

PUCRS

FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
DOUTORADO

BRUNNA LAPORTE CAZABONNET

**PROCEDIMENTO CAUTELAR E TUTELA CAUTELAR PESSOAL NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE CAUTELARIDADE PROCESSUAL
PENAL ADEQUADA AO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

BRUNNA LAPORTE CAZABONNET

**O PROCEDIMENTO CAUTELAR E A TUTELA CAUTELAR PESSOAL NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE
CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL ADEQUADA AO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Tese de Doutorado apresentada como requisito para a obtenção do grau de Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner

Porto Alegre

2019

Ficha Catalográfica

C386p Cazabonnet, Brunna Laporte

O procedimento cautelar e a tutela cautelar pessoal no processo penal brasileiro : A construção de um modelo de cautelaridade processual penal adequada ao sistema acusatório / Brunna Laporte Cazabonnet . – 2019.

299.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner.

1. Tutela cautelar de natureza pessoal. 2. Periculosidade. 3. Dispositivo de polícia. 4. Perigo cautelar. 5. Procedimento cautelar. I. Gloeckner, Ricardo Jacobsen. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

BRUNNA LAPORTE CAZABONNET

**O PROCEDIMENTO CAUTELAR E A TUTELA CAUTELAR PESSOAL NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE
CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL ADEQUADA AO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Tese de Doutorado apresentada como requisito para a
obtenção do grau de Doutora pelo Programa de Pós-
Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito
da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: ____ de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner (Orientador)

Professor Dr. Aury Lopes Jr.

Professor Dr. Fauzi Hassan Choukr

Professor Dr. Miguel Wedy Tedesco

Professor Dr. Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2019

AGRADECIMENTOS

Agradecer, pelo menos, para mim se revela como uma prática diária, dada a consciência que criei de que, para ter um tempo dedicado à elaboração de uma tese, muitas outras pessoas deram seu tempo para tornar isso possível. Então, o difícil não é agradecer, mas nomear todos. Nada como sentir na pele o que nos outros trabalhos parecia não passar de conversa fiada. Isso nunca se revelou tão verdadeiro: achei que não fosse acabar.

Duas pessoas devem encabeçar essa etapa de agradecimento. A primeira é minha mãe, Susana Laporte, que incansável como é, nunca se negou a construir novas lentes para sentir o outro, compreender as diversas realidades, mesmo que pertençamos a um núcleo que sistematicamente reproduz o senso comum. O meu maior exemplo de reinvenção e amor está em você.

A outra pessoa é o Robson Arend, meu Quinho, que, desde sempre, apoiou as minhas escolhas e, principalmente, o meu desejo pelo espaço acadêmico, sem medir forças para que eu pudesse tornar-me, cada vez mais, eu mesma. Ainda que isso não seja tarefa fácil. *Gracias, amor, pues no se hacer otra cosa más que quererte.*

À minha família, de sangue e coração, que, mesmo com todas as diferenças que possuímos, nos permitimo-nos, nos últimos anos, recomeçar uma relação em torno da vó, mas que hoje já se mantém por vínculos de afeto independentes, que me trazem momentos de muita alegria: Arthur; Paola; Gina; Ramão; Sandra; Lety. Ao meu amado Tio Pedro, por ser referencial de amor, liberdade e desprendimento.

Ao meu orientador Professor Dr. Ricardo Gloeckner, detentor de um conhecimento absurdo, mas, ao mesmo tempo, de uma generosidade proporcional a este, que me ajudou desde o primeiro dia de orientação. Com certeza, não haveria tese sem as suas orientações, questões e indicações de leitura. Espero que esta tese possa, minimamente, retribuir pelo trabalho e confiança em mim depositados. Obrigada!

