

# Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere

**Nereu José Giacomolli**

*Monografias Jurídicas*

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

PRISÃO, LIBERDADE  
E AS CAUTELARES ALTERNATIVAS  
AO CÁRCERE

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

*Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*

Nereu José Giacomolli

*Capa*

Nacho Pons

*Preparação e revisão*

Ida Gouveia

*Editoração eletrônica*

Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil**

---

Giacomolli, Nereu José

Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere / Nereu José Giacomolli. – São Paulo : Marcial Pons, 2013.

Bibliografia

ISBN 978-85-66722-01-7

1. Liberdade provisória 2. Medidas cautelares 3. Prisão em flagrante - Brasil 4. Prisão preventiva - Brasil 5. Processo penal 6. Processo penal - Brasil I. Título.

13-02399

CDU-343.126.81

**Índices para catálogo sistemático:** 1. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere : Direito processual penal 343.126.81

© Nereu José Giacomolli

© MARCIAL PONS  
EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64/5, Torre Sul  
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ (11) 3192.3733

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil [07-2013]

## SUMÁRIO

PREFÁCIO .....	9
APRESENTAÇÃO .....	11
CAPÍTULO I	
PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES .....	13
1. Reserva jurisdicional .....	13
2. Fundamentação da decisão .....	15
3. Presunção de inocência.....	18
4. Reserva legal.....	24
5. Contraditório.....	29
6. Provisionalidade ou situacionalidade .....	32
7. Duração razoável da medida cautelar: provisoriedade .....	33
8. Proporcionalidade.....	37
9. A prisão como <i>extrema ratio</i> .....	40
CAPÍTULO II	
PRISÃO EM FLAGRANTE E LIBERDADE PROVISÓRIA .....	45
1. Considerações iniciais .....	45
2. Funcionalidade pré-cautelar .....	46
3. Situações de flagrância: « <i>espécies</i> » .....	47
4. Particularidades .....	49
4.1 Crimes permanentes e habituais .....	49
4.2 Código de Trânsito.....	50

4.3	Infrações de menor potencial ofensivo .....	50
4.4	Lei Antitóxicos .....	51
4.5	Imunidades .....	52
5.	Falsos flagrantes: «forjado» e «provocado».....	53
6.	Situações <i>sui generis</i> : vigilância e acompanhamento.....	54
7.	Formalidades e garantias constitucionais .....	55
8.	Opções da autoridade policial diante do flagrante.....	57
9.	Opções do juiz diante da prisão em flagrante .....	58
10.	Relaxamento da prisão em flagrante.....	61
11.	Liberdade provisória e fiança .....	61
11.1	Considerações iniciais .....	61
11.2	Liberdade provisória sem fiança.....	63
11.3	Liberdade provisória mediante fiança .....	64
11.3.1	Funcionalidade .....	64
11.3.2	Arbitramento e incidentes na fiança.....	65
<b>CAPÍTULO III</b>		
PRISÃO	PREVENTIVA .....	67
1.	Considerações iniciais .....	67
2.	Pressupostos.....	67
2.1	Prática de crime doloso.....	68
2.2	Cominação de prisão máxima superior a quatro anos .....	68
2.3	Ausência de cominação de multa.....	70
2.4	Afastamento da liberdade provisória (pressuposto negativo)...	71
2.5	Insuficiência das medidas cautelares menos gravosas .....	72
3.	Requisitos .....	72
3.1	<i>Fumus commissi delicti</i> .....	73
3.1.1	Existência de um fato típico, ilícito e culpável .....	73
3.1.2	Indícios suficientes da autoria .....	73
3.2	<i>Periculum libertatis</i> .....	74
3.2.1	Garantia da ordem pública .....	75

3.2.2	Garantia da ordem econômica.....	78
3.2.3	Conveniência da instrução criminal.....	79
3.2.4	Assegurar a aplicação da lei penal.....	80
4.	Legitimidade postulatória e decreto <i>ex officio</i> .....	81
5.	Momentos da decretação da prisão preventiva.....	82
5.1	Antes da sentença penal.....	83
5.2	Ao ser pronunciado o réu.....	83
3.3	Condenação do réu e recurso em liberdade.....	83
6.	Situações especiais.....	85
6.1	Descumprimento de medida cautelar alternativa.....	85
6.2	Reincidência.....	86
6.3	Dúvida sobre a identidade civil.....	86
6.4	Lei Maria da Penha.....	88
6.5	Lei Antidrogas e Crimes Hediondos.....	90
7.	Tempo da prisão preventiva e revisão periódica.....	92
8.	Prisão domiciliar.....	93
9.	Relaxamento e revogação da prisão preventiva.....	95
10.	A lógica civilista e inquisitorial.....	96

#### CAPÍTULO IV

CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE.....	99
1. Considerações iniciais.....	99
2. Natureza jurídica e objetivos.....	101
3. Pressupostos e requisitos.....	102
4. Espécies e adequação.....	104
4.1 Comparecimento periódico em juízo.....	105
4.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	106
4.3 Vedação de manter contato com determinada pessoa.....	106
4.4 Permanência na Comarca.....	107
4.5 Recolhimento domiciliar.....	107
4.6 Suspensão do exercício da função pública ou de atividade.....	108

4.7 Internação provisória .....	110
4.8 Fiança.....	111
4.9 Monitoramento eletrônico.....	112
5. Duração da cautelar .....	113
6. Descumprimento da cautelar .....	115
7. Revogação, substituição e cumulatividade das medidas .....	116
8. Críticas.....	116
CAPÍTULO V	
REMÉDIOS JURÍDICOS IMPUGNATIVOS .....	119
CAPÍTULO VI	
PARTICULARIDADES.....	123
1. Uso de algemas .....	123
2. Formalidades do mandado de prisão e seu cumprimento.....	124
3. Prisão especial, em quartéis e separação de presos .....	126
4. A insubsistência da prisão temporária .....	128
5. Detração.....	131
BIBLIOGRAFIA .....	133
ÍNDICE ANALÍTICO .....	137
ÍNDICE DE ARTIGOS DE LEI CITADOS .....	141
ÍNDICE DE LEIS CITADAS.....	145
ANEXO (LEI 12.403/2011).....	147

## PREFÁCIO

O Professor e Desembargador Nereu José Giacomolli nos brinda com mais uma obra, analisando e interpretando a nova Lei 12.403/2011, que, alterando o Código de Processo Penal, instituiu profundas modificações no tocante à prisão processual e à liberdade provisória, além de outras medidas cautelares criminais. As modificações legislativas eram necessárias na busca da solução de um grave problema brasileiro, pois a situação dos presos provisórios nos nossos presídios tornou-se calamitosa, na medida em que dois terços dos detentos estão com sua liberdade coarctada sem uma sentença definitiva.

Com efeito, a Lei 12.403/2011, estatuinto um novo rol de medidas cautelares criminais, aportou grandes modificações no panorama geral da prisão que, até então, vinculava o julgador a limites incompatíveis com o atual direito adjetivo, pois, apresentavam-se apenas como alternativas ao juízo penal a prisão preventiva ou a liberdade provisória, com comparecimento aos atos processuais

O novo diploma legal ampliou o arsenal de medidas cautelares, estatuinto nove diretivas, diversas da prisão e como alternatividade a esta. Tornou a prisão preventiva medida excepcional e subsidiária, cedendo passo às novas cautelares; pontificou que as prisões cautelares só consistirão em preventiva, arts. 312 e 313 do CPP e temporária da Lei 7.960/1989; ordenou a separação dos presos provisórios dos condenados definitivos; afastou a cautelaridade da prisão em flagrante, que se transmuda em preventiva, cautelar ou liberdade provisória; assinalou que o descumprimento de medidas cautelares pode gerar prisão preventiva; estatuiu que a preventiva, sendo o réu primário, não poderá ser decretada para delito com pena igual ou inferior a 4 anos; inovou quanto à prisão domiciliar; previu que a liberdade provisória pode ser acoplada a medidas cautelares; ampliou a fiança, com hipóteses de vedação; criou um banco de dados de mandados de prisão, a cargo do CNJ.

No presente livro o festejado autor traça um panorama altamente didático acerca da nova normatização, explicitando, de forma clara, lógica



e sequencial, toda a modificação operada, fazendo, inclusive, um confronto, com os cânones vigentes até então.

Um dos aspectos salientes da obra, é a visualização do autor, quanto à necessidade de fundamentação das decisões, erigida em dogma constitucional: «fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento, em determinado sentido. Não é suficiente uma mera declaração de conhecimento acerca do conteúdo dos autos, e nem uma simples emissão volitiva, mas a demonstração argumentativa (*ratio dicendi*) dos pressupostos fáticos e jurídicos da prisão. A fundamentação permite o controle interno da decisão».

Com efeito, nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o que, em grande escala, tem dado margem a reforma nas decisões judiciais, é justamente a ausência de correta e adequada fundamentação, presente, não raras vezes, apenas uma fundamentação genérica, com as palavras da lei, não se indicando, de que modo, concretamente, a liberdade de um paciente coloca em risco a ordem pública, ou qual a necessidade de sua prisão.

A exposição do autor segue uma sistemática progressiva, abordando com maestria os princípios aplicáveis às medidas cautelares, passando por análise aprofundada da prisão em flagrante, liberdade provisória, prisão preventiva, cautelares alternativas e culminando por discorrer sobre os remédios jurídicos impugnativos.

A narrativa é fluente, objetiva, prática, recheada com observações e comentários pertinentes, oriundos de quem milita habitualmente em processos criminais, quer como magistrado, quer como docente, mesclando teoria e prática, o que lhe permite traçar os aspectos mais relevantes do arcabouço jurídico processual em sua experiência concreta.

O sistema penitenciário brasileiro defronta-se com uma nova realidade em que o *status libertatis* vem erigido a um patamar, onde anteriormente nunca esteve. As prisões estão abarrotadas. O cárcere é criminógeno. A nova legislação busca compatibilizar a liberdade do cidadão com o encarceramento. O livro é de inestimável valia para todos os que lidam com o Direito, onde se inscrevem Magistrados, membros do Ministério Público, Procuradores, Advogados, Defensores, Delegados, Professores, acadêmicos e líderes em geral do Direito. Está de parabéns o mundo jurídico com a contribuição do eminente mestre e magistrado Nereu Giacomolli.

Pela importância e atualidade de seu conteúdo e por seu caráter pioneiro, a publicação se torna imprescindível no trato do Direito Penal e Processual Penal.

Brasília, final de 2011.

Ministros PAULO DE TARSO SANSEVERINO e VASCO DELLA GIUSTINA

## APRESENTAÇÃO

Liberdade e prisão. Prisão e liberdade. Aguardando o julgamento do recurso no cárcere. Limitação da liberdade através de outras medidas cautelares. Coerção antes da declaração definitiva de que o sujeito é culpado. Exigências processuais de limitação total ou parcial do ir e vir, em razão do comprometimento de interesses vitais da convivência social e da própria liberdade e incolumidade das demais pessoas. Altos índices de encarceramento preventivo, em situações desintegradoras do recluso, em sua totalidade: física, mental, familiar, social. Tudo isso atinge o núcleo essencial do complexo de liberdade física e moral, ou seja, a liberdade pessoal, pressuposto do desenvolvimento da personalidade de cada ser humano.<sup>1</sup>

Direito de o preso saber o motivo de seu encarceramento (motivação), razoabilidade do tempo de duração do processo de réu preso (temporalidade), reexame periódico da justificação da cautelar (provisionalidade), incidência da medida que menos sacrifício cause ao direito fundamental da liberdade (proporcionalidade), respeito da dignidade da pessoa detida, separação dos presos provisórios dos condenados definitivamente, recolhimento ao cárcere como medida de *extrema ratio*, controle dos cárceres pelo Estado, análise dos problemas internos dos cárceres, reconhecimento do abandono cruel e desumano do sistema penitenciário, restabelecimento do direito à vida e à dignidade nas prisões, juiz independente, imparcial e inserido no círculo vital de sua comunidade, alheio aos interesses das partes e de certos setores dominantes da sociedade. Essas são algumas exigências de civilidade e de democracia republicana. Faz-se mister tornar legível essa fratura na evolução democrática e humana. Alguns avanços foram dados, nesse sentido, pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Outros já haviam sido enunciados pelos diplomas

---

<sup>1</sup> Em CHIAVARIO, Mario, 1985: *Problemi attuali della libertà personale, tra «emergenze» e «quotidiano» della giustizia penale*. Milão: Giuffrè, p. 7.

internacionais firmados pelo Brasil, mormente na Convenção Americana dos Direitos do Homem, e na Constituição Federal de 1988. Porém, a nossa cultura jurídica ainda requer leis ordinárias para dar eficácia a regras convencionais e constitucionais.

A nossa estrutura processual, entretanto, é da década de quarenta, e os atores jurídicos, nutridos por essas fontes, transpiram o processo que vemos na *law in action*. A existência de aproximadamente meio milhão de presos no Brasil e, destes, mais de uma centena sem condenação, é apenas uma demonstração da compreensão (ou ausência de compreensão) da realidade. Como já advertia Chiavario, não existe somente a Constituição; também existem leis ordinárias e algumas remontam ao período fascista, mas também existe uma práxis aplicativa.<sup>2</sup> As reformas parciais de 2008 (provas, procedimentos, júri, e seus reflexos na sentença penal, na prisão e liberdade para recorrer da pronúncia e da sentença condenatória, dentre outros) e a Lei 12.403/2011 abriram alguns sulcos no sistema. Todavia estão longe de inverter a lógica inquisitorial que permeia as regras processuais e a práxis forense, salpicadas por leis de emergência. Por outro lado, a perspectiva de reforma global do Código de Processo Penal, aprovada no Senado da República, mas com trâmite imprevisível na Câmara dos Deputados, é incerta, além de não se constituir em panaceia para sanar todos os males.

A busca do difícil equilíbrio entre as exigências de eficiência e as de garantia, por outro lado, as quais permeiam as medidas cautelares, é um dos objetivos desta investigação.

A presente obra parte de uma ancoragem constitucional e convencional dos princípios aplicáveis às medidas cautelares, mormente à prisão preventiva. Após abordar a prisão em flagrante e a liberdade provisória, o trabalho enfrenta o tema da prisão preventiva, com todas as suas especificidades, para, então, analisar as medidas cautelares alternativas ao cárcere.

Porto Alegre, verão de 2012.

---

<sup>2</sup> Em CHIAVARIO, Mario, 1985: 11.

# CAPÍTULO I

## PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES

### 1. RESERVA JURISDICIONAL

A prisão no Brasil somente terá aderência constitucional quando resultar de flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judicial competente. É o que se infere do art. 5.º, LXI, da Constituição Federal, o qual também excepciona, dessa normativa, os casos de transgressão militar e os crimes militares definidos na legislação (não mais se admite a prisão «*para averiguações*»). A nova lei, em seu art. 282, § 2.º, se estrutura na perspectiva constitucional, ao preconizar que as medidas cautelares serão decretadas por um Juiz. A prisão pode decorrer do flagrante, mas este não possui potencialidade suficiente para manter a prisão, depois de cumprida a sua finalidade. Portanto, a prisão em flagrante poderá deter, prender, mas não manter o sujeito preso além das vinte e quatro horas (art. 306, parágrafo único, do CPP). Sua potencialidade eficaz é limitada e restrita. Por isso, se faz necessária a intervenção judicial, não só para controlar a legalidade do flagrante, do auto de prisão em flagrante, mas também para preservar os direitos fundamentais do flagrado, mormente o de ir e vir. Trata-se de uma medida pré-cautelar, antecedente não necessário da prisão preventiva. Portanto, a intervenção judicial, na hipótese do flagrante, direciona-se ao controle da legalidade da prisão e também dos direitos fundamentais do flagrado. Por isso, ao magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, se apresenta uma série de atividades jurisdicionais direcionadas à preservação do *status libertatis*, antes de optar pela manutenção da prisão. Assim, o flagrante, por si só, não mantém a pessoa presa legal e constitucionalmente, por mais de vinte e quatro horas.

O próprio art. 283 do CPP alinha o sistema legal ao princípio constitucional da jurisdicionalidade. Qualquer do povo poderá e as autoridades poli-

ciais e seus agentes deverão prender quem se encontre em flagrante delito, mas os efeitos dessa prisão, por carecer de jurisdicionalidade, circunscrevem-se à detenção, não subsistindo sem o controle jurisdicional da constitucionalidade, convencionalidade e legalidade da prisão, bem como da necessidade desta continuar (conversão ou não em prisão preventiva).

Ademais, o art. 283 do CPP também limita a intervenção jurisdicional sobre o direito de liberdade, ao estabelecer que a ordem judicial para prender alguém somente poderá ocorrer nas hipóteses de prisão temporária, prisão preventiva e de sentença penal condenatória transitada em julgado. Não mais se justifica a prisão *ex lege* ou com efeitos automáticos após a prática de determinado delito.

A determinação judicial, diferentemente da ordem de prisão em flagrante (verbal), há de ser por escrito. Essa formalização escritural garante a aderência da prisão aos diplomas internacionais subscritos pelo Brasil (convencionalidade), à Constituição Federal e aos ditames legais.

Além de escrita, a ordem há de ser fundamentada, isto é, justificada na motivação fática e jurídica, devidamente racionalizada, vinculativa do suporte fático ao motivo legal (conveniência da instrução criminal, por exemplo). Nessa modalidade exemplificada, a decisão há de dizer quais os fatos e quais as circunstâncias congruentes com a conveniência da instrução criminal. As expressões padronizadas, desvinculadas do caso e do substrato fático, constantes nos autos, não oferecem uma base fática legítima (convencional, constitucional e legal) à prisão.<sup>1</sup> Ademais, as meras referências à espécie do delito praticado, às consequências típicas deste e ao dispositivo legal, desvirtuam a garantia da fundamentação da prisão.

A autoridade judicial exerce a sua função dentro de certos limites territoriais, segundo as regras da distribuição da competência, determinadas pela Constituição Federal, Código de Processo Penal, legislação específica (Código de Organização Judiciária, por exemplo) e pelos regimentos internos dos Tribunais. Em se tratando de um crime militar, o juízo comum não possui competência para decretar a prisão preventiva ou outras medidas cautelares, pois não é a autoridade competente. Caso tenha sido firmada a prisão preventiva por um magistrado da Justiça Comum Estadual, por exemplo, com processamento na respectiva Justiça, o deslocamento da competência fulminará o *decisum*, em razão da incompetência da autoridade.

---

<sup>1</sup> Na práxis forense se observa a utilização das seguintes expressões: «*zelar pela credibilidade das Instituições*» ou do «*Poder Judiciário*»; «*o crime é grave*»; «*evitar a sensação de impunidade*»; «*insegurança do meio social*» etc.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Dos arts. 5.º, LXI, e 93, IX, da CF infere-se que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Portanto, a falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva ou definitiva, após o trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória, torna defeituosa ou viciada a prisão, cuja consequência é a nulidade da decisão e a soltura do sujeito pela prisão decretada nos respectivos autos. A própria Constituição Federal, em seu inciso X, exige a motivação das decisões administrativas. A restrição da liberdade ocupa uma hierarquia bem superior à restrição de cunho administrativo. Ademais, o próprio legislador ordinário exigiu a motivação da decisão definidora da prisão preventiva (decreto, substituição, denegação) nos termos do art. 315 do CPP.

Fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento, em determinado sentido. Não só a exteriorização escritural e pública do convencimento do magistrado possui relevância constitucional, mas também o grau de aceitabilidade produzido nos agentes envolvidos no caso penal, bem como na comunidade jurídica. Isso possibilita o entendimento do *decisum* pelos sujeitos e pelas partes, propiciando a impugnação adequada e plena. Não é suficiente uma mera declaração de conhecimento acerca do conteúdo dos autos, e nem uma simples emissão volitiva, mas a demonstração argumentativa (*ratio dicendi*) dos pressupostos fáticos e jurídicos da prisão.

A fundamentação permite o controle interno da decisão (material e formal), o qual se dá pela impugnação através dos remédios jurídicos, bem como o controle externo, por meio da possibilidade de os cidadãos fiscalizarem a decisão. Com isso resta diminuído o caráter voluntário e subjetivo da prestação jurisdicional.<sup>2</sup> Os controles legitimam, constitucionalmente, o saber-poder do magistrado,<sup>3</sup> submetendo-o à via impugnativa pré-determinada.

Por motivo se entende a causa ou a condição de uma escolha, a qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana. Todavia, não fornecem uma explicação ou uma justificação. Contudo, o fundamento é a explicação ou a justificação racional da coisa da qual é causa; a razão de ser. O fundamento permite compreender porque determinada decisão

---

<sup>2</sup> V. CANOTILHO, J. J. Gomes, 1998 (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, p. 621), quando enuncia três razões à motivação: controle da administração da justiça; exclusão do caráter voluntário e subjetivo do exercício jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; e a melhor estruturação dos recursos.

<sup>3</sup> Segundo FERRAJOLI, Luigi, 1997 (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, p. 22), a relação entre saber e poder do magistrado, cuja opção constitucional é pela maximização do saber e limitação do poder.

foi ditada num sentido e não em outro; porque o sujeito deve ser preso, permanecer em liberdade ou serem aplicadas outras medidas restritivas, alternativas da custódia processual.

O magistrado, diante de um pedido de prisão processual, há de realizar uma escolha: liberdade plena, outras medidas constritivas previstas em lei ou o encarceramento. Entretanto, essa escolha se desvincula das preferências subjetivas e possui limites convencionais, constitucionais e legais. Pode-se dizer que uma decisão está bem fundamentada quando o seu conteúdo é explicável objetivamente.

Assim, o magistrado fundamenta uma decisão quando justifica, racionalmente, porque procede de certa maneira, porque faz com que a decisão produza este ou aquele efeito (recolher à prisão, conceder a liberdade plena ou limitada por medidas alternativas ao recolhimento ao cárcere). A motivação se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão, nos instrumentos que orientam a explicação da decisão. É o motivo que direciona a ação num sentido ou em outro. Portanto, motivar não é sinônimo de fundamentar. Nas hipóteses da prisão preventiva, a fundamentação, constitucionalmente adequada, se dá com a racionalização dos motivos de fato e de direito.

As mesmas circunstâncias fáticas – motivos – podem embasar duas decisões diferentes, dependendo da compreensão e da justificação racional do juiz. Da mesma forma, a mesma matéria de direito – motivo – poderá levar a duas decisões diferentes. Por isso, a motivação orienta o raciocínio do magistrado, mas a fundamentação depende da exteriorização racional, de sua justificação. A racionalização de um juiz poderá ser diferente da explicação dada por outro decisor, embora os dois utilizem os mesmos substratos de fato e de direito. Porém, é a fundamentação que permite às partes e aos interessados saber o porquê da conclusão num sentido ou em outro; permite desvendar o aspecto positivo (o explicitado) e o negativo (o porquê da conclusão diferente). A dualidade e o oposto são possíveis, motivo por que a decisão comporta impugnação e modificação, via remédios jurídicos impugnativos. Os fragmentos do ocorrido se incorporam ao processo e nele criam outra realidade fática, muito além do original, cuja compreensão difere de sujeito a sujeito. Isso significa que pode ser emitida uma solução oposta a que foi exteriorizada nos autos do processo, mas também justificável, fundamentada, inclusive sobre o mesmo substrato.

Reproduzir tão-somente os termos da lei (prisão para garantir a aplicação da lei penal, por exemplo), transcrever o parecer do Ministério Público ou o relatório da autoridade policial, não é motivar e nem fundamentar a decisão. O substrato fático concretizado nos autos e não o abstrato, posto na tela do ordenamento jurídico, é que fornecerá ao magistrado, no momento de fundamentar

(cria a normatividade ao caso concreto), a motivação constitucionalmente adequada e válida.<sup>4</sup>

A detenção em flagrante não mantém, validamente, a custódia cautelar do sujeito, em face do art. 93, IX, da Constituição Federal, referendados nos arts. 283 e 310 do CPP. Com isso, não estamos afirmando que alguém não pode ser detido em flagrante delito. Sim, pode. Entretanto, a prisão advinda da lavratura do auto de prisão em flagrante tem por suporte uma circunstância fática constatada e consubstanciada pela autoridade administrativa; portanto, necessita de um controle jurisdicional fundamentado. Assim, mesmo quando o auto de prisão em flagrante é homologado, a prisão ainda carece de motivação. Faz-se mister analisar os motivos de fato e de direito (cabimento da prisão preventiva) à sustentação validada da restrição da liberdade ou da aplicação das medidas alternativas ao recolhimento ao cárcere (art. 319 do CPP). Portanto, o magistrado, mesmo homologando o auto de prisão em flagrante, para manter o flagrado preso, validamente, deverá fundamentar a sua decisão; em suma, enunciar os motivos de fato e de direito pelos quais mantém o sujeito preso ou aplica outras medidas cautelares.

A existência do crime e dos indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*), bem como o perigo ou o risco de o indiciado, flagrando ou imputado permanecer solto (*periculum libertatis*), exigem um suporte em motivos de fato, em circunstâncias atuais e concretas, capazes de atender aos requisitos autorizadores. Meras possibilidades afastam os requisitos legais, na medida em que são os fatos concretos que motivam as medidas cautelares.

Assim, a restrição da liberdade, seja pela prisão ou pela aplicação de outras medidas cautelares, encontram adequação constitucional quando tiverem por suporte circunstâncias fáticas congruentes com a motivação jurídica, emergentes dos autos, da situação procedimental ou processual e não de meras suposições ou conjecturas.<sup>5</sup> Nessa mesma perspectiva, a revogação da

---

<sup>4</sup> V. TARELO, Giovanni, 1980 (*L'interpretazione della legge*. Milão: Giuffrè, p. 67 a 75), a respeito do controle social da atividade jurisdicional. Nesse sentido, decidiu o STF, no HC 96.041/SP, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 16.04.2010, ao conceder a liberdade porque a fundamentação da prisão em mera referência ao art. 44 da Lei 11.343/2006, sem justificação em uma das causas constantes no art. 312 do CPP.

<sup>5</sup> V. a decisão do STF (HC 98.821, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.04.2010), quando acentua que «a mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. – A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. – Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal... Sem que se caracterize situação



liberdade provisória, a substituição da medida cautelar imposta ou a adição desta, bem como a substituição da cautelar alternativa pela prisão preventiva deverão estar justificadas.<sup>6</sup>

### 3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No direito romano, por influência do cristianismo, na verificação da situação de uma pessoa acusada, incidia a máxima do *in dubio pro reo*, como regra referente à valoração da prova.<sup>7</sup> A Carta Magna de 1215 vedava a perda da liberdade e da propriedade em razão de uma prisão injusta, salvo nas hipóteses previstas em lei, após um justo julgamento pelos pares.<sup>8</sup> Na *common law* não há nexos entre a presunção de inocência e a liberdade pessoal, mas sim com o encargo probatório, em razão do modelo acusatório de processo penal.<sup>9</sup> Com a inquisição, na Idade Média (estrutura de processo penal inquisitório) não se partia da inocência do acusado, mas de sua culpabilidade. Nesse sistema, a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (*purgatio* da acusação), bastando um simples indício à formação de um juízo condenatório. Por isso, na transição dos modelos históricos de processo penal, do inquisitório ao acusatório, a presunção de inocência assumiu uma relevante função em sua modificação estrutural, principalmente no que diz respeito à liberdade e à prova. No âmbito da Europa continental, a presunção de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais. Isso se verificou, principalmente, em razão da discussão da

---

*de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar».*

<sup>6</sup> Segundo o STF, no HC 72.106/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.06.1995, a motivação dos atos jurisdicionais, enquanto garantia constitucional inderrogável, atua como condição de eficácia e requisito de validade dos pronunciamentos decisórios emanados dos magistrados e tribunais. A não observância do dever imposto aos órgãos do Poder Judiciário, pela CF, desqualifica a decisão, gerando a sanção de nulidade (art. 93, IX, CF). Isso porque o réu tem o insuprimível direito de conhecer, até mesmo para efeito de ulterior impugnação judicial, as razões que levaram o Estado a afetar-lhe ou a restringir-lhe o *status libertatis*.

<sup>7</sup> Em MORAES, Maurício Zanoid de, 2010: *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, p. 1 e ss., pode-se ver uma análise profunda acerca da inexistência de presunção de inocência até sua inscrição na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

<sup>8</sup> «Art. 39: Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus direitos (*disseisiatum*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).»

<sup>9</sup> Segundo DOMINIONI, Oreste, 1991 (*Commentario della Costituzione – Art. 27-28*. Bolonha: Zanichelli, p. 164), isso se deve ao âmbito de proteção da liberdade pessoal através do *habeas corpus* na *common law*. Também, GHIARA, Aldo, 1974 («Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale», em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 74, evidencia considerações sobre a aplicabilidade da presunção de inocência no modelo inglês.

relação da potestade punitiva do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da presunção de inocência dos cidadãos, culminando com a sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Com o CPP francês de 1808, a presunção de inocência, na concretização garantística, restou comprometida, mormente no que tange à prova (imparcialidade do juiz e busca da verdade), em razão do novo paradigma processual.<sup>10</sup> As estruturações e modificações processuais seguintes, de matriz acusatória ou inquisitorial, em dois pontos fundamentais – liberdade e prova –, revelam o grau de concretização da presunção da inocência.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art. 9.º, rompendo com o *Ancien Regime*, expressamente enunciou a presunção de inocência,<sup>11</sup> em atendimento às críticas dos pensadores da ilustração à estrutura inquisitorial do processo penal, a qual partia da presunção de culpabilidade do imputado, produzindo seus principais efeitos na prova e na prisão.<sup>12</sup> O art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (dezembro de 1948), em face das experiências da Segunda Guerra Mundial (violações aos direitos humanos), e da esperança de que as transgressões poderiam ser prevenidas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, acolheu a presunção de inocência como uma das garantias do justo processo.<sup>13</sup> A Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental (Roma, 04.11.1950) reconhece, em seu art. 6.2, na presunção de inocência, um princípio basilar de construção e de desenvolvimento das garantias processuais, além de dispor de um órgão para lhe dar efetividade (Corte Europeia dos Direitos do Homem).<sup>14</sup> O Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, além de reiterar a presunção de inocência, no art. 14.2 especifica, de modo mais detalhado, as garantias processuais penais do acusado.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> Em DOMINIONI, Oreste, 1991: *Commentario della Costituzione – Art. 27-28*. Bolonha: Zanichelli, p. 170 a 174.

<sup>11</sup> «Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado...».

<sup>12</sup> V. VEGAS TORRES, Jaime, 1993: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, p. 19.

<sup>13</sup> «Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.»

<sup>14</sup> «Toda pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente até quando sua culpabilidade não seja legalmente apurada». Sobre a convenção, v. BARTOLE, Sérgio; CONFORTI, Benedetto e RAIMONDI, Guido, 2001: *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*. Milão: Cedam, p. 216 a 222; CHIAVARIO, Mario, 2000: «La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo», em *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milão: Giuffrè, p. 80 e 81.

<sup>15</sup> «Toda pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente, até que sua culpabilidade não tenha sido legalmente estabelecida.»

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada na 9.<sup>a</sup> Conferência Internacional Americana (1948), no art. 26, consagra a presunção de inocência, a qual foi inserida no tópico «*Direito a um Processo Regular*».<sup>16</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (22.11.1969) estabeleceu, em seu art. 8.2, as garantias judiciais e, dentre elas, a da presunção de inocência.<sup>17</sup> A carta de adesão foi depositada pelo Brasil em 25.09.1992, e a promulgação ocorreu através do Decreto 678, de 06.11. 1992.

Os diplomas internacionais acerca dos direitos humanos influenciaram o legislador constitucional de inúmeros países, de modo que a presunção de inocência foi sendo inserida nas Constituições. Mencionamos a sua consagração, além de outros países, no continente europeu, no art. 24.2 da Constituição espanhola de 1978,<sup>18</sup> na Constituição francesa de 1958 que, em seu preâmbulo (idêntica força dos dispositivos contidos no texto principal), declara adesão aos princípios da Declaração de 1789,<sup>19</sup> no art. 32.2 da Constituição portuguesa de 1976<sup>20</sup> e no art. 27.2 da Constituição italiana de 1947.<sup>21</sup>

As Constituições brasileiras anteriores a de 1988, embora destinassem um capítulo específico aos Direitos e às Garantias Individuais, através de um rol meramente exemplificativo, não previam, expressamente, a presunção de inocência. Limitavam-se a especificar os direitos e as garantias contidos na Constituição, os quais não eram excludentes de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios nelas adotado.<sup>22</sup> Com a Declaração

<sup>16</sup> «*Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até prova de sua culpabilidade.*»

<sup>17</sup> «*Toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade.*» Sobre a Convenção, v. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo, 2000: *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT; GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia, 2000: *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT; COMPARATO, Fábio Konder, 2004: *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.

<sup>18</sup> «*Todos têm direito a um Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinente à sua defesa, a não prestar declarações contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência.*»

<sup>19</sup> «*O povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos do Homem e aos princípios de soberania nacional tal como foram definidos na Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946.*»

<sup>20</sup> «*Todo imputado será considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória definitiva. Deverá ser julgado num prazo mais breve, compatível com as garantias da defesa.*»

<sup>21</sup> «*O acusado não será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.*»

<sup>22</sup> Nesse sentido, o art. 78 da CF de 1891: «*A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna*»; o art. 114 da CF de 1934: «*A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros,*

Universal dos Direitos do Homem de 1948 (DUDH) restou nítida e explícita a necessidade de proteção da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa, como valores essenciais de convivência humanitária. Isso refletiu na discussão acerca da presunção de inocência e na estruturação do processo penal. Iniciou-se um questionamento da validade das regras do CPP, especialmente da presunção de inocência, em razão da DUDH. O STF decidiu, em face do disposto no art. 150, § 35, da CF de 1967, pela inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-lei 314, de 1967. Este previa a suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como cargo na administração pública, autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista, em razão de prisão em flagrante delito ou pelo simples recebimento da denúncia. A admissibilidade expressa do princípio da presunção de inocência veio na CF de 1988, no art. 5.º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cuja redação foi inspirada na Constituição italiana de 1948.<sup>23</sup>

As expressões «presunção de inocência» (formulação positiva) e «presunção de não culpabilidade» (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, reduzindo o conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados; em suma, diferenciá-las é afastar a presunção de inocência, embora se trate de presunção *iuris tantum*. Dizer que o sujeito no processo não é culpado, mas imputado, é colocar em dúvida a sua inocência, é desvirtuar o regramento probatório e a proteção da liberdade; é não admitir a presunção de inocência em sua formulação plena; é dizer que o acusado é «*semi-inocente*» (posição intermediária entre culpado e inocente).

---

*resultantes do regime e dos princípios que ela adota»; o art. 123 da CF de 1937: «A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição»; o art. 144 da CF de 1946: «A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota»; o art. 150, § 35, da CF de 1967: «A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 35. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota»; e o art. 153, § 36, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969: «A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota».*

<sup>23</sup> Art. 27.2: «O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva».

Quando não se é presumivelmente culpado, se é presumivelmente inocente, pois *qui negat de uno dicit de altero*.<sup>24</sup>

Segundo Cordero, desde 1913, Vincenzo Manzini, campeão da cultura penal reacionária, mofava «*a ideia paradoxal de que alguém é presumivelmente inocente e, de forma mais elegante, Alfredo Rocco liquida o assunto com uma observação semiológica: não há sentido em chamar alguém de culpado ou inocente. Até o julgamento, será um indivíduo sobre o qual pesarão hipóteses mais ou menos prováveis*». Dois sintagmas com marcas emotivamente diferentes: «*presumivelmente inocente e não considerado culpado. Inocente qualifica-o em sentido positivo; culpado, impõe-lhe um estigma*». <sup>25</sup> Nessa linha, Chiavario refere que Vicenzo Manzini, o máximo artífice do Código Rocco, tratava com escárnio o princípio da presunção de inocência.<sup>26</sup>

A presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal, interferindo, substancialmente, na limitação do direito de liberdade do cidadão. Quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da

---

<sup>24</sup> Segundo BELLAVISTA (apud GHIARA, Aldo, 1974: «Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale», em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 85; em DOMINIONI, Oreste, 1991: *Commentario della Costituzione – Art. 27-28*. Bolonha: Zanichelli, p. 188 a 196), bem como no trabalho retro citado, de Ghiara, p. 82 a 85, podem-se verificar os debates da Assembleia Constituinte italiana acerca da redação da presunção de inocência. Houve referências que a locução presunção de inocência era muito teórica e a Constituição é «*algo de prático*». A redação da subcomissão era: «*o imputado é presumivelmente inocente, até que um ato da autoridade judiciária o declare culpado*». Após algumas propostas alternativas, a redação ficou: «*o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva*». A justificativa é de que houve a necessidade de ser adotada uma «*fórmula menos drástica*». Falar em presunção de inocência seria «*algo de natureza romântica*», enquanto a redação aprovada constitui «*uma expressão de alguma exigência concreta*». Nos debates que culminaram com a modificação de redação, não emergiu qualquer preocupação com a abrangência de tal garantia, mas sim a de evitar que tal princípio fosse reapresentado com uma dicção novamente exposta às antigas acusações de falta de lógica técnico-jurídica. Houve uma escolha antecipada da fórmula que resultou mais clara para exprimir um conceito dito por todos aqueles que presumem o réu inocente até que não tenha sido definitivamente condenado. Conclui Dominioni pela equivalência das duas expressões, afirmando: «*tanto que, mesmo depois da mudança da alteração da redação em todas as intervenções continuou-se a falar de presunção de inocência e quem se declarava contrário ao princípio, não hesitava em reconhecer a equivalência de significado das duas fórmulas. Além disso, o que mais conta é a individualização das consequências práticas do princípio*». Segundo CHIAVARIO, Mario, 1991: «Presunzione d’innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara», em *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, p. 358, a Constituição não teve coragem de consagrar a presunção de inocência em sua expressão mais genuína.

<sup>25</sup> CORDERO, Franco, 1986: *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, p. 257.

<sup>26</sup> CHIAVARIO, Mario, 1995: *Problemi Attuali della Libertà Personale, tra «emergenze» e «quotidiano» della giustizia penale*. Milão: Giuffrè, p. 11.

dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana,<sup>27</sup> afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional por um modelo de processo penal.<sup>28</sup> O alto índice (em torno de 40%) de encarceramento sem condenação permite constatar a crença na prisão, na punição através da pena privativa de liberdade e na punição como solução à criminalidade, bem como a manutenção das bases arcaicas do sistema criminal.<sup>29</sup>

Quando a perspectiva de análise partir da presunção de inocência, a regra é a manutenção da liberdade, sem restrições (regra protetiva do *status libertatis* – tratamento interno), com o emprego dos remédios jurídicos garantidos pela Constituição Federal e pela legislação ordinária, mormente através do *habeas corpus*. Por isso, a prisão somente se justifica após uma sentença condenatória com trânsito em julgado e a prisão preventiva, bem como as demais medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, não representam uma antecipação dos efeitos de uma condenação. Essas, somente encontram suporte nas estreitas limitações constitucionais de caráter cautelar, vinculando-se às exigências e necessidades processuais. Essa função de limitação do encarceramento cunha as prisões preventivas ou antecipadas com a marca da excepcionalidade (exceção da exceção) e da necessidade, confrontando-se a previsão legal<sup>30</sup> da prisão e das demais medidas de acautelamento, com outros princípios e garantias constitucionais vinculados. A isso, inclusive, se aplica a duração razoável do processo.<sup>31</sup> Nessa perspectiva, não tem suporte constitucional a restrição da liberdade pela espécie e gravidade da imputação,

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, CHIAVARIO, Mario, 2000 («La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo», em *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milão: Giuffrè, p. 75) e GOMES FILHO, Antônio Magalhães, 1991 (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, p. 37), acentuam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, advindos da presunção de inocência.

<sup>28</sup> Segundo CARRARA (apud CHIAVARIO, Mario, 1991: «Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara», em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 357), a presunção de inocência ocupa o centro do edifício que a ciência racional do processo penal é chamada a construir. ILLUMINATI, Giulio, 1984 (*La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bolonha: Zanichelli, p. 15) e VEGAS TORRES, Jaime, 1993 (*Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, p. 35), também reconhecem que a presunção de inocência tem um significado, pelo menos, duplice: regra de tratamento do imputado e regra de juízo.

<sup>29</sup> V. [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br), acessado em 12.12.2011.

<sup>30</sup> V. art. 5.º, LXI, da CF sobre a prisão em flagrante e por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Em GIACOMOLLI, Nereu José, 2006 (*Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal, na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 47 a 58), pode-se ver um amplo estudo sobre o conceito, fundamentos e efeitos do princípio da legalidade no âmbito do processo penal.

<sup>31</sup> V. BADARÓ, Gustavo Henrique e LOPES JR., Aury, 2009 (*Direito a um processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 13 e ss.), sobre a duração razoável do processo. V., também, MORAES, Maurício Zanoide de, 2010 (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 360 e ss.), sobre o âmbito de proteção da presunção

em nome da defesa social e da credibilidade das instituições. O motivado acautelamento processual, nos limites da Constituição, ou seja, somente no caráter cautelar e vinculado à instrumentalidade processual é uma consequência da presunção de inocência. A constitucionalidade da prisão preventiva advém do art. 5.º, LXI, da CF, mas quando encontrar base no justo processo, isto é, na observância dos preceitos e garantias constitucionais: devido processo legal, competência da autoridade, fundamentação da decisão, legalidade da cautelar, ordem escrita e presunção de inocência.<sup>32</sup> Portanto, a presunção de inocência situa o recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, como a última medida processual a ser adotada, sob pena de representar uma execução antecipada de uma sanção criminal ainda não delimitada definitivamente.<sup>33</sup> Assim, antes da prisão preventiva, se exige a análise da possibilidade da liberdade provisória e, num segundo momento, a aplicação de outras medidas cautelares previstas em lei. A prisão preventiva representa não mais a primeira alternativa, mas a última: liberdade plena, liberdade provisória, cautelares alternativas e prisão preventiva.

#### 4. RESERVA LEGAL

O princípio da legalidade em matéria de Direito Penal não é um postulado típico do Direito Romano, na medida em que foi alheio à época do império romano e ao direito de Justiniano, com sua *Crimina Extraordinaria* e conceitos amplos, quase indeterminados. Tampouco, corresponde ao Direito Romano da vontade, que se aplicava aos *delicta publicae* e não fazia distinção alguma ao *iter criminis*, isto é, mantidas as proporções delimitadoras dos conceitos, nenhuma classe de tipicidade.<sup>34</sup> No período medieval do Direito Romano, embora estivesse prevista certa medida de retroatividade, era absolutamente usual e normal castigar-se de acordo com os costumes, além de imperar o arbítrio judicial.<sup>35</sup>

O Direito Germânico antigo também desconhecia o princípio da reserva legal, pois se aproximava mais ao Direito Penal Germânico do fato que do

---

de inocência, como norma de orientação legislativa e judiciária (*favor rei, in dubio pro reo*), inclusive no que tange às medidas coercitivas no processo penal.

<sup>32</sup> V. em CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho, 2009 (*Processo penal e Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 163 e ss.), uma compreensão apurada acerca do princípio da presunção de inocência, na perspectiva da modalidade de prisão. Segundo a Súmula 9 do STJ, a exigência da prisão preventiva para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

<sup>33</sup> V., nesse sentido STF, HC 93.062, rel. Min. Carlos Brito, DJ de 12.03.2009: «...a falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, que presume a não culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5.º da CF)...».

<sup>34</sup> Em WELZEL, H., 1956: *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Depalma, p.26.

<sup>35</sup> Em ROXIN, C., 1999: *Derecho penal, parte general*. Madri: Civitas, p. 141.

Direito Romano da vontade, pois aquele sempre aspirou a tipos precisos e claros, apesar de admitir o direito consuetudinário como fonte sancionadora, já que não existiam os pressupostos do princípio da legalidade estatal. Isso também vale para a Carta Magna de 1215, apesar das opiniões contrárias.<sup>36</sup>

A primeira formulação do princípio da legalidade não se encontra na Magna Carta, a qual abarcava a origem da denominada *rule of law* (garantia jurisdicional), própria do Direito Anglo-saxão, mas num sentido diferente do princípio de legalidade penal do sistema continental (predomínio da lei sobre o órgão judicial). No sistema anglo-saxão, a «lei da terra», fundada no Direito natural e aplicada pelos juízes ordinários, chegou a predominar sobre as leis criadas pelo Parlamento. As Constituições Americanas, citadas como exemplo de consagração das garantias dos indivíduos, admitiam os costumes e a analogia como fontes de Direito Penal. Além do mais, o mesmo Direito Anglo-saxão permitiu os julgamentos dos crimes de guerra praticados na época nazista, sepultando a proibição dos costumes e da irretroatividade das regras penais incriminadoras. As primeiras manifestações positivas do princípio da legalidade penal apareceram com a Revolução Francesa.<sup>37</sup>

A *Constitutio Criminalis* de Carlos V (1532) também conhecida como «*Constituição Carolina*», obrigou os órgãos judiciais a atuarem conforme determinava a lei, como princípio. Entretanto, admitiu igualmente, embora com certa cautela, uma punição extralegal, de acordo com os «*bons costumes*». Além disso, permitiu a aplicação analógica a «casos penais inominados». Todavia, essa limitada vinculação legal foi suprimida nos séculos XVI-XVIII, sobretudo com a admissão dos *Crimina Extraordinaria*, com a permissão de aplicar-se uma sanção penal sem lei, por iniciativa judicial.<sup>38</sup>

A origem histórica e política do princípio da legalidade está nos ideais da Revolução Francesa, onde triunfou o liberalismo político, época do denominado «*movimento ilustrado*», como medida para enfrentar e limitar o absolutismo. Os novos ideais da Revolução Francesa pregavam a necessidade da substituição da vontade individual do soberano e dos julgadores por uma vontade geral, a qual deveria estar contida em uma disposição normativa emanada do Poder Legislativo, com reconhecida legitimidade popular, vinculada aos poderes legais. Estes enfatizavam não poder mais ser o cidadão um mero instrumento do poder, ou sujeito passivo do absolutismo monárquico, mas sim um partícipe e controlador desse poder, com direitos a certas garantias, como a de ser submetido ao império da vontade popular e não à vontade particular dos detentores do poder. Ainda, como fundamento de um

<sup>36</sup> Em MIR PUIG, S., 1999: *Derecho penal, parte general*. Barcelona: PPU, p. 75.

<sup>37</sup> Em CUELLO CONTRERAS, J., 1996: *El Derecho penal español. Curso de iniciación, parte general*. Madri: Civitas, p. 146 e 147.

<sup>38</sup> V. ROXIN, C., 1999: *Derecho penal, parte general*. Madri: Civitas, p. 141.



ideal democrático, as funções ou atribuições deveriam ser distribuídas entre os diversos órgãos do Estado.

Insosfismavelmente, todas essas garantias eram, em sua essência, garantias formais, pois não se questionava o conteúdo substancial do Direito Penal, sua função e seus fins.<sup>39</sup> Mesmo assim, já se deixava assentado que os demais poderes, Executivo, Judiciário, não poderiam estabelecer preceitos ou sanções criminais, sob pena de desvirtuar o pacto social e a divisão das funções entre os diversos poderes. Assim, a origem política do princípio da legalidade se vincula ao contrato social e assenta as suas raízes na ideia de uma razão que harmonize todas as pessoas, na exclusão da arbitrariedade estatal, na inviolabilidade da liberdade de toda pessoa, e na exigência de segurança e certeza do direito.<sup>40</sup>

O pensamento ilustrado pode ser sintetizado como uma necessidade do «governo das leis» frente ao «*governo dos homens*», a preponderância da razão, da representação popular e das normas. Para ser racional, uma normatização das relações sociais tem que se afastar dos caprichos da vontade individual; tem que ser igual para todos: tem que ter sua origem na vontade geral e ser, finalmente, clara e compreensível aos destinatários. As normas racionais são as que têm legitimidade na sociedade inteira e não as de um déspota (origem), as que reconhecem o mesmo grau de liberdade a todos os cidadãos (conteúdo) e são entendíveis a todos, escritas, exaustivas e taxativas (forma). Do impossível monopólio das leis se passou, nesse mesmo período, a seu primado e império.<sup>41</sup>

Por isso, a garantia política do princípio da legalidade informa que todo cidadão não será submetido, por parte dos poderes do Estado, a crimes, penas e restrições ao direito de ir e vir (prisão preventiva e outras medidas cautelares) que não tenham legitimidade na cidadania.

Na esfera internacional, o princípio da reserva legal está expressamente reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos de 1950 e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. Especificamente sobre a prisão, a Convenção Americana de Direitos Humanos, consagra a previsão desta às hipóteses previstas na Constituição Federal e nas leis.<sup>42</sup> Em 14 de dezembro de 1990, a Resolução 45/110 da Assembleia Geral da ONU

---

<sup>39</sup>. Em GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., 2000: *Derecho penal, introducción*. Madri: UCM, p. 320 e 321.

<sup>40</sup>. Em JESCHECK, H., 1993: *Tratado de derecho penal*. Granada: Comares, p. 117.

<sup>41</sup>. Em VIVES ANTÓN, T. S., 1999: *Derecho penal, parte general*. Valência: Tirant lo Blanch, p. 68.

<sup>42</sup>. Art. 7.º 2: «ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pela leis de acordo com elas promulgadas».

(«*Regras de Tóquio*») estabeleceu que as medidas não privativas de liberdade devem estar previstas em lei, e que o poder discricionário é exercido pela autoridade judiciária ou outra autoridade independente, competente em todas as fases do processo, assegurando-se a plena responsabilidade, de acordo com as normas legais.<sup>43</sup>

Assim, ao cidadão não pode ser aplicada uma medida cautelar criminal não prevista em lei. Desse modo, mesmo em sua concepção formal, a reserva legal exige um limitador na intervenção estatal e evita a incidência arbitrária e incalculável desta, ou seja, é uma garantia do cidadão. Com isso, resta afastado da esfera criminal o denominado poder geral de cautela,<sup>44</sup> com aplicação das medidas cautelares atípicas.

A essência, ou o significado material da reserva legal está na própria evolução histórica do princípio, isto é, se vincula à limitação do exercício do poder (inclusive da potestade punitiva), à divisão das funções públicas entre os poderes do Estado, ao pacto social que sustenta politicamente a convivência humana, e à soberania popular, legitimadora das normas penais. O poder de criar, de aplicar e de executar as leis criminais está limitado pelas disposições normativas criadas pelo Poder Legislativo, quem detém a legitimidade popular para dizer quais são os crimes que comportam a prisão preventiva e quais as medidas cautelares aplicáveis, além da constrição da liberdade. Assim, a essência da reserva legal está na legitimidade e na legitimação do exercício do poder de elencar as medidas cautelares e de aplicá-las na perspectiva das exigências acatelasórias.

O critério material é fundamental para garantir que os limites da liberdade dos indivíduos sejam os mesmos, e se apliquem a todos, sem exceção, e que, ao mesmo tempo se determinem, com precisão, tanto aos cidadãos, quanto às instituições. Ainda, nesse critério essencial se concentram as expectativas de que tanto o sistema como a aplicação da justiça penal sejam transparentes, controláveis e sinceros.<sup>45</sup> Dito de outro modo, o sentido material do princípio da legalidade informa que somente o Poder Legislativo tem competência para estabelecer quais as hipóteses em que a liberdade pode ser restringida pela prisão ou por outras medidas cautelares, por meio de um processo legislativo constitucional (art. 59 da CF).

A natureza constitucional do princípio da legalidade, informador do Estado de Direito, serve de norte a toda atividade dos operadores jurídicos,

---

<sup>43</sup> V. SERRANO PASCUAL, M., 1999: *Las formas sustitutivas en el derecho penal español*. Madrid: Trivium, p. 109 a 116.

<sup>44</sup> V. SANTOS, Marcos Paulo Dutra, 2011: *O novo processo penal cautelar*. Salvador: Jus Podium.

<sup>45</sup> Em HASSEMER, W., 1999: *Persona, mundo y responsabilidad, bases para una teoria de la imputación en el derecho penal*. Valência: Tirant lo Blanch, p. 24 e 25.

dentro do espírito das normas superiores da Constituição. A transparência no processo de criação das medidas restritivas da liberdade, em sua aplicação e em sua execução, conduz a um ordenamento jurídico confiável aos cidadãos, livre de conveniências subjetivas e de concepções meramente formais.

A necessidade de limitação da potestade punitiva, como exigência do Estado de Direito fundamenta, do ponto de vista jurídico, a reserva legal. E essa se limita quando se evita que a aplicação de medidas restritivas da liberdade se circunscreva à esfera de manifestação volitiva casuística de alguma autoridade estatal.

Os limites impostos ao exercício dos direitos fundamentais se estabelecem, se interpretam e se aplicam de forma estrita e, em todo caso, não devem ser mais intensos do necessário para proteger outros bens jurídicos ou direitos constitucionalmente assegurados. Essa limitação há de evitar sacrifícios desnecessários ou excessivos aos direitos, ser controlável por meio de uma motivação suficiente.

A adoção da reserva legal reflete uma série de implicações, tanto para o legislador, quanto aos magistrados, como garantia ao cidadão. Essas garantias transcendem o âmbito do Direito Penal substantivo, pois atingem o próprio processo penal, mais precisamente a vinculação da aplicação da lei penal unicamente por órgãos jurisdicionais estatais (art. 5.º, LIII e LXI, CF).

Além dos efeitos de Direito Penal (fontes do Direito Penal, processo tipificador, individualização da pena), a reserva legal produz consequências no âmbito do processo penal, não só na esfera da jurisdicionalidade. Unicamente através de um processo público, conduzido por um magistrado, com observância de todas as garantias ao processado, se pode emitir um juízo condenatório e aplicar uma pena criminal. A função de julgar e de medir a pena corresponde somente aos órgãos jurisdicionais do Estado, e não aos demais poderes, ou aos particulares. Também, não é qualquer magistrado que poderá julgar um acusado, senão o previamente determinado pela lei (não o *ad hoc*). Essa garantia jurisdicional não é subsidiária em relação às garantias de direito substantivo, mas possui uma relação necessária, com o escopo de tornar efetiva a proteção dos direitos fundamentais.

Segundo a reserva legal, no âmbito das cautelares, a prisão processual somente poderá ser decretada nas hipóteses e nos casos previstos pelo legislador, mediante decisão de um magistrado que detenha competência para o ato, de forma fundamentada. Portanto, o órgão julgador não poderá aplicar medidas restritivas da liberdade de forma plena ou parcial e nem outras medidas restritivas de direitos, além das previstas em lei (inexistência de poder cautelar geral). Assim, o rol de medidas cautelares é taxativo e não meramente exemplificativo. Isso porque a indeterminação afasta a garantia constitucional da reserva legal.

A defesa de um sistema criminal cautelar aberto, difuso, indeterminado, ou com regras dependentes de uma normatividade integradora, ou de um regramento judicial, são características de um processo penal totalitário e essencialmente repressivo, inadmissível no atual estágio de desenvolvimento da civilização.

Outra importante consequência da reserva legal está na individualização da medida cautelar. Esta há de guardar relação com o crime praticado, com as circunstâncias do delito, com as peculiaridades do sujeito, em suma, considerando-se a finalidade buscada pela restrição (adequação), a menor ingerência possível na esfera dos direitos fundamentais do sujeito (necessidade) e uma reciprocidade razoável (proporcionalidade em sentido estrito).

As medidas cautelares diversas da prisão preventiva não se confundem com o poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 798 do CPC, desvinculado da cautelaridade existente no âmbito do processo Penal. O poder geral de cautela no processo civil permite ao magistrado, *ex officio*, determinar medidas cautelares, típicas ou não (atípicas, inominadas), com o objetivo de efetivar a cautelaridade. Porém, não há previsão legal de aplicação do poder geral de cautela no processo penal. No âmbito criminal, o art. 319 do CPP tipifica as medidas cautelares diversas da prisão. Portanto, em razão da legalidade, não há adequação constitucional de medidas cautelares diversas da previsão legal (CPP e leis especiais).

## 5. CONTRADITÓRIO

A estrutura do processo é eminentemente dialética, informada pelo contraditório, marca distintiva dos demais procedimentos. Essa estrutura, segundo Fazzalari, permite que cada sujeito possa exercer um conjunto de escolhas, reações, controles e, ao mesmo tempo, seja passível de sofrer as reações e controles dos demais. Por isso, entende existir processo judicial onde há contraditório.<sup>46</sup> Este, por sua vez, juntamente com as condições de paridade e do Juiz imparcial, segundo Ferrua, constitui um dos valores primários de justiça.<sup>47</sup> A impossibilidade de um contraditório pleno, prévio ou concomitante à constrição leva a doutrina a situar a cautelaridade no processo penal, fora da compreensão estrita de processo (medidas cautelares). Porém, isso não elimina as múltiplas formas de manifestação do contraditório, mesmo nas medidas cautelares, pois se dilui em uma série de garantias e direitos. Assim, não se afasta, no âmbito das medidas cautelares, a participação dialética dos sujeitos interessados, numa perspectiva tríplice (juiz imparcial, autor, demandado) e tampouco se restringem as demais garantias que servem ao

---

<sup>46</sup> FAZZALARI, Elio, 2006: *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, p. 120 e 121.

<sup>47</sup> FERRUA, Paolo, 2007: *Il giusto processo*. 2. ed. Bolonha: Zanichelli, p. 45.

contraditório ou a ele se vinculam. Contudo, com a previsão constitucional e ordinária (art. 282, § 3.º, do CPP) se enceta uma evolução à discussão do reconhecimento de um verdadeiro processo penal cautelar.

Há certas medidas cautelares cujo contraditório prévio impossibilitaria ou reduziria a níveis insuportáveis a eficácia da decisão a ser tomada, motivo por que são emitidas *inaudita altera parte*. Em tais situações, se admite um contraditório diferido ou postergado, isto é, exercido após a medida. Porém, a dispensa do contraditório antecipado à decisão acerca da concessão ou não do provimento cautelar se situa no plano da excepcionalidade, isto é, quando incompatível com a cautelaridade.

No rol das medidas cautelares pessoais, o pedido de prisão preventiva se situa na incompatibilidade do contraditório prévio, pelo menos na atual estrutura processual. Entretanto, várias medidas posteriores permitem a reação. Admite-se o pedido ao próprio juiz da causa para que conceda a liberdade provisória, substitua o recolhimento ao cárcere pela prisão domiciliar ou pelas alternativas cautelares previstas no art. 319 do CPP. Também, é possível impugnar a decisão mediante o remédio jurídico do *habeas corpus*. Urge o cumprimento do determinado no artigo 7.º.5, da Convenção Americana dos Direitos do Homem,<sup>48</sup> a qual ocupa patamar superior as leis ordinárias.<sup>49</sup> Não é

---

<sup>48</sup> «Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou de outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais...».

<sup>49</sup> Após o julgamento do RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 05.06.2009, passou-se a acolher a supralegalidade dos Tratados Internacionais protetivos dos direitos humanos (tese defendida pelo Min. Gilmar Mendes), com outorga do mesmo patamar das emendas constitucionais aos aprovados com o *quorum* qualificado (3/5, em dois turnos, nas duas casas legislativas, nos termos do art. 5.º, § 3.º, da CF): «Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7.º,7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do novo CC (Lei 10.406/2002)». Porém há corrente que defende a mesma hierarquia da Constituição Federal, de todos os Tratados que se refiram aos direitos humanos. Inclusive houve manifestação do Min. Celso de Melo, acerca desta tese, na decisão que declarou a ilegitimidade jurídica do depositário infiel: HC 91.361, DJ de 06.02.2009 – «...Tratados internacionais de direitos humanos: as suas relações com o direito interno brasileiro e a questão de sua posição hierárquica. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7.º n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. Relações entre o direito interno brasileiro e as Convenções Internacionais de direitos humanos (CF, art. 5.º, §§ 2.º e 3.º). Precedentes. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? Entendimento do relator, Min. Celso de Melo, que atribuiu hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos

o que ocorre na *Law in action*. Tanto nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva, quanto na decretação de prisão preventiva autônoma, o preso não é ouvido e nem apresentado ao juiz. Isso não ocorre imediatamente e nem em um prazo razoável. Com isso se descumpre a CADH e a Constituição Federal, com o silêncio de toda a estrutura jurídica, em todos os níveis decisórios, postulatórios e doutrinários. O preso somente será ouvido quando da instrução processual e, via de regra, no final do procedimento, meses após a sua prisão. Nas situações de flagrante, o que é apresentado imediatamente ao juiz é a documentação da prisão, mas não o detido. Com isso, se esboroa o contraditório. Também, deveria ser cumprido o disposto no art. 8.º.1, da Convenção Americana dos Direitos do Homem.<sup>50</sup> O direito à audiência, de ser ouvido, é um desdobramento da ampla defesa (defesa pessoal) e do contraditório, na medida em que se daria ao sujeito a possibilidade de expor as suas razões defensivas, possibilitando a concessão da liberdade provisória ou a substituição da prisão pelas cautelares alternativas. Com a apresentação imediata do detido, o Juiz poderia melhor avaliar a necessidade da prisão e das demais medidas cautelares, cumprindo o determinado na Convenção Americana dos Direitos do Homem. Portanto, se faz mister estruturar o sistema criminal para que sejam cumpridas as determinações convencionais e constitucionais. Todavia, há casos em que é possível antecipar o contraditório, mesmo diante do requerimento de prisão preventiva (ausência de risco de fuga, oferecimento de garantias de cumprimento da medida, por exemplo).

Certo avanço está contido no art. 282, § 3.º, do CPP, ao permitir o contraditório antecipado à concessão da cautelar, quando não houver urgência ou perigo de ineficácia da medida. O dispositivo legal não esclarece a finalidade da intimação da «*parte contrária*» (sujeito passivo – autor da infração, suspeito, indiciado, imputado, acusado): para responder por escrito, através de advogado

---

*humanos (...). Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável, como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa e, especialmente, no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana dos Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no Tratado Internacional, como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação ao caso do art. 7.º.7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano».*

<sup>50</sup> Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal.

ou para comparecer em audiência para ser ouvido. A mera intimação, sem finalidade tornaria inócuo o dispositivo legal. Considerando a abrangência da ampla defesa (defesa pessoal e técnica), o direito de audiência previsto na Convenção Americana dos Direitos do Homem (arts. 7.º.5 e 8.º.1), bem como a agilidade e a simplificação procedimental, a melhor solução seria a intimação do autor da infração para que comparecesse a uma audiência, acompanhado de defensor, contestando o pedido, oralmente, podendo produzir prova e ser ouvido acerca do pedido. Na mesma audiência poderia o magistrado decidir. Ademais de serem cumpridas as regras constitucionais e convencionais, se privilegiaria a celeridade, a imediatidade e a transparência.

Antes da substituição da medida cautelar ou da imposição de outra em cumulação, ou antes de decretar a prisão preventiva (hipóteses do art. 282, § 4.º, do CPP), o contraditório é obrigatório. Isso porque o contraditório antecipado somente é dispensável, no âmbito das medidas cautelares, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (art. 282, § 3.º, do CPP). A ausência do contraditório antecipado evidenciará defeito somente sanável com a concessão da liberdade, em primeiro grau ou pelo órgão superior, via *habeas corpus*, inclusive *ex officio* (art. 654, § 2.º, do CPP).

## 6. PROVISIONALIDADE OU SITUACIONALIDADE

As medidas cautelares não representam uma antecipação da potestade punitiva, mas se destinam ao acautelamento do processo, à tutela da situação criminal particularizada. É o que ocorre com a prisão por conveniência da instrução criminal. Ademais, pretendem garantir a incidência da potestade punitiva, como na prisão para garantir a aplicação da lei penal. Ainda, têm por escopo evitar o recolhimento ao cárcere, através de medidas restritivas de direitos (suspensão do exercício da função pública, por exemplo) ou condicionantes da própria liberdade (comparecimento em juízo, vedação de acesso a determinados lugares, proibições de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar, por exemplo).

Uma vez desaparecida a motivação fática que serviu de supedâneo à medida cautelar, essa perde a sua funcionalidade e o sujeito retoma o *status quo ante*, ou seja, o do gozo irrestrito da liberdade. Por isso, as medidas cautelares são situacionais, sustentáveis enquanto a situação fática continuar integrando a motivação legal. Por isso se afirma que as medidas cautelares tutelam uma situação fática existente, enquanto persistente e justificável na dinâmica processual.

Dentro dessa perspectiva, o magistrado poderá substituir a medida cautelar ou cumular outra a já aplicada, ademais de decretar a prisão preventiva. Isso nos casos de descumprimento (art. 282, § 4.º, do CPP). Quando desaparecerem as exigências de cautelaridade, esta deverá ser revogada.

Contudo, persistindo a necessidade cautelar, mas não mais da adequação da medida imposta, poderá haver substituição da anterior. A situação concreta também poderá exigir um grau menor da constrição, com a substituição da prisão preventiva decretada por medidas cautelares alternativas.

A situação processual, em sua dinâmica (prática de atos, envolvimento de sujeitos, avanços em atividades e fases processuais) é mantida sob controle jurisdicional. Isso permite que o magistrado possa aplicar medidas cautelares mesmo tendo revogado a anterior. Isso dependerá da situação concretizada na dinâmica processual, pois as normas mudam conforme vai se alterando o contexto (norma entendida como a emergente da previsão legal e do substrato fático, aplicável pelo juiz).

## 7. DURAÇÃO RAZOÁVEL DA MEDIDA CAUTELAR: PROVISORIEDADE

Enquanto a provisionalidade se vincula à situação fática, a provisoriedade guarda congruência com o fator tempo, com a duração da medida cautelar. Do art. 5.º, LVIII, da Constituição Federal se infere, explicitamente, a exigência da razoabilidade do tempo de duração da prisão cautelar, embora, mesmo antes da Emenda Constitucional 45/2004 que incorporou esse inciso à Carta Federal, a duração razoável da prisão poderia ser inferido do princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF), situação também verificável, nessa perspectiva anterior à referida alteração, na Convenção Americana dos Direitos dos Humanos, em seu art. 8.º.1.

Diferentemente da prisão temporária (Lei 7.960/1989), cuja duração é de cinco dias, prorrogáveis por igual período, salvo nos hediondos (30 dias prorrogáveis por outros 30 dias – art. 2.º, § 3.º, da Lei 8.072/1990),<sup>51</sup> a prisão preventiva e as demais medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, não possuem prazo legal limite pré-estabelecido. Em tese, poderão estender-se até a sentença de primeiro grau, até a pronúncia do réu, nos crimes dolosos contra a vida, ocasiões em que o magistrado deverá decidir acerca da manutenção das cautelares (direito de apelar em liberdade). Isso é um fator de incremento do número exorbitante de prisões preventivas e da demora à conclusão de processos com réus presos.

Há prazos à conclusão das investigações. Como regra, este é de dez dias quando o sujeito estiver preso ou trinta dias quando solto, nos termos do art. 10 do CPP. Porém, há outros prazos previstos em leis especiais. No âmbito da Justiça Federal, o art. 66 da Lei 5.010/1966 fixa o prazo de quinze dias, prorrogáveis por outros quinze, em se tratando de sujeito preso. A Lei 11.343/2006 (Tóxicos) enuncia prazos diversos: trinta dias quando preso o sujeito ou

---

<sup>51</sup> V. cap. VI, item 4, acerca da prisão temporária.



noventa dias quando solto, possibilitando-se a sua duplicação, a requerimento da autoridade policial (isso também há de ser aplicado, analogicamente, ao requerimento do Ministério Público) ao magistrado. Também há disposição diferenciada na Lei 1.521/1951 (Crimes contra a economia popular): dez dias, independentemente de estar o sujeito preso ou solto. Ainda, em se tratando de sujeito preso, o prazo ao oferecimento da denúncia é de cinco dias e de quinze dias se estiver solto (art. 46 do CPP). No rito comum ordinário e sumário, também há prazo à designação de audiência, não sendo caso de absolvição sumária, respectivamente, de sessenta e trinta dias (arts. 400 e 531 do CPP). Contudo, no processo especial dos crimes dolosos contra a vida, o prazo para o término da primeira fase do processo (*judicium accusationis*) é de noventa dias (art. 412 do CPP). A Lei 9.034/1995 (utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas) estabelece o prazo de oitenta e um dias para o encerramento da instrução, quando o réu estiver preso, e de cento e vinte dias quando em liberdade.

Além da existência de incompatibilidade nos prazos, gerada por leis diversas, as quais se referem à mesma situação, como ocorre nos delitos de tráfico, na situação da Lei 9.034/1990, a relativização do tempo encontra forte aceitação nas decisões dos Tribunais Superiores, em razão de várias circunstâncias: demora causada pela defesa, complexidade do caso, pluralidade de réus e de testemunhas, comportamento da defesa, expedição de cartas precatórias, em suma, cada caso concreto informará se houve ou não excesso. Este, não possui características de prazo fatal ou improrrogável, não se submetendo aos rigores da aritmética.<sup>52</sup> Contudo há decisões que, mesmo assim, reconhecem o excesso de prazo.<sup>53</sup> Porém, as Súmulas 21<sup>54</sup> e 52<sup>55</sup> do STJ, após o advento do art. 5.º, LXXVIII, da CF, em 2004, comportam uma relativização interpretativa, na perspectiva do término do processo e não de uma fase processual, bem como da inexistência de preclusão quando se tratar de violação de direitos fundamentais.

---

<sup>52</sup> V. STF no HC 109.355, rel. Dias Toffoli, *DJ* de 07.12.2011 (complexidade e pluralidade de réus – 15); no HC 105.431, rel. Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 06.10.2011 (pluralidade de réus e expedição de cartas precatórias); no HC 103.385, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* de 14.04.2011 (prazo não é fatal, é prorrogável e não resulta de operação aritmética); no HC 104.346, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 01.08.2011 (complexidade processual, número de réus); no HC 107.088, rel. Min. Ayres de Britto, *DJ* de 18.11.2011 (verificação no caso concreto, considerando-se o número de réus e testemunhas, a complexidade e o comportamento do patrono dos acusados).

<sup>53</sup> V. STF, HC 102.668, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* de 31.01.2011, a situação em que foi concedida a ordem porque o paciente estava preso há sete anos, sem julgamento. V., também, STF, no HC 106.470, rel. Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 09.05.2011, e HC 106.832, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 20.05.2011, nos quais foi concedida a ordem por excesso de prazo.

<sup>54</sup> Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

<sup>55</sup> Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Esses prazos não se referem, diretamente, à duração da prisão preventiva e nem das outras medidas cautelares. Porém, interferem na análise da durabilidade dessas, pois a prática dos atos processuais, fora dos prazos previstos, evidencia o constrangimento ilegal.<sup>56</sup> Ademais dos prazos estabelecidos à prática dos atos processuais, existem violações decorrentes da demora no cumprimento das decisões e despachos dos magistrados, pelo setor administrativo dos cartórios e secretarias das respectivas unidades jurisdicionais («*prazos mortos*»). Reclama-se um trabalho empírico para constatar essa realidade.

Portanto, diante da inexistência de um prazo de duração da prisão preventiva e das demais medidas cautelares, há que ser observado o prazo previsto à prática dos atos processuais referentes ao réu preso, estabelecidos legalmente para cada situação processual.<sup>57</sup> O constrangimento ilegal há que ser verificado na sua individualidade (cumprimento do prazo à prática do respectivo ato) e também na perspectiva de término do processo num prazo razoável, em sua totalidade, sempre consideradas as peculiaridades do caso. Por isso, há vários elementos a serem sopesados.<sup>58</sup> Dentre esses, podemos considerar a comple-

---

<sup>56</sup> Uma hermenêutica constitucional e convencional exige a presunção do excesso, uma vez implementados os prazos, averiguando-se, a partir deste marcador, na casuística processual, possíveis justificativas válidas. V. STF, HC 95.464, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12.03.2009, quando considerou o excesso de prazo, quando exclusivamente imputado ao aparelho judiciário, uma situação comprometedora da efetividade do processo, «*pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio sem dilações indevidas (CF, art. 5.º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei*», ofendendo-se a dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Também, no HC 85.988, do mesmo relator, DJ de 27.05.2010, onde refere o excesso de prazo não pode ser tolerado, impondo-se ao Poder Judiciário, «em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, a imediata devolução do *status libertatis* ao indiciado ou ao réu. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém, ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana...». No mesmo sentido, HC 106.435, mesmo relator, DJ de 23.05.2011.

<sup>57</sup> V. cap. III, item 7, acerca da proposta de duração da prisão preventiva. V. também cap. IV, item 5, sobre a duração das medidas cautelares diversas da prisão preventiva.

<sup>58</sup> Segundo CHIAVARIO, Mario, 1984 (*Proceso e Garanzie della Persona, II*. Milão, Giuffrè, p. 346), no cálculo global da duração razoável dos prazos processuais há de influir uma avaliação equilibrada de vários elementos, entre os quais, de um lado, a maior ou menor complexidade da instrução de cada processo, junto com a maior ou menor diligência dos órgãos processuais. De outro lado, há de ser considerada a conduta do imputado, no que tange à dilação ou paralisação da atividade processual. Por sua vez, YACOBUCCI, Guillermo (*El sentido de los principios penales – su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 355) considera na apuração da duração razoável: «a) *complejidad del litigio*; b) *los márgenes ordinarios de duración de los conflictos del mismo tipo*; c) *el interés que en pleito arriesga el demandante del amparo*; d) *su conducta procesal y la conducta de las autoridades*». V., também, LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique, 2009 (*Direito*

xidade da causa<sup>59</sup> e as dificuldades instrutórias (necessidade de realização de complexas diligências probatórias, inclusive periciais), a média de duração dos processos que envolvem o mesmo delito (necessidade de estatística forense), a duração da pena privativa de liberdade para o crime imputado ao sujeito, bem como a previsão de provável pena em caso de condenação (evitar que o acusado permaneça preso preventivamente, em regime fechado, por tempo aproximativo do cumprimento da pena total). Também, é de considerar-se a situação penológica em caso de condenação (poderá ser concedido o *sursis* ou ser substituída a pena privativa de liberdade por outra), bem como a conduta processual das partes e do próprio Magistrado (Caso Matzenetter).<sup>60</sup>

Um dos efeitos do descumprimento do prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII, CF), nas hipóteses das medidas cautelares, é a revogação, com a concessão da liberdade, sem restrições.<sup>61</sup>

A garantia da razoável duração do processo, a qual se aplica à individualidade do ato processual, já integrava o nosso ordenamento jurídico, em razão da Convenção Americana dos Direitos do Homem,<sup>62</sup> subscrita pelo Brasil, e da garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF). Por referir-se a direitos humanos, a Convenção ocupa patamar superior às leis ordinárias, discutindo-se a sua equivalência ou não às emendas constitucionais, por não ter sido aprovada pelo *quorum* qualificado (art. 5.º, §§ 3.º e 4.º, CF). Porém, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, passou a ser uma garantia constitucional explícita.

---

*ao processo penal no prazo razoável*, 2009, p. 121 a 130), quando apontam diversas soluções compensatórias de natureza penal: detração, diminuição da pena, perdão judicial, e também efeitos processuais, tais como o arquivamento, a declaração de nulidade dos atos praticados após o marco de duração legítima, e a extinção do feito. Penso interferir a passagem do tempo, também, na avaliação da prova, de tal modo a permitir um juízo absoluto, como reconhecido no julgamento da Apelação 70019476498, do TJRS, j. em 14.06.2007.

<sup>59</sup> No *Caso Wemboff*, a Corte Europeia, considerou a complexidade do processo para avaliar a duração razoável da prisão. Assinalou que, ao mesmo tempo em que um acusado preso tem o direito de ver o seu caso julgado com celeridade e prioritariamente, isto não deve prejudicar a apuração completa dos fatos e o fornecimento às partes de todos os meios para apresentarem as provas e suas razões, bem como uma decisão após a devida reflexão. Concluiu que uma duração excepcional da prisão preventiva pode encontrar justificativa na complexidade do processo, cujo retardo não seja possível evitar.

<sup>60</sup> No *Caso Matzenetter*, a Corte Europeia considerou o modo como o juiz conduziu o processo, especialmente os intervalos entre os interrogatórios, para verificar a duração razoável do processo.

<sup>61</sup> A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>62</sup> «Art. 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.» (Grifos nossos.)

Embora a lei ordinária não determine a revisão periódica da prisão processual, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos,<sup>63</sup> tal obrigatoriedade advém da observância do devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF). Não realizado o ato processual dentro do prazo estabelecido em lei, cabe ao magistrado decidir acerca das consequências pelo descumprimento do prazo, mormente sobre a prisão processual. Porém, em razão do baixo nível de consciência e compreensão constitucional, se verifica a necessidade de lei ordinária para cumprir o que já determina a Constituição Federal.

Todavia, a duração razoável da medida cautelar não se limita a sua duração máxima, exigindo uma constante apreciação de sua razoabilidade e de sua duração, na concretude da situação atingida pelo processo.

## 8. PROPORCIONALIDADE

O princípio de proporcionalidade possui entidade constitucional, pois decorre da estruturação do Brasil em Estado Democrático de Direito (*Rechtstaat*)<sup>64</sup> e da fundamentação da República na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, *caput* e III, CF),<sup>65</sup> bem como da essência dos direitos e das garantias fundamentais preconizadas na Carta Constitucional da República.<sup>66</sup> Também pode ser inferido do *substantive due process of law*, contido no art. 5.º, LIV, da Constituição Federal (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), cuja concepção tem a função de barrar a edição e aplicação de regras arbitrárias ou despidas de razoabilidade, salvaguardando os direitos e as liberdades das pessoas, frente a comandos opressivos e carentes de razoabilidade.<sup>67</sup> Por isso há que ser identificado, em cada situação penal concretizada,<sup>68</sup> um verdadeiro coeficiente de razoabilidade.<sup>69</sup> Trata-se, pois, também, de um princípio (contém exigências) processual constitucionalizado,

<sup>63</sup> Art. 213.1 do CPP português (revisão trimestral), por exemplo.

<sup>64</sup> Este é o entendimento do Tribunal Constitucional espanhol, nas decisões 160/1987, 55/1996, 161/1997, 49/1999. Também, deriva do valor superior de justiça, segundo suas decisões 160/1987, 50/1995 e 173/1995. V., nesse sentido, FELDENS, Luciano, 2005: *A Constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 159 e ss.

<sup>65</sup> Nesse sentido o Tribunal Constitucional espanhol, na decisão 160/1987.

<sup>66</sup> Nesse sentido, ALEXY, Robert, 2001: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 112 e ss., ao asseverar resultar a proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais.

<sup>67</sup> A proporcionalidade foi reconhecida em várias decisões do STF: a) ADIn 1.511, rel. Min. Carlos Veloso, *DJ* de 06.06.2003; b) ADIn 1.075, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 24.11.2006; c) HC 102.094, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 02.08.2010.

<sup>68</sup> V. ÁVILA, Humberto, 2009 (*Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, p. 163 e ss.), acerca da vinculação da proporcionalidade ao resultado concreto a ser verificado.

<sup>69</sup> V., nesse sentido, MENDES, Gilmar, 2004: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, p. 65.

cuja valoração incide sobre determinado caso criminal (princípio da concórdância prática de Hesse), no momento da prestação jurisdicional (exercício ponderado do poder, sem arbitrariedades). No caso das medidas cautelares, interfere no momento em que o magistrado, diante da situação criminal posta, fizer a opção entre imposição, manutenção, conversão ou substituição de determinada medida cautelar e a liberdade do indivíduo.

Por ser princípio, serve de horizonte de sentido e contém exigências que, *prima facie*, devem ser realizadas, diferentemente das regras, as quais contêm fixações normativas definitivas (Canotilho). A função de tal princípio, no plano concreto, veda a intervenção arbitrária e excessiva do Estado-Juiz (*übermassverbot*), compatibilizando-se com as exigências de cumprimento das regras processuais pelo Estado, em face da necessidade do processo e da obrigatoriedade de proferir uma decisão e que esta seja cumprida, efetiva (eficácia da persecução, do processo e da sentença). O grau de maturidade do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, CF) se mede, também, pela aplicação e cumprimento das regras estabelecidas.

A exigência de proporcionalidade vem desde Montesquieu (*Cartas persas e O espírito das leis*) e Beccaria (*Dos delitos e das penas*), os quais pregavam a necessária proporcionalidade entre os delitos e as penas. A exigência de proporcionalidade entre crime e pena também consta no art. 8.º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. No direito administrativo, ingressa como fator limitador da arbitrariedade da administração pública, mormente do direito de polícia (Braibant e Enterría). A estrita vinculação das regras de Processo Penal à Constituição Federal e a positivação dos Direitos Humanos inclinaram o princípio da proporcionalidade também ao âmbito do Processo Penal. A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, expressamente, determina a observância da necessidade e da adequação nas medidas cautelares (art. 282, I e II, CPP).

O princípio da proporcionalidade, em sua constituição global, não se reduz à reciprocidade razoável (proporcionalidade em sentido estrito), mas, antes dessa, incorpora outros dois filtros a serem ultrapassados: o da adequação e o da necessidade.

No caso específico das medidas cautelares, primeiramente se analisa a possibilidade de o sujeito permanecer em liberdade plena. Presente a exigência de cautelaridade, se verifica se a restrição advinda da cautelar (recolhimento ao cárcere ou art. 319 do CPP) atinge a finalidade buscada pela mesma e se a espécie de medida se reveste de idoneidade para atingir o resultado desejado (*geeignetheit* – adequação). Portanto, se labora na perspectiva da congruência entre meios e fins, tanto qualitativamente (prisão por conveniência da instrução criminal, por exemplo), quanto quantitativamente (duração da cautelar, uma ou mais medidas cautelares alternativas, por exemplo). Segundo o art. 282, I, do CPP, é de ser considerada a adequação da medida à gravidade do crime,

circunstâncias do fato e condições pessoais do sujeito.<sup>70</sup> O delito é um fato grave, mas a gravidade há de ser entendida, para que atinja as suas finalidades, não somente na perspectiva da espécie de pena cominada ou da espécie de crime, mas sob o prisma das consequências produzidas pelo delito. Há que ser respondido: a) a medida cautelar eleita é o meio idôneo, adequado, para atingir o resultado pretendido? (perspectiva qualitativa – espécie de medida); b) o tempo de duração da cautelar aplicada ou sua acumulação é adequada à finalidade desejada? (perspectiva quantitativa); c) a medida cautelar atende ao critério da conformidade ao sujeito passivo? (individualização). A primeira individualização ocorre no plano legislativo, genérico, abstrato, quando são estipuladas as cautelares, seus pressupostos, requisitos e espécies. Em um segundo momento, em razão da situação fática e das exigências de cautela, ocorre outra individualização. Nessa, também interfere o sujeito a ser constrangido pela medida, motivo por que há uma verdadeira dosimetria cautelar. Ainda. Em um terceiro estágio, no plano da execução, poderá haver substituição da cautelar ou agregação de outra medida, em razão de circunstâncias supervenientes, mas sempre vinculadas ao sujeito.

Numa segunda etapa, se busca a menor ingerência possível, da cautelar escolhida, no direito fundamental da liberdade (*erforderlichkeit – exigibilidade*), a necessidade (intervenção mínima, alternativa menos onerosa, subsidiariedade), a utilização do meio menos restritivo, mas também idôneo.<sup>71</sup> Há que ser respondido: a medida cautelar escolhida é a que produz a menor restrição aos direitos fundamentais? Há outra medida cautelar, dentre as previstas legalmente, menos gravosa da escolhida no caso concreto, com entidade suficiente para atingir o mesmo objetivo? Na dicção do CPP, necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos em lei, para evitar a prática de infrações criminais (art. 282, I, CPP).<sup>72</sup>

Somente após comporta análise a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a reciprocidade razoável, a ponderação entre a restrição a direito fundamental e a exigência de cautelaridade. A inversão da abordagem ou a restrição do princípio da proporcionalidade ao seu sentido estrito poderá levar à supressão ou ao nivelamento de direitos fundamentais. Nessa última etapa da testagem há que se verificar se restrição imposta ao direito de liberdade

---

<sup>70</sup> Com isso, o encarceramento através da prisão preventiva se insere num último plano, aos crimes mais graves, quando as circunstâncias da prática do delito revelarem a adequação do recolhimento ou quando as condições pessoais do sujeito indicarem o encarceramento.

<sup>71</sup> Em ALEXY, Robert, 2001: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 113 e ss.

<sup>72</sup> A reiteração criminosa não está expressamente prevista em lei, embora haja entendimento que serve de suporte fático à decretação da prisão preventiva como garantia da aplicação da lei penal.

mantém congruência com a amplitude do interesse processual salvaguardado. Certamente, em cada caso concreto há que ser respondida a seguinte pergunta para testar a proporcionalidade: qual a medida adequada, necessária e menos gravosa para o caso? Mesmo sendo adequada e necessária, a medida cautelar se ajusta ao resultado que se pretende? Também, poder-se-ia indagar: a cautelar aplicada é aceitável?

Insosfismavelmente, a medida cautelar aplicada requer adequação e exigibilidade ou ser necessária para atingir o fim proposto. Ademais, o direito fundamental de liberdade não pode ser restringido além do inevitável à proteção dos interesses gerais.<sup>73</sup> Portanto, a limitação do direito fundamental da liberdade se condiciona à congruência entre o dano e/ou prejuízo produzido à restrição cautelar, bem como aos benefícios aportados pela constrição (vantagens), dentro de certo grau de aceitabilidade. Não se pode interromper a relação entre meios e fins, a concepção da menor ingerência possível ao direito de liberdade, com o meio menos gravoso, nos limites inevitáveis para proteger interesses gerais, e para atingir a finalidade cautelar e não de antecipação da pena. A perspectiva do porvir, ademais se situa na perspectiva horizontalizada do processo penal, em detrimento da exclusividade verticalizada, impregnada de pura coatividade.

## 9. A PRISÃO COMO *EXTREMA RATIO*

A estruturação da República em um Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CF),<sup>74</sup> a fundamentação da ordem jurídica na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF) e o elenco dos direitos e garantias fundamentais situam, definitivamente, a prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, como uma medida excepcionalíssima. Ademais, afastam a concepção medieval da obrigatoriedade da prisão, do recolhimento ao cárcere como antecipação da tutela material.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> V. GOMES FILHO, Antônio, 2011: «Medidas cautelares e princípios constitucionais». In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas*. São Paulo: Ed. RT, p. 25 e ss.; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, 2000: *Derecho procesal penal*, tomo I. Madri: Colex, p. 152.

<sup>74</sup> Em LARENZ, Karl, 1985 (*Derecho justo, fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, p. 152 a 158), pode-se ver as concepções de «Estado de Direito».

<sup>75</sup> V. STF, HC 79.857/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04.05.2001, quando assenta a excepcionalidade da prisão cautelar, a qual não se constitui em «instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia». V., também, do STF, HC 98.821, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.04.2010, ao asseverar que «a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A prisão cautelar, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria)

A excepcionalidade da restrição da liberdade antes de uma sentença penal com trânsito em julgado advém do art. 5.º, LVIII, da Constituição Federal. A regra é o recolhimento ao cárcere após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, nas hipóteses em que não for possível substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito ou suspender a execução da pena (*sursis*).

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, moldura a prisão processual como uma medida excepcional, cabível quando não for possível aplicar outras medidas cautelares (art. 319 do CPP). O art. 282, § 6.º, é claro: a prisão preventiva será aplicada quando não for cabível a sua substituição (melhor, a aplicação) por outra medida cautelar. Decretar a prisão preventiva para depois serem buscadas alternativas, mantém a prisão preventiva, o recolhimento ao cárcere como *prima ratio*, contrariamente ao prescrito nos Diplomas Internacionais, na Constituição Federal e nas Leis Ordinárias. Depois de verificado que não é o caso de manter o sujeito em liberdade sem nenhuma restrição (primeira opção), há que ser averiguada a adequação e necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção).<sup>76</sup> Somente

---

*– que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu... A prisão cautelar não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal». V. também STF, HC 96.744, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 29.04.2010, quando acentua ser «a prisão preventiva exceção ao princípio da não culpabilidade, deve-se reservá-la a casos extremos, presente o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Prisão preventiva – Fundamentos. A prisão preventiva há de estar alicerçada no Código de Processo Penal, apontando o prolator da decisão os aspectos concretos, a envolverem o acusado, que a motivaram».*

<sup>76</sup> Sobre o tema, o STF já se manifestou, no HC 106.446, rel. Min. Dias Tofoli, DJ de 11.11.2011, assim ementado: «*Habeas corpus. Processual penal. Prática de ilícitos penais por organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), na região do ABC paulista. Paciente incumbida de receber e transmitir ordens, recados e informações de interesse da quadrilha, bem como auxiliar na arrecadação de valores. Sentença penal condenatória que vedou a possibilidade de recurso em liberdade. Pretendido acautelamento do meio social. Não ocorrência. Ausência dos requisitos justificadoras da prisão preventiva (art. 312 do CPP). Última ratio das medidas cautelares (§ 6.º do art. 282 do CPP – incluído pela Lei n. 12.403/2011). Medidas cautelares diversas: (...) Aplicabilidade à espécie, tendo em vista o critério da legalidade e proporcionalidade. Paciente que, ao contrário dos outros corréus, não foi presa em flagrante, não possui antecedentes criminais e estava em liberdade provisória quando da sentença condenatória. Substituição da prisão pelas medidas cautelares diversas (Incisos I a III do art. 319 do CPP). Ordem parcialmente concedida. 1. O art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011, inseriu uma série de medidas cautelares diversas da prisão, dentre elas: (...) 2. Considerando que a prisão*



quando nenhuma dessas for viável ao caso concreto é que resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção). Ademais, não sendo o caso de liberdade sem restrições, existe a possibilidade de ser substituída a prisão preventiva pela prisão domiciliar, nas hipóteses do art. 318 do CPP.<sup>77</sup> Em cada situação concretizada é de ser analisada a prisão domiciliar, como uma hipótese possível.

Isso não se aplica somente à prisão preventiva propriamente dita, mas também ao recolhimento do acusado após a pronúncia (art. 413, § 3.º, do CPP)<sup>78</sup> e à sentença penal condenatória (art. 387, parágrafo único, do CPP).<sup>79</sup> Diante da decisão de pronúncia, o juiz decidirá sobre a liberdade do acusado, quem poderá ser solto ou permanecer solto (primeira opção), sofrer restrições cautelares diversas do recolhimento ao cárcere, nos termos do art. 319 do CPP (segunda opção) e, por último (quarta opção), ser recolhido ao cárcere, com manutenção (se já estiver preso) ou decretação da prisão preventiva (caso esteja solto). Igualmente, há que ser averiguada a possibilidade de ser concedida a prisão domiciliar, não sendo o caso de liberdade plena. A mesma escalada piramidal, com suas variações, se aplica quando o Juiz proferir um veredicto penal condenatório.

---

*é a ultima ratio das medidas cautelares (§ 6.º do art. 282 do CPP – incluído pela Lei n. 12.403/2011), deve o juízo competente observar aplicabilidade, ao caso concreto, das medidas cautelares diversas elencadas no art. 319 do CPP, com a alteração da Lei n. 12.403/2011. 3. No caso, os argumentos do Juízo de origem para vedar à paciente a possibilidade de recorrer em liberdade não demonstram que a sua liberdade poderia causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantia para a sua tranquilidade, fato que, a meu ver, retoma o verdadeiro sentido de se garantir a ordem pública – acautelamento do meio social –, muito embora, não desconheça a posição doutrinária de que não há definição precisa em nosso ordenamento jurídico para esse conceito. Tal expressão é uma cláusula aberta, alvo de interpretação jurisprudencial e doutrinária, cabendo ao magistrado a tarefa hermenêutica de explicitar o conceito de ordem pública e sua amplitude. 4. Na espécie, o objetivo que se quer levar a efeito – evitar que a paciente funcione como verdadeiro pombo-correio da organização criminosa, como o quer aquele Juízo de piso –, pode ser alcançado com aquelas medidas cautelares previstas nos incisos I a III do art. 319 do CPP em sua nova redação. 5. Se levado em conta o critério da legalidade e da proporcionalidade e o fato de a paciente, ao contrário dos outros corréus, não ter sido presa em flagrante, não possuir antecedentes criminais e estar em liberdade provisória quando da sentença condenatória, aplicar as medidas cautelares diversas da prisão seria a providência mais coerente para o caso. 6. Ordem parcialmente concedida para que o Juiz de origem substitua a segregação cautelar da paciente por aquelas medidas cautelares previstas nos incisos I a III do art. 319 do Código de Processo Penal».*

<sup>77</sup> V. cap. III, item 8.

<sup>78</sup> Art. 413, § 3.º. «O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código».

<sup>79</sup> Art. 387. «O juiz, ao proferir a sentença condenatória: Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta».

O reconhecimento pelo legislador ordinário da excepcionalidade da prisão processual também se infere do art. 310, II, do CPP. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá: a) relaxar a prisão, quando esta for ilegal, restituindo a liberdade ao flagrado (primeira opção); b) conceder a liberdade provisória, sem fiança (segunda opção); c) conceder a liberdade provisória mediante termo de compromisso, quando o flagrado tiver cometido o delito nas condições do art. 23 do CP (terceira opção); d) conceder a liberdade provisória, com fiança (quarta opção); e) aplicar uma medida cautelar diversa do recolhimento ao cárcere, nos termos do art. 319 do CPP (quinta opção) e, por último, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos dos arts. 310, II, e 312 do CPP (sexta opção).

Após analisar os princípios aplicáveis às medidas cautelares criminais, o próximo capítulo abordará as diversas situações de flagrância e suas interferências na liberdade provisória.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert, 2002: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÁVILA, Humberto, 2009: *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury, 2009: *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- \_\_\_\_\_, 2011: «Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva». In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas*. São Paulo: Ed. RT, p. 205 a 297.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 2010: *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- BARTOLE, Sérgio; CONFORTI, Benedetto e RAIMONDI, Guido, 2001: *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali*. Milão: Cedam.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, 1998: *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Castanho, 2009: *Processo penal e Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CHIAVARIO, Mário, 2000: «La presunzione d’innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo». *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milão: Giuffrè.
- \_\_\_\_\_, 1991: «Presunzione d’innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara», *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*.
- \_\_\_\_\_, 1985: *Problemi attuali della libertà personale, tra «emergenze» e «quotidiano» della giustizia penale*. Milão: Giuffrè.
- \_\_\_\_\_, 1984: *Processo e garanzie della persona, II*. Milão: Giuffrè.
- COMPARATO, Fábio Konder, 2004: *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.

- CONFORTI, Benedetto; BARTOLE, Sérgio e RAIMONDI, Guido, 2001: *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*. Milão: Cedam.
- CORDERO, Franco, 1986: *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado, 2011: *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro.
- CUELLO CONTRERAS, J., 1996: *El derecho penal español. Curso de iniciación, parte general*. Madri: Civitas.
- DOMINIONI, Oreste, 1991: *Commentario della Costituzione – Art. 27-28*. Bolonha: Zanichelli.
- FAZZALARI, Elio, 2006: *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller.
- FELDENS, Luciano, 2005: *A constituição penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- FERNANDES, Og, 2011: «Constituição, processo e prisão». In: \_\_\_\_ (coord.). *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas*. São Paulo: Ed. RT, p. 53 a 100.
- \_\_\_\_ (coord.), 2011: *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas*. São Paulo: Ed. RT.
- FERRAJOLI, Luigi, 1997: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta.
- FERRUA, Paolo, 2007: *Il giusto processo*. 2. ed. Bolonha: Zanichelli.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2004: *Direito penal, parte geral*, tomo I. Coimbra: Coimbra Ed.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., 2000: *Derecho penal, introducción*. Madri: UCM.
- GHIARA, Aldo, 1974: «Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale». *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.
- GIACOMOLLI, Nereu José, 2011: *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- \_\_\_\_, 2009: *Juizados especiais criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- \_\_\_\_, 2006: *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal, na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães, 1991: *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva.
- \_\_\_\_, 2011: «Medidas cautelares e princípios constitucionais». In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas*. São Paulo: Ed. RT, p. 15 a 51.
- GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia, 2000: *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT.

## ÍNDICE ANALÍTICO

### A

Ação controlada: cap. II, item 6  
Acompanhamento: cap. II, item 6  
Adequação: cap. I, itens 4 e 8; cap. III, item 2.5  
Advogado: cap. VI, item 3  
Algemas: cap. VI, item 1  
Aplicação da lei penal: cap. III, itens 3.2.4 e 10  
Aproximação de pessoa: cap. IV, item 3  
Arbitramento da fiança: cap. II, item 11.3.2  
Assistente da acusação: cap. III, item 4

### C

Cautelares alternativas: cap. IV, item 4  
Código de Trânsito: cap. II, item 4.2  
Comparecimento periódico: cap. IV, itens 3 e 4.1  
Competência: cap. I, item 2  
Compensação: cap. IV, item 5  
Contraditório: cap. I, item 5; cap. II, item 9; cap. IV, item 6  
Constrangimento ilegal: cap. I, item 7  
Conveniência da instrução criminal: cap. III, itens 3.2.3 e 10; cap. IV, item 3

Credibilidade das instituições: cap. I, item 3  
Crime doloso: cap. III, item 2.1; cap. IV, item 3  
Crimes habituais: cap. II, item 4.1  
Crimes hediondos: cap. III, item 6.5  
Crimes permanentes: cap. II, item 4.1

### D

Defesa social: cap. I, item 3  
Deficiente: cap. III, item 8  
Descumprimento: cap. III, item 6.1; cap. IV, item 6  
Detração: cap. III, item 8; cap. IV, itens 4.7 e 5

Direito de audiência: cap. I, item 5  
Doenças graves: cap. III, item 8  
Duração da cautelar: cap. IV, item 5  
Duração razoável: cap. I, item 7

### E

*Ex officio*: cap. III, item 4  
*Extrema ratio*: cap. I, item 9

### F

Fase recursal: cap. III, item 5.3

## ÍNDICE DE ARTIGOS DE LEI CITADOS

### CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 1.º: cap. I, itens 8 e 9; cap. III, item 4; cap. VI, item 1

**Art. 5.º,**

IX: cap. I, item 2

XI: cap. VI, item 2

XXXVIII: cap. III, item 10; cap. IV, item 6

XLII: cap. III, item 2.4

XLIII: cap. III, item 2.4

XLVIII: cap. VI, item 3

XLIX: cap. VI, item 3

LIII: cap. I, item 4

LIV: cap. I, item 7

LV: cap. II, item 7; cap. III, item 10; cap. IV, item 6

LVII: cap. I, item 3; cap. III, item 5.3

LVIII: cap. I, item 9; cap. III, item 6.3; cap. V

LX: cap. III, item 10

LXI: cap. I, itens 1, 2, 3 e 4; cap. II, itens 1, 2 e 7; cap. VI, item 2

LXII: cap. II, item 7; cap. VI, item 2

LXIII: cap. II, item 7; cap. III, item 3.2.3

LXIV: cap. II, item 7; cap. VI, item 2

LXV: cap. II, item 9; =cap. III, item 9

LXVI: cap. II, item 11.1

LXXVIII: cap. I, item 7

Art. 5.º, §§ 3.º e 4.º: cap. I, item 7; cap. III, item 4

Art. 36, § 1.º: cap. VI, item 3

Art. 59: cap. I, item 4

Art. 62: cap. VI, item 4

Art. 83, § 3.º: cap. II, item 4.5

Art. 105, II: cap. V

Art. 127: cap. II, item 9

Art. 129: cap. III, item 4

Art. 144: cap. III, item 3.2.1

Art. 226, § 8.º: cap. III, item 6.4

### CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 10: cap. I, item 7

Art. 46: cap. I, item 7

Art. 282: cap. IV, itens 1 e 3

Art. 282, I: cap. I, item 8

Art. 282, II: cap. I, item 8; cap. II, item 11.3.2

Art. 282, § 2.º: cap. II, item 9; cap. IV, item 3

## ÍNDICE DE LEIS CITADAS

- Lei 2.860/1956: cap. VI, item 3  
Lei 3.988/1961: cap. VI, item 3  
Lei 5.256/1967: cap. VI, item 3  
Lei Complementar 35/79: cap. II, item 4.5; cap. VI, item 3  
Lei 8.038/1980: cap. III, item 5.3  
Lei 8.072/1980: cap. III, item 6.5  
Lei 7.210/1984: cap. VI, item 3  
Lei 7.492/1986: cap. III, item 3.2.1  
Lei 7.960/1989: cap. I, item 7; cap. VI, item 4  
Lei 8.074/1990: cap. I, item 7; cap. II, item 4.4  
Lei 8.429/1992: cap. IV, item 4.6  
Lei 8.625/1993: cap. II, item 4.5  
Lei Complementar 75/1993: cap. II, item, 4.5  
Decreto-lei 1.706/1993: cap. VI, item 3  
Lei 8. 884/1994: cap. III, item 3.2.2  
Lei 8.906/1994: cap. VI, item 3  
Lei 9.034/1995: cap. I, item 7, cap. II, itens 6 e 11.1  
Lei 9.099/1995: cap. II, itens 4.3 e 4.4  
Lei 9.503/1997: cap. II, item 4.2; cap. III, itens 2.1 e 3.2.1; cap. IV, item 4  
Lei 9.613/1998: cap. II, item 11.1  
Lei 11.340/2006: cap. II, item 4.3; cap. III, item 6.4; cap. IV, item 4.3  
Lei 11.343/2006: cap. I, item 7; cap. II, item 4.4 e 11.1; cap. III, item 6.5; cap. IV, item 4  
Lei 12.037/2009: cap. III, item 6.3

## ANEXO

### LEI 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011

Altera dispositivos do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**Art. 1.º** Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

#### «TÍTULO IX

#### DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA»

«Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1.º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2.º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por



## SOBRE O AUTOR



### Nereu José Giacomolli

Nereu José Giacomolli é doutor pela Universidad Complutense de Madrid, com estudos de pós-doutorado na Università degli Studi di Torino e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). É professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na graduação, especialização, mestrado e doutorado em ciências criminais, com projetos de pesquisa na área do processo penal contemporâneo. É magistrado desde 1986 e desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, integrante da 3ª Câmara Criminal.



[Adquirir este livro](#)



[contato por e-mail](#)

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64-5, Jardim Paulistano • CEP 01452-002  
São Paulo-SP • tel. 55 (11) 3192.3733