma mera homologação. Conforme Aury Lopes Jr.:

Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante.³⁷

Neste sentido, complementa Rogerio Cruz:

Não cuidaremos da prisão em flagrante, porque passa ela a, nitidamente, ter o caráter de pré-cautela, necessária apenas para fazer cessar a atividade criminosa, impedir a fuga do seu autor e preservar a prova para futura avaliação das partes e do juiz natural da causa. A nova disciplina normativa introduzida pela Lei no 12.403/2011 deixa claro, entre outras ilações que de sua leitura podem extrair-se, que a prisão em flagrante possui duração efêmera [...].³⁸

Desse modo, o acusado poderá permanecer preso em decorrência do flagrante por somente vinte e quatro horas. Dentro deste lapso temporal, o juiz deverá receber e analisar o auto de prisão e decidir, conforme o art. 310, entre (a) relaxamento da prisão ilegal, examinando seu aspecto formal e a adequação aos requisitos do art. 302 do Código de Processo Penal; (b) conversão em preventiva, fundamentadamente e analisando o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*; (c) decretação de outra medida cautelar alternativa, mas também atentando para o requisito e fundamento anteriores; ou (d) concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Questão que surge, especialmente entre leigos em matéria processual penal, é o porquê da necessidade de um longo processo nos casos de flagrante cometimento do delito por parte do acusado. Primeiramente, devemos atentar para as espécies de tal prisão no ordenamento brasileiro. Conforme o art. 302

³⁷ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 30.

³⁸ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 185.

do Código de Processo Penal, existem, de modo simplificado, quatro situações de flagrância: 1) durante o cometimento do delito; 2) justo após a consumação deste; 3) perseguição do réu logo após o ato; e 4) captura, logo depois, com itens que façam presumir ser o autor do fato. Além das diversas críticas³⁹ a tais dispositivos, especialmente em relação às duas últimas possibilidades, percebe-se que, em muitos casos, embora haja formalmente o flagrante, ele é de extrema fragilidade, sendo dever do juiz questionar qualquer conclusão a partir dele formada. Posteriormente, deve-se ter em mente que tal evidência não constitui a verdade por si só, devendo ser submetida ao contraditório durante um processo constituído, posto que, segundo Aury Lopes Jr.:

A questão nuclear é que a verdade deve ser construída, não se construindo apenas pela evidência. Deve desprender-se da evidência, relativizando-a e submetendo-a a certas exigências. A verdade exige certos critérios e a própria racionalidade critica a evidência pelo inerente caráter alucinatório e as projeções imaginárias que são vividas na atualidade do conhecer. [...] Logo, o processo é um instrumento de correção do caráter alucinatório da evidência.⁴⁰

Por fim, comentários e críticas devem ser tecidos acerca do ressurgimento da fiança, sem o intuito de exaurir tal complexo instituto. Tendo sido essencialmente inutilizada com a reforma processual de 1977, tal categoria foi completamente reformulada pela Lei nº 12.403/2011, o que pode possibilitar o aumento da frequência de sua aplicação na prática processual penal atual.

Sabe-se que, em um Estado Democrático de Direito, a regra deve ser a ausência de restrição à liberdade do acusado durante o desenvolvimento do processo. Portanto, pode ser caracterizado um direito à liberdade provisória, visto que, segundo Rogério Tucci:

[...] excetuadas as hipóteses de transgressão ou de prática de infração de natureza militar, prescritas na legislação em vigor: a) o indivíduo somente poderá ser preso quando estiver cometendo crime ou contravenção, ou em decorrência de ordem escrita e devidamente

³⁹ Ver: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 34-39.

⁴⁰ Idem, p. 59.

motivada da autoridade judicial competente; e, b) ainda assim, só será, efetivamente, levado à prisão, ou nela mantido, quando não tiver direito à liberdade provisória, com ou sem prestação de fiança.⁴¹

Excetuando-se os crimes legalmente tidos como inafiançáveis⁴² e de menor potencial ofensivo, todos os demais delitos, sem limitação pela pena abstrata, são passíveis de fiança⁴³. Deste modo, seu valor pode ser fixado pelo delegado ou pelo juiz, dependendo da gravidade do suposto crime, conforme a nova redação do art. 322 do Código de Processo Penal, e dentro das balizas do art. 325 desse mesmo diploma legal. A partir desta nova configuração, a fiança passa a ter aplicabilidade em dois momentos distintos: quando da concessão da liberdade provisória (art. 310, III, do CPP) ou como medida cautelar diversa (art. 319, VIII, do CPP).

Este instituto, portanto, pode exercer diversas funções no processo penal, sendo de extrema utilidade no objetivo descarcerizador da Lei nº 12.403/2011, embora tal tarefa deva ser analisada criticamente. Acerca dos escopos da fiança, Rogerio Cruz aponta que:

Normalmente a fiança tem por objetivo principal assegurar o comparecimento do afiado aos atos do processo, sob a premissa que terá todo o interesse em não descumprir tal obrigação para não perder metade do valor depositado (art. 343 do CPP). No entanto, como também se incluem entre as causas de quebramento da fiança a prática de nova infração penal dolosa (inciso V do art. 341) e a não apresentação do condenado para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta – a implicar perda total da fiança (art. 344) – pode-se afirmar que a fiança não visa

⁴¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 263-264.

⁴² Sobre a possibilidade de liberdade provisória em crimes inafiançáveis: “Evidencia-se que não existe prisão cautelar-obrigatória e que o flagrante ‘não prende por si só’, como já explicado, de modo que, mesmo sendo o crime hediondo ou qualquer outro ‘inafiançável’, poderá o juiz conceder liberdade provisória, sem fiança, e mediante a imposição de uma ou mais medidas cautelares diversas, conforme o caso” (LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 156).

⁴³ Deve-se atentar para as restrições previstas nos arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal.

apenas assegurar o comparecimento a atos do processo e evitar a obstrução de seu andamento, mas também objetiva assegurar a aplicação da lei penal e evitar a prática de novos crimes.⁴⁴

Além da crítica em relação à utilização indiscriminada das medidas cautelares diversas, incluindo a fiança, fato que causa receio é a possibilidade de excessiva monetarização do sistema criminal e de fixação de valores exorbitantes, com o fim de certamente manter o réu preso. Por óbvio, quem mais tem a perder com tal abuso são as maiores vítimas do sistema penal, selecionadas pelo mecanismo punitivo: os acusados com menos condições financeiras. Neste sentido, é instigante a crítica ao modelo dos Estados Unidos apontada por Rogerio Cruz:

O grave problema do sistema criminal norte-americano, nesse particular, é que os juízes, muito embora tenham, em geral, critérios objetivos para a fixação do *quantum* da fiança, arbitram valores exorbitantes quando não desejam colocar em liberdade o acusado, sendo raras, a propósito, as hipóteses em que se permite a liberdade provisória sem o pagamento de fiança (*release on own recognizance*).⁴⁵

III - QUESTIONAMENTOS E CRÍTICAS AINDA PERTINENTES. A NECESSIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE LIMITES (PRAZOS E REVISÃO PERIÓDICA). OS REFLEXOS DOS RANÇOS INQUISITIVOS (JUIZ ATUANTE E ORDEM PÚBLICA)

Embora existam interessantes e esperançosas perspectivas em relação à maioria das inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, ainda persistem pontos inalterados que carecem de profunda atenção. Tais assuntos são normalmente deixados em segundo plano pela doutrina majoritária, diante da comum reprodução “manualística” de conceitos, mas que, na verdade, são de extrema importância na busca de um processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito. Inicialmente, devemos atentar para a questão temporal das medidas cautelares, em especial da prisão, as quais devem ser sempre exceção no transcorrer do processo penal. Deste modo, são necessários limites claros, prazos

⁴⁴ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 169.

⁴⁵ Idem, p. 75-76.

máximos de duração e revisões periódicas da decisão justificadora do gravame. Tais pontos, infelizmente, não foram abordados nesta reforma legislativa.

Um dos princípios fundantes das medidas cautelares no processo penal é o da provisoriedade, ou seja, elas devem ser sempre temporárias, de breve duração, posto que a regra é a liberdade do réu, em prol da presunção de inocência. É neste ponto que se encontra um dos maiores dramas do tema aqui estudado: a existência de prisões cautelares por tempo indeterminado, o que possibilita casos de segregação por três, quatro ou até cinco anos, sem a sentença condenatória definitiva. Embora haja limite temporal para a modalidade de prisão temporária⁴⁶, a grande maioria dos cárceres provisórios são por tempo indefinido, posto que a prisão preventiva, regida pelo Código de Processo Penal, não prevê qualquer prazo máximo. Assim também posiciona-se Aury Lopes Jr.:

Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão, Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.⁴⁷

Ao adentrarmos em tal tema, essencial traçar breves comentários sobre a duração razoável do processo⁴⁸, especialmente em âmbito criminal. Embora constitucionalmente previsto a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tal garantia ainda carece de maior atenção por parte da doutrina e da jurisprudência majoritárias, visto que são comuns os julgamentos penais que perduram por longos anos. Tal situação é ainda mais agravada com a decretação de uma prisão cautelar, muitas vezes injustificada e abusiva. Rogério Cruz é preciso ao vincular o ditame constitucional supracitado com a segregação provisória, concluindo por um direito à duração razoável da prisão, visto que “[...] todos – e aqui a garantia não se limita apenas ao indivíduo acusado – têm o

⁴⁶ Segundo a Lei nº 7.960/1989, em regra, até cinco dias, prorrogáveis por igual período; ou, em casos de crimes hediondos ou equiparados, 30 dias, também prorrogáveis (Lei nº 8.072/1990).

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

⁴⁸ Sobre isso ver: BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

direito de que o processo se decida em prazo razoável e também o direito de não serem mantidos presos por prazo irrazoável”⁴⁹.

Como já dito anteriormente, a Lei nº 12.403/2011 enfrentou longo processo legislativo, o que acabou por afastar parte das importantes evoluções previstas inicialmente no PL 4.208/2001. Uma destas foi a previsão de duração máxima da prisão preventiva, posto que o art. 315-A de tal projeto era assim redigido: “A prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”⁵⁰.

Diante da ausência de limites legalmente previstos, parte da jurisprudência tentou traçar balizas, seja a partir do prazo para cada ato específico (como, por exemplo, os cinco dias dados, em regra, para a proposição da denúncia contra acusado preso) ou pela soma dos atos do procedimento (81 dias para a sentença em um procedimento ordinário)⁵¹, a ausência de sanções concretas ao descumprimento acarreta a ineficácia de tais pretensões. Desse modo, Aury Lopes Jr. conclui que “são marcos que podem ser utilizados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva. Contudo, são prazos sem sanção, logo, com grande risco de ineficácia”⁵².

As consequências do prolongamento indeterminado de uma prisão cautelar injusta são irremediáveis e causadoras de grave prejuízo ao acusado, pois, segundo Miguel Wedy:

O traço mais cruel da inobservância do princípio da provisoriedade é a terrível relação existente entre o tempo e a prisão cautelar. Quanto mais tempo o sujeito passivo da prisão padece no cárcere, mais estigmatizado fica e maior é a influência desse estigma na psique do julgador. A prisão adquire, pela perpetuação, um caráter de pena antecipada, atuando de forma a aniquilar, na consciência do magistrado, a presunção de inocência.⁵³

⁴⁹ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Op. cit., p. 105. Ver também: BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 152.

⁵⁰ Parece andar bem o projeto de reforma integral do CPP, PLS 156/2009, que prevê uma subseção exclusivamente destinada a normatizar os prazos máximos da prisão preventiva (arts. 558 e seguintes).

⁵¹ Ver: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19-20; LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 126-127.

⁵² LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

⁵³ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102.

Também com isso relaciona-se o princípio da provisionalidade, que ressalta a característica situacional das medidas cautelares, visto que estas tutelam uma situação de fato. Deve ser sempre considerado que “[...] desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão”, visto que “é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão”⁵⁴. Assim, mostram-se bem redigidos os novos §§ 4º e 5º do art. 282 do Código de Processo Penal:

§ 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 cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 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.

Portanto, em caso de desaparecimento ou modificação da situação fática que fundamenta a decretação da medida cautelar, esta deve ser revista e revogada, se ausentes os seus pressupostos. Para a efetivação deste ditame também foi perdida uma chance com a Lei nº 12.403/2011, visto que não se manteve o § 7º do art. 282, o qual previa o reexame obrigatório da prisão preventiva decretada no mínimo a cada sessenta dias, com a finalidade de reavaliar justificadamente se ainda persiste o que a motivou⁵⁵. Conclui-se que nenhuma medida cautelar é definitiva no processo penal, visto que ressalta a sua característica essencial da instrumentalidade em relação ao processo, e é por esse motivo, que, segundo Rogério Cruz:

⁵⁴ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 17.

⁵⁵ Tal previsão, entretanto, aparece no projeto de reforma total do CPP, PLS 156/2009: “Art. 562. Qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar. § 1º O prazo previsto no caput deste artigo é contado do início da execução da prisão ou da data do último reexame. § 2º Se, por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal”.

[...] a decisão que decreta a prisão cautelar é uma decisão tomada *rebus sic stantibus*, pois está sempre sujeita à nova verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quando cessada a causa ou motivo que a justificou, quer para substituição por medida menos gravosa, na hipótese em que seja esta última tão idônea (adequada) para alcançar o mesmo objetivo daquela.⁵⁶

Além desta clara ausência de limites temporais devidamente estipulados, a Lei nº 12.403/2011 manteve aspectos perceptivelmente autoritários nas disposições acerca de medidas cautelares no processo penal brasileiro. Podemos definir tais trações como ranços, resquícios inquisitoriais, os quais ainda se fazem presentes em diversos âmbitos da legislação criminal pátria, mas, especialmente, incrustados na cultura e na postura da maioria dos atores do sistema criminal.

Importante crítica que segue nesta linha é a definição das possibilidades de atuação do magistrado de ofício, sem provocação das partes. Sabe-se que qualquer ato realizado pelo juiz em tal cenário deve ser analisado atentamente, posto que indica uma forte possibilidade de violação do sistema acusatório, constitucionalmente assegurado, de modo a fragilizar a imparcialidade do julgador. Assim elucida Rogerio Cruz, embora defenda a possibilidade do juiz atuar durante a fase processual:

Para quem advoga um processo penal de matriz puramente acusatória, em que a autoridade judiciária não exerça qualquer função coadjuvante na condução do processo e na busca da verdade processual, não há, por coerência, de ser tolerada a possibilidade de decretação de prisão cautelar sem que haja prévio requerimento da parte interessada. Para esse segmento doutrinário, a imparcialidade do magistrado estaria comprometida se pudesse o juiz que conduz a causa, ou mais ainda, o que supervisiona a investigação preliminar, decretar a segregação cautelar do investigado ou acusado, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.⁵⁷

⁵⁶ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 84.

⁵⁷ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 112.

Adotamos a posição descrita em tal trecho, na esteira de Aury Lopes Jr.⁵⁸, pois o ativismo judicial seja na fase investigatória ou processual é frontalmente oposto aos ditames constitucionais do sistema acusatório, da inércia da jurisdição e da imparcialidade do julgador para garantir o devido processo penal. E infelizmente andou mal o legislador em tal matéria alterada pela Lei nº 12.403/2011 no art. 311 do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”⁵⁹. Portanto, está autorizada a atuação de ofício do magistrado na fase processual, embora seja vedada tal postura em momento investigatório. Percebe-se que tal modificação avançou meio caminho em direção à conformidade constitucional, pois, também segundo Guilherme Nucci: “Pensamos que jamais deveria o magistrado decretar de ofício a prisão preventiva. [...] Por isso, a reforma corrigiu parte dessa legitimação judicial, evitando que o magistrado atue, de ofício, na fase policial”⁶⁰.

Posteriormente, quanto ao outro resquício inquisitorial mantido pela Lei nº 12.403/2011, iniciemos a análise com o seguinte apontamento de Aury Lopes Jr.:

Primeiro ponto a ser sublinhado: a Lei nº 12.403/2011 não evoluiu em nada. E mais, representou, inclusive, um retrocesso à luz do Projeto de Lei nº 4.208/2001 originariamente apresentando (cuja redação era muito melhor e abandonava as categorias de “ordem pública” e “ordem econômica”).⁶¹

⁵⁸ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18 e 64.

⁵⁹ Cabe dizer que neste diapasão também segue o Projeto de Reforma Total do CPP (PLS 156/2009): “Art. 525. No curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro”. Sobre isso ver: SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal - PLS 156/2009*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 247-270.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 62.

⁶¹ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18 e 64.

Percebe-se, portanto, que a reforma processual parcial⁶² em nada modificou os possíveis fundamentos da prisão preventiva, ou seja, persistem as mesmas correntes jurisprudenciais e debates doutrinários anteriores. Desse modo, essencial é uma análise das suas quatro possíveis justificativas: conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, garantia da ordem pública e da ordem econômica.

Iniciemos com as duas primeiras possibilidades, chamadas de “endoprocessuais” por André Giamberardino, por serem ligadas a exigências instrutórias e “se destinarem à tutela do processo perante uma situação de perigo ao seu ‘normal desenvolvimento’”⁶³. Ambas são normalmente aceitas, inclusive pela doutrina crítica, como legitimadas para fundamentar a prisão processual por apresentarem caráter eminentemente instrumental ao processo, embora ainda assim careçam de melhor análise por grande parte dos juristas, posto que, de qualquer modo, deve haver prova razoável e concreta do alegado *periculum libertatis*.

A primeira, conveniência da instrução criminal, é vista como meio para proteger a tutela da prova no processo penal, ou seja, seria cabível a prisão preventiva quando “o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documento ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos”⁶⁴, também o juiz ou o promotor do feito. Entretanto, por aqui não podem ser justificadas detenções para forçar o acusado a ser interrogado ou participar de ato probatório, já que em tais situações o sujeito passivo está autorizado a

⁶² Em caminho diferente está seguindo o projeto de reforma total do CPP (PLS 156/2009), especialmente após as alterações trazidas pelo acolhimento parcial da Emenda nº 9 de autoria do Senador Demóstenes Torres (sem partido-GO), a qual introduziu, além dos fundamentos atuais, as possibilidades de prisão preventiva “em face da extrema gravidade do fato” e “diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor” (art. 556). Tais inovações, se introduzidas no ordenamento pátrio, causarão um imenso retrocesso em matéria de prisões cautelares ao positivar argumentos utilizados atualmente na especificação do fundamento “garantia da ordem pública”, os quais são fortemente criticados a partir dos ditames constitucionais em busca de um processo penal democrático.

⁶³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Fundamentos teóricos das novas hipóteses de prisão preventiva: análise da Emenda nº 9 ao substitutivo do PLS 156. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2011. p. 121.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

se abster. Sobre esta justificante da prisão cautelar interessante é a crítica de Alberto Binder:

O impedimento à investigação não pode ser um fundamento para o encarceramento de uma pessoa, porque o Estado conta com inúmeros meios de evitar a ação do acusado. Além disso, é difícil acreditar que o acusado possa produzir mais danos à investigação do que o Estado pode impedir com todo o seu aparato [...].⁶⁵

A segunda, assegurar a aplicação da lei penal, é “a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada”⁶⁶. Este parece ser o fundamento mais aceito doutrinariamente, mas não escapa da crítica de André Giamberardino, ao passo que estaria “consubstanciado em um conjunto de presunções: que a imputação é verdadeira, que haverá uma punição pelo fato imputado e, enfim, que deverá ocorrer a fuga do acusado”⁶⁷. A nosso ver, para que seja reduzida a fragilidade de tal juízo, é essencial que atente-se para o requisito do *fumus commissi delicti*, além de que esteja fundado em circunstâncias concretas o risco de fuga do acusado, nunca em meras presunções, gravidade do delito ou pela situação social do réu.

Passemos, então, para pontos mais tormentosos desta matéria: a prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica. Em relação à primeira, Guilherme Nucci sustenta que:

A garantia de ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como

⁶⁵ BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 150. Neste sentido, pregando a desnecessidade da medida extrema da prisão em tais circunstâncias: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 96.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

⁶⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Fundamentos teóricos das novas hipóteses de prisão preventiva: análise da Emenda no 9 ao substitutivo do PLS 156. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2011. p. 124. Também aqui pode-se visualizar uma alternava, qual seja, a utilização de medidas assecuratórias para trancar o patrimônio do réu que concretamente demonstre risco de fuga: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 98.

gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa.⁶⁸

Muitos são os determinantes apontados para caracterizar tal fundamento, tais como clamor público, abalo social, comoção na comunidade, gravidade e brutalidade do delito, risco de reiteração delitiva, credibilidade das instituições da justiça ou até proteção do próprio acusado. Desse modo, Lopes Jr. elucida que, “por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”⁶⁹.

Nesta mesma esteira vai a “garantia da ordem econômica”, a qual foi introduzida ao Código de Processo Penal pela Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste). O mesmo autor citado sustenta sua finalidade como a de “tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores”⁷⁰. Esta previsão carece de melhor técnica, visto que as sanções à pessoa jurídica e o direito administrativo sancionador seriam de maior efetividade em questões financeiras.

Aqui devemos retomar a principal característica das medidas cautelares no processo penal, baliza de constitucionalidade: a instrumentalidade. Sabe-se que elas não devem visar a realizar justiça, mas sim proteger o seu funcionamento a partir da garantia da instrução do respectivo processo. Assim, percebe-se que as prisões provisórias decretadas com fundamento nos dois conceitos supradefinidos em nada são cautelares, posto que assumem essencialmente caráter de pena antecipada, mirando fins de prevenção geral e especial, ou até retribuição, sendo, portanto, substancialmente inconstitucionais. Acerca do principal argumento utilizado, qual seja, coibir a reiteração criminosa, marcante é a crítica de Sylvio Silveira Filho:

O certo é que quando se prende provisoriamente alguém diante do argumento da possível reiteração em práticas

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 63-64.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 70.

⁷⁰ Idem, p. 71.

delitivas (risco de reincidência), está a se atender uma função de segurança pública do Estado – cuja atribuição orgânica encontra-se estritamente delimitada no art. 144 da CR e, portanto, não pertence ao Poder Judiciário [...] constituindo-se em medida com contornos de pena antecipada ou medida de segurança.⁷¹

Acerca da análise dos fundamentos das prisões provisórias destacada monografia é a de Fernanda Vasconcellos, intitulada “A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico”. Neste estudo criminológico, a autora realizou pesquisa entre acórdãos das câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apresentando importante descrição sobre as tensões no campo jurídico, cercado de disputas simbólicas, ressaltadas pelas diferentes formas de julgar baseadas em princípios garantidores ou demandas punitivistas⁷². A descrição sobre os fundamentos da prisão preventiva é marcante, ao passo que se percebe a predominância da crença em um combate à criminalidade a partir da utilização de prisões cautelares como antecipação de pena:

A presença de argumentos como garantia da manutenção da ordem pública pelo clamor social, para a tranquilidade social e para a credibilidade da justiça são aqui interpretadas como uma interpretação extensiva dos requisitos legais para a determinação da prisão preventiva, buscando conferir legitimidade social ao Poder Judiciário. Estas justificativas, ao mesmo tempo em que demonstram a abertura cognitiva do subsistema jurídico da qual Luhmann se referia, demonstram que o *habitus* da cultura dominante, que foi internalizado pelos operadores do direito, condiciona o julgamento por eles realizado.⁷³

⁷¹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 266.

⁷² “[...] as decisões judiciais tomadas em segunda instância no TJ/RS variam de acordo com as concepções jurídicas e de política criminal dos desembargadores, polarizadas por elementos ligados a uma concepção garantista até outra de defesa social.” (VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 216)

⁷³ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. Op. cit., p. 207-208.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a Lei nº 12.403/2011 surgiu em um contexto atormentante e provocou importantes alterações que podem contribuir para o delineamento de um processo penal democrático no Brasil. Entretanto, importante ressaltar que o sistema de medidas cautelares diversas deve ser analisado de modo crítico, pois, em caso de intensa utilização indevida e sem legitimação adequada, tais inovações podem acarretar a expansão do controle penal. Ou seja, o objetivo da Lei nº 12.403/2011, reduzir e racionalizar o regime das prisões provisórias no processo penal brasileira, pode acabar distorcido.

Resta claro que há clara intenção descarcerizadora, a qual, todavia, não deve impedir uma análise crítica das inovações e de seus reflexos na postura dos personagens do processo penal, pautada pelos aportes criminológicos e visando à conformidade constitucional de um processo penal democrático. Deste modo, surge a questão: Em que medida a nova sistemática introduzida é suficiente para superar a cultura punitivista cristalizada na prática jurídico-penal brasileira?

Assim, para que a introdução de medidas cautelares diversas no ordenamento tenha como consequência a redução do alarmante número de prisões cautelares, em frontal violação ao princípio da presunção de inocência, resta clara a necessidade de atenção aos fundamentos para a sua decretação, ou seja, qualquer restrição a direitos do acusado antes de uma condenação definitiva precisa ser fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* (conforme a regra geral do art. 282 e as previsões específicas do art. 319 do Código de Processo Penal)⁷⁴.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 229, p. 14-16, dez. 2011.
- AROCA, Juan Montero. *Proceso Penal y Libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thomson Civitas, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, t. I, 2008.
- BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCrim, 2007.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas CAUTELARES NO PROCESSO PENAL*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei nº 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

_____. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*. Comentários à Lei nº 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 7-9, abr./jun. 2009.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 1, p. 26-51, 2001.

_____. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro Ciências Criminais*, ano 19, n. 223, p. 4, jun. 2011.

_____; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar*. Dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei nº 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

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

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2010.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. II, 2010.

_____. *Introdução crítica ao processo penal*. Fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático*. Crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. As reformas processuais penais introduzida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal*. Lei no 12.403, de 5 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

UM OÁSIS no deserto punitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 223, p. 1, jun. 2011.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.