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, por toda a dedicação e conhecimento compartilhado. Mesmo correndo o risco de deixar de nomear alguém, agradeço ao Professor Nereu Giacomolli, pelo apoio e tranquilidade transmitidos desde a entrevista da seleção; ao Professor Aury Lopes Jr., por abrir a sua biblioteca aos discentes, pelos precisos questionamentos em sala de aula e na banca de qualificação da tese; ao Professor Luciano Feldens, pela rigidez e comprometimento acadêmicos transmitidos; ao Professor Giovani Saavedra, meu orientador desde a graduação, que, efetivamente, apontou-me o

caminho acadêmico; e à Professora Ruth Gauer, por abrir um leque de possibilidades para além do processo penal.

Agradeço, imensamente, às poucas, mas tão próximas, amizades construídas nesse caminho percorrido nos últimos anos. À Deise, minha parceira de trabalhos acadêmicos durante o curso, por ter sempre uma palavra afetuosa na ponta da língua e um abraço carinhoso. À Ana Cifali, por dividir comigo as angústias daquilo que parecia sem fim. E também, para desopilar, pelos generosos contatos de beleza compartilhados. Ao Caíque, que se tornou um baita amigo. À Bruna Caparelli, por resolver as minhas dúvidas sobre a codificação italiana. À Paula Ballesteros por sanar minhas questões atinentes à codificação chilena. À Carol Stein, parceira de viagens, congressos e ideias.

À Denise, detentora de uma força e uma coragem que sempre me inspiraram. À Mari De Paula e à Bruna Marcondes, pela clara aversão à tristeza que elas possuem, ambas com a capacidade de encher a minha vida de cores. À Cici Medeiros pela amizade de tantos anos. À Nicole, por sempre dizer que logo a tese “ia andar”.

À Urcamp, agradeço às coordenadoras dos cursos, nos quais ministrei aulas, Ana Paula Torres e Fabiane Segabinazi, por confiarem no meu trabalho e possibilitarem que ali eu conhecesse a paixão pela sala de aula.

Aos companheiros de docência, da Faculdade São Francisco de Assis. À Neida Floriano pela carinho e apoio incondicional; à Cristiane Dalla Vale, uma amiga querida; à Cristiny Mroczkoski, por me encaminhar material que foi de grande importância para a tese; e ao Coordenador, Otávio Otanello Borsa, pela dedicação que tem com o nosso Curso e por sempre estar disposto a auxiliar com qualquer problema que surgir.

À Marcinha, que, mesmo sem saber, ainda na inscrição, num dia de caos no trabalho (realização de um primeiro Congresso em Alegrete, com o deslocamento de professores de Porto Alegre), último dia para envio do projeto, foi fundamental para que tudo se encaixasse. E pelo carinho de sempre, nos últimos seis anos, entre mestrado e doutorado. À Claudia Morele, querida Boyito, por todas as risadas.

À Dirce Welchen, professora, Doutora em Letras, pela cuidadosa correção do texto, e à Marta de Oliveira, bibliotecária da PUCRS, que me prestou enorme auxílio na formatação da tese.

À CAPES pelo apoio financeiro que possibilitou a concretização do curso de Doutorado. Algo que lá na graduação parecia tão longe, hoje toma contornos de realidade e reafirma a minha crença de que o sucateamento do ensino é um dos pilares que permite o revigoreamento de tempos sombrios.

Sólo le pido a Dios
que el dolor no me sea indiferente
que la reseca muerte no me encuentre
vacío y solo sin haber hecho lo suficiente.

Sólo le pido a Dios
que lo injusto no me sea indiferente
que no me abofeteen la otra mejilla
después que una garra me arañó esta suerte.

Sólo le pido a Dios
que la guerra no me sea indiferente
es un monstruo grande y pisa fuerte
toda la pobre inocencia de la gente. (León Gieco)

RESUMO

Esta tese tem por objeto de estudo a tutela cautelar penal de natureza pessoal. O trabalho dividiu-se em quatro capítulos que, apesar de responderem a questionamentos autônomos, todos voltaram-se ao problema de pesquisa assim estabelecido: atualmente, tendo por base a estrutura material, vinculada ao conteúdo, e formal, relacionada à forma da aplicação da tutela cautelar pessoal, é possível realizar-se uma cognição cautelar constitucional e convencionalmente adequada? Foram aliados dois eixos teóricos: o primeiro, de viés processual, buscou delimitar o estado da arte sobre cautelaridade, delineando a construção genealógica da tutela cautelar; o segundo, de caráter mais criminológico, buscou desvelar a funcionalidade periculosista-defensivista como constitutiva do instituto. A pesquisa empírica, por sua vez, voltou-se para a realização de um panorama empírico do uso da segregação, emergindo a operacionalidade da categoria periculosidade. Dessa forma, aliados o exame processual-criminológico e a pesquisa empírica, a última etapa teve finalidade propositiva, de pensar no direito um mecanismo apto a estender a cognição cautelar e afastá-la do modelo quase administrativo da sua tomada, descambando numa funcionalidade material sumária. Para tanto, apresentou-se o procedimento cautelar. Como um reflexo de um processo penal de cariz acusatório, constitucionalizado e convencional. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica - de cunho processual penal, civil e criminológico – e uma pesquisa empírica realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Linha de pesquisa: Sistemas jurídico-penais contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela cautelar penal de natureza pessoal. Periculosidade. Dispositivo de polícia. Perigo cautelar. Procedimento cautelar.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze the provisional criminal remedy of personal nature. The paper was divided in four chapters that, despite answering to autonomous questions, all of them are focused on the following topic: currently, is it possible to carry out an adequate constitutional provisional remedy based on the theoretical, procedural and criminological biases that provide the material and formal structure, linked to the content and related to the way of personal provisional remedy is enforced?

Two theoretical study pillars were allied: the first one is related to a procedural bias, and it determines the state of the art on provisional criminal remedies, outlining the genealogical construction of them. The second one is more related to a criminological nature and it reveals the social defense functionality as constitutive character of the doctrine.

The empirical research is focused on the achievement of an empirical overview of the use of segregation, emerging the operability of the dangerous category. The purpose of the last stage of the study was to consider the law as a mechanism able to extend the provisional cognition and remove it from the administrative model that has been taken so far and turning it into a summary material functionality. In this last stage procedural-criminological examination and empirical research were allied.

As a consequence of an accusatory, constitutional and conventional criminal procedure a provisional procedure was shown. The methodology used was the bibliographical research - criminal, civil and criminological - and an empirical research was carried out in the scope of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul. Line of research: contemporary criminal law systems.

KEYWORDS: Provisional criminal remedy of personal nature. Dangerous work. Police device. Provisional danger. Provisional procedure.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 –	Total de julgados e nº da amostra.....	146
Gráfico 1 –	A aplicação de medidas cautelares pessoais.....	148
Gráfico 2 –	Antecedentes penais.....	149
Gráfico 3 –	Afastamento de medidas cautelares diversas.....	150
Gráfico 4 –	Uso do parecer ministerial.....	150
Gráfico 5 –	Da fundamentação.....	151

LISTA DE SIGLAS

AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
Art.	Artigo
CEJA	Centro de Estudos de Justiça das Américas
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDDD	Instituto de Defesa ao Direito de Defesa
PL	Projeto de Lei
MJ	Ministério da Justiça
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
RSE	Recurso em Sentido Estrito
STF	Supremo Tribunal Federal
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	12
2	O ESTADO DA ARTE: ESTUDO TEÓRICO DA TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL.....	16
2.1	AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL.....	17
2.2	A INSTRUMENTALIDADE CAUTELAR NO PROCESSO CIVIL.....	21
2.3	A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PENAL.....	43
2.4	A DEFINIÇÃO DA TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL.....	46
2.5	A BUSCA POR UMA FORMA DE CONSTRUIR UMA TUTELA CAUTELAR PRÓPRIA AO PROCESSO PENAL.....	74
3	A CAUTELARIDADE BRASILEIRA E SUA FUNCIONALIDADE DEFENSIVISTA-PERICULOSISTA.....	86
3.1	OS RECURSOS QUE SERVEM À TUTELA CAUTELAR PENAL.....	88
3.2	COMO SE TRATA A QUESTÃO CRIMINAL NO BRASIL: A PERMANÊNCIA DE UM PATRIMÔNIO AUTORITÁRIO EM TEMPOS DEMOCRÁTICOS.....	100
3.3	A IMPORTAÇÃO DE CATEGORIAS FUNDANTES EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL.....	115
3.4	DA PERICULOSIDADE: CATEGORIA ESTRUTURANTE DA CAUTELARIDADE PENAL.....	122
3.5	O DISPOSITIVO DE POLÍCIA E SUA SIMETRIA COM O PAPEL DESEMPENHADO PELA CAUTELARIDADE.....	131
4	OS CONTORNOS DA TUTELA CAUTELAR NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	143
4.1	O CAMINHO PERCORRIDO E A CRIAÇÃO DO BANCO DE DADOS.....	144
4.2	A ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DOS JULGADOS.....	149
4.2.1	Primeira Câmara Criminal.....	154
4.2.2	Segunda Câmara Criminal.....	163
4.2.3	Terceira Câmara Criminal.....	171
4.2.4	Quarta Câmara Criminal.....	178
4.2.5	Quinta Câmara Criminal.....	183
4.2.6	Sexta Câmara Criminal.....	187

4.2.7	Sétima Câmara Criminal.....	192
4.2.8	Oitava Câmara Criminal.....	196
4.3	UMA SÍNTESE DA ANÁLISE.....	201
5	O PROCEDIMENTO CAUTELAR: STANDARDS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TUTELA CAUTELAR PRÓPRIA A UM PROCESSO PENAL DE CARIZ ACUSATÓRIO.....	207
5.1	NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS NA AMÉRICA LATINA.....	208
5.1.1	As insuficientes disposições do novo Código de processo penal.....	214
5.1.2	A audiência de custódia: um mecanismo ainda insuficiente para romper com a lógica operante no emprego da tutela cautelar.....	221
5.2	A CONSTRUÇÃO DE UMA TUTELA CAUTELAR PENAL SOB O ASPECTO MATERIAL (CONTEÚDO).....	229
5.2.1	O significante cautelar não é sinônimo do seu significado: delimitando a cautelaridade penal.....	231
5.3	OS CARACTERES FORMAIS DA TUTELA CAUTELAR: INDEPENDÊNCIA X AUTONOMIA DA TUTELA CAUTELAR.....	243
5.4	O PROCEDIMENTO CAUTELAR: A COMPREENSÃO DE FORMA COMO GARANTIA OU O AVESSE DO AMORFISMO INQUISITORIAL....	247
5.4.1	A jurisdicionalidade cautelar: o juiz de controle, a imparcialidade e a não prevenção.....	255
5.4.2	O elemento contracultural: as audiências de controle.....	262
5.4.3	Só é excepcional se efetivamente for a última opção: o uso prefacial de medidas cautelares diversas da prisão.....	267
5.4.4	O reexame da decisão tomada no procedimento cautelar.....	273
5.4.5	O avanço em termos de tutela cautelar penal pessoal: os contornos do procedimento cautelar.....	276
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	279
	REFERÊNCIAS.....	287
	ANEXO A.....	299

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por eixo temático a cautelaridade no processo penal brasileiro. Optou-se por produzir uma tese nessa área em função da compreensão de que se está frente a um tema “velho”, nos exatos termos definidos por Pujadas,¹ embora sofra com a ausência de uma sistematização, conseqüentemente, há uma agigantada distância entre aquilo que são as disposições teóricas sobre as medidas cautelares penais e a sua aplicabilidade empírica.

Carece-se de um regime legal coerente, no que toca à justificação, aos requisitos e fundamentos, ao procedimento, à duração, à revisibilidade, à fiscalização e ao controle sobre o cumprimento das medidas presentes nessa tutela. Não há um método cautelar penal próprio às medidas de natureza pessoal.

Ademais, destaca-se que a lei nº 12.403/2011 e a implementação de Justiça de audiências de custódia, pelo Conselho Nacional, no ano de 2015, não lograram uma alteração significativa do quadro prisional atual brasileiro. Em ampla medida, justificada pelas prisões cautelares que, em alguns estados do país, superam o número de prisões-pena. Tampouco se visualiza um melhor panorama técnico para a cautelaridade penal pessoal desde a ótica do Código Processual Penal, pendente de aprovação no Congresso Nacional, e do Projeto de Lei Anticrime, lançado no início de 2019, pelo Ministro da Justiça. No que diz respeito a este projeto, assenta-se no efficientismo penal, inflamado pelo populismo punitivo, recorrendo a alterações legais já julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive. Portanto, percebe-se que se está muito longe de conseguir alterar as bases teóricas e o emprego atual da cautelaridade.

Manter a tutela cautelar penal assentada em medidas incidentais revela-se em uma opção clara pelo viés, quase, administrativo com que estas são adotadas, numa posição que relega o contraditório a um plano secundário, impossibilitando que se efetive um quadro defensivo. Ademais, a permanência do conteúdo cautelar penal em mãos do mesmo juiz que sentencia o processo facilita a criação de atalhos decisórios, adquirindo a medida cautelar *status* probatório, ao passo que a cognição cautelar se torna um momento de definição processual.

Dessa forma, cada capítulo da tese parte de um questionamento, como modo de estabelecer um eixo condutor e tornar as seções concatenadas, sem perder a ideia de que uma tese, apesar de formada por pequenas outras, deve demonstrar-se una. Destarte, a questão orientadora é assim estabelecida: no marco teórico, legal e empírico contemporâneo, há

¹ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral - Universitat de Girona. Girona, 2007.

condições de estabelecer-se uma cognição cautelar constitucional e convencionalmente orientada? Hodiernamente, nos moldes material, vinculado ao conteúdo, e formal, atinente à formalização da aplicação da tutela cautelar, há condições de se estabelecer uma cognição cautelar?

Como hipótese, sustenta-se a inviabilidade da efetivação da cognição cautelar, haja vista a forma como é tomada a decisão sobre a matéria, quem a toma, e os porquês do uso dessa tutela. Por isso, propõe-se o procedimento cautelar como uma construção jurídica que efetive garantias ao passo que delimite a atuação dos atores do processo penal. Acredita-se que reorientar o emprego da tutela cautelar é reafirmar as bases de um processo penal constitucional e convencionalmente adequado.

O primeiro capítulo é um levantamento processual penal, pois tem como objetivo delinear o estado da arte sobre a matéria, ou seja, aventar o desenvolvimento teórico que dá as bases para que a matéria ainda seja discutida nos termos atuais. Na sequência, faz-se um recorte temporal, que parte do período imediatamente anterior à promulgação do Código de Processo Penal da década de quarenta, em virtude de se acreditar que, dessa forma, trazem-se as matrizes autoritárias que perpassam o processo penal e, por conseguinte, a cautelaridade penal.

Desde a ótica processual civil e penal, apresentam-se as formas como a tutela cautelar tem sido empregada por essas searas, definindo-a, portanto, como um processo, um procedimento e como medidas cautelares incidentais. Nesse capítulo, tem-se como objetivo apontar os traços fundantes dessa tutela e a sua funcionalidade, tais como a instrumentalidade, a acessoriedade, a provisionalidade e provisoriedade, a jurisdicionalidade e a excepcionalidade. Destaca-se a proximidade teórica da prisão preventiva com a medida de segurança, estabelecida por autores como Marques e Tornaghi.

No segundo capítulo, seguindo os rastros deixados pelas matrizes processuais penais da formação do Código de Processo Penal, persegue-se a hipótese da prisão preventiva com uma espécie de medida “administrativa”, ou seja, uma medida de polícia propriamente. Isso se torna possível pelo significativo “periculosidade”, que ficou imbricado na cautelaridade, mesmo com o advento da escola técnico-jurídica e a busca pela retirada da “medicinzicação” do Direito. Dando continuidade, aponta-se como categoria estruturante e não acidental da tutela cautelar a periculosidade individual, que brota mediante o emprego da ordem pública como fundamento de aprisionamento cautelar. Essa é a porta para que a periculosidade adquira *status* jurídico, adentrando no processo penal mediante uma simbiose, absolutamente funcional a um Estado penal, entre a dogmática-penal e a criminologia de cunho positivista-periculosista.

O terceiro capítulo dedica-se a comprovar que a periculosidade, além de integrar a cautelaridade no espaço teórico, na seara prática, não se manifesta de modo diverso. O exame de quase 1500 acórdãos, proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entre os anos de 2013 e 2018, permite afirmar que o uso da garantia da ordem pública como fundamento, em tese, cautelar, legitima o emprego dessa tutela como dispositivo policialesco.

Percorrido esse caminho, de estabelecer o estado da arte na matéria e, a partir dele, iniciar a pensar a tutela cautelar como próxima à medida de segurança, percorrendo os vieses da periculosidade na teoria e na práxis jurídica, chega-se à etapa de examinar o que é necessário para que efetivamente se tenha uma tutela cautelar penal de escopos processuais.

Portanto, apesar de se sustentar a funcionalidade hodierna das medidas cautelares como medidas de polícia, dado o seu emprego para a governabilidade de um determinado número de sujeitos construídos como perigosos, não se abdica da categoria da cautelaridade. Entende-se que, embora limitado à semântica, dizer que não há possibilidade dessa categoria nas referidas medidas condiz com retirar-lhes um limite, uma barreira.

A tese busca um mecanismo menos afeito ao autoritarismo, ao processo penal de viés inquisitorial, que reduza os curtos-circuitos decisórios do juiz, e lhe retire as funções que não estejam vinculadas à regularidade do andamento processual como papel da cautelar. Afastando-o do exercício do poder estritamente vertical, movido pela busca desenfreada por uma suposta verdade e por escopos vinculados à segurança pública.

Nessa senda, o quarto capítulo trata de erigir, com base em standards na matéria, uma tutela cautelar afinada com um Estado Democrático de Direito. Para tanto, não se segue o caminho do processo, dada a incompatibilidade de se pensar no objeto do processo e em condições da ação, frente a essa espécie de cognição, que não pode ser punitiva e deve ser limitada e sumária. Tampouco acredita-se na suficiência de manter o paradigma cautelar atrelado a medidas incidentais, já que esse foi o modelo pensado para que o juiz pudesse decidir só, para além das partes, relegando o contraditório a mero texto; e a oralidade, a um simulacro. Dito isso, considera-se que, para mudar a forma de aplicação de medidas cautelares pessoais, é central iniciar com o rompimento desse modelo decisório, definindo o que é cautelar e como deve ser a cognição cautelar penal.

No capítulo supracitado, aborda-se uma concepção de como deveria se dar a ingerência estatal na seara da liberdade individual quando da pendência de uma investigação ou processo, mas cuida tão somente de uma hipótese, um ponto de início, dada a descrença na compatibilidade de um processo penal de cunho acusatório com a funcionalidade e a forma da

cautelaridade penal atual. Destarte, busca-se ainda tratar da realidade normativa e fática das medidas cautelares pessoais penais, amoldada ao processo penal.

O anseio por mais penal, o desejo punitivista traz consigo o desejo autoritário, de menos democracia. Quando transborda no Estado esse desejo, ele traz uma enorme carga de ilegitimidade, haja vista o poder de letalidade do Estado em contraposição ao do indivíduo, de modo que se impõe uma barreira formal na tomada de decisão, que é uma das mais caras ao processo penal.

Quanto à metodologia, convém salientar que se caracteriza pelo uso da revisão bibliográfica, processual e criminológica, bem como pela realização de pesquisa empírica no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Linha de pesquisa: Sistemas jurídico-penais contemporâneos.

2 O ESTADO DA ARTE: ESTUDO TEÓRICO DA TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

O primeiro capítulo desta tese tem por objetivo estudar o desenvolvimento das doutrinas processuais sobre o tema da cautelaridade. Percebeu-se como imprescindível a análise de autores que, até a contemporaneidade, são a base teórica empregada acerca das providências cautelares. Dessa forma, será realizado um estudo dos trabalhos doutrinários desenvolvidos desde o período que cerca a promulgação do Código de Processo Penal de 1941. Não apenas pela limitação do espaço do presente trabalho, mas, principalmente, pelo conteúdo que se pretende construir, o qual foi delimitado temporalmente a partir do período supracitado, pois se confia que será possível, assim, observar com clareza as matrizes autoritárias que permeiam o processo penal atual e seus diversos institutos, dentre eles, especificamente, o uso da tutela cautelar pessoal.

Neste primeiro momento, examinar-se-á a função cautelar no processo. Começa-se pela ótica civilista, por ter emprestado várias das suas categorias ao processo penal, uma vez que foram trabalhadas com maior consistência e desenvolvimento científico se comparadas às pesquisas sobre cautelares na seara processual penal. Na sequência, será estudada a cautelaridade no direito processual penal, de modo a verificar a possibilidade de se falar em cautelaridade pessoal na seara penal, especialmente se observada a matriz político-ideológica presente no diploma processual brasileiro, que remonta ao Código processual penal italiano.

Com o estudo teórico, será possível estabelecer uma genealogia do pensamento cautelar brasileiro. Examinar-se-á a lógica de funcionamento dessa tutela e a forma como seu respaldo teórico foi construído, de modo a elucidar as bases que mantêm a discussão da temática no estágio atual. As questões orientadoras que conduzirão este primeiro capítulo podem ser assim definidas: qual é o estado da arte em matéria cautelar? Quais os pressupostos que permitem que a discussão sobre a matéria permaneça no estágio atual?

2.1 AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

No ponto, cumpre fixar o objeto de análise deste trabalho. É sabido que o Código de processo penal traz uma divisão entre prisão preventiva e outras medidas cautelares pessoais e medidas assecuratórias. A principal diferença entre as medidas cautelares pessoais e as reais está no objeto sobre o qual recaem. As primeiras atingem o próprio indivíduo, tolhendo, reduzindo ou condicionando a sua liberdade. Já as segundas atingem o seu patrimônio, atendendo a fins probatórios ou patrimoniais. Convém ressaltar que a pesquisa limitar-se-á ao estudo das primeiras medidas.

Adotando a classificação desenvolvida por Cordero, pode-se dizer que o Código de processo penal brasileiro adota um rol de medidas cautelares pessoais, classificadas como coercitivas ou interditivas. As coercitivas impõem obrigações ou deveres, como conteúdo positivo, quando obriga o indivíduo a realizar algo, ou omissivo, quando representa um deixar de fazer. Como exemplo, pode-se citar a proibição de sair da comarca, o comparecimento periódico em juízo, a prisão domiciliar, a não aproximação de determinado lugar ou pessoa; e a mais gravosa que é a detenção em prisão (*stricto sensu*). E, por outro lado, estão as interditivas, tais como a suspensão do exercício de atividade ou função, suspensão do poder familiar; etc.²

Tem-se que a liberdade individual diminui gradualmente conforme a medida adotada, haja vista um escalonamento de intensidade de restrição. Portanto, as medidas que serão objeto da pesquisa estão dispostas entre os artigos 312, 319 e 320, todos do CPP.

Dito isso, faz-se necessária uma breve explicação do porquê não aprofundar a temática acerca da prisão em flagrante e a prisão temporária que, de regra, nos manuais de processo penal, são trabalhadas juntamente com a prisão preventiva e as medidas cautelares diversas. A razão é esta: não se vê, nessas espécies de segregação, utilizando a classificação tradicional de instrumentalidade ao quadrado, cautelaridade.

Em sentido contrário, Marques aduzia que, na prisão em flagrante, o poder cautelar se realiza de modo indireto e sem controle jurisdicional.³ Na mesma esteira, atualmente, sustenta Polastri que o sujeito, enquanto aguarda a convalidação da prisão em flagrante, fica detido a título cautelar, mesmo que por espaço curto de tempo. Afirma, ainda, que a lei nº 12.403/2011 andou mal quando retirou a autonomia da prisão em flagrante como medida cautelar, haja vista ter o texto constitucional lhe garantido esse caráter, subvertendo a previsão constitucional que,

² CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Colombia: Editorial Temis S.A, 2000. p. 405.

³ MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1960. p. 48.

segundo o autor, autorizaria a sua ratificação, sem a necessária substituição pela prisão preventiva.⁴

No ponto, parece ocorrer um equívoco que consiste na confusão terminológica que cerca o conteúdo cautelar. Esse conteúdo não é dado expressamente pela Constituição, ele é uma construção normativa que se dá fora da Carta Política, que não denomina a prisão, anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, de cautelar, e muito menos o faz com a prisão em flagrante.

Explica-se que a prisão em flagrante não é cautelar, sendo decorrente da materialidade patente de uma infração delitiva e, por isso, uma espécie de segregação de caráter administrativo, realizada por autoridade policial ou por qualquer um do povo. Anteriormente à alteração legal de 2011, de modo inadequado, alguns autores lhe atribuíam caráter autônomo e, de fato, sua extensão temporal era próxima daquela da prisão preventiva, por mau funcionamento do sistema de administração da justiça. Contudo, nesse panorama anômalo, nunca poderá ser afirmado o caráter cautelar dessa medida, já que não está amparada em nenhum dos fundamentos presentes no art. 312 do CPP.⁵

A sua motivação é qualquer outra alheia a essa esfera: evitar a consumação do crime; assegurar a reação imediata frente à ocorrência de um delito; assegurar a coleta de elementos probatórios, como meio próprio de prova; entre outros. Nesse sentido, a sua excepcionalidade reside na ausência de decisão judicial para tal prisão – autorizada constitucionalmente – e não por ser uma medida cautelar propriamente.

O flagrante não é uma espécie de prisão cautelar, mas medida que dá início ao procedimento que poderá acarretar a aplicação de uma prisão dessa natureza.⁶ Por esse ângulo, Gloeckner afirma que se trata de uma prisão administrativa cujo objetivo é deflagrar a investigação preliminar.⁷

Segundo Polastri, anteriormente à lei nº 12.403/2011, o juiz não necessitava reavaliar o *fumus commissi delicti*, limitando-se a analisar o *periculum libertatis*, o que agora se tornou obrigatório e constitui uma procrastinação.⁸ Mais uma vez, não se pode aderir a esse raciocínio. O juiz sempre deverá avaliar os requisitos e os fundamentos da prisão preventiva. Mesmo que

⁴ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 196.

⁵ Os fundamentos da segregação serão desenvolvidos no último capítulo, como um dos standards em matéria cautelar.

⁶ BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**: nova reforma do processo penal – lei 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 53.

⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 269.

⁸ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 197.

a prisão em flagrante traga consigo a “ideia” do fato propriamente e da sua visibilidade, deve-se lembrar que o *fumus* desdobra-se em materialidade e indício de autoria, de modo que é possível que uma conduta não seja crime ou que aquele sujeito não seja seu autor, principalmente, se se observa que é uma prisão que pode ser realizada por qualquer um do povo.

Ademais, agrega-se maior complexidade à questão quando se verifica que o CPP brasileiro traz hipóteses de flagrante impróprio e presumido, que ocorrem após a consumação do crime. Ou seja, crê-se que o magistrado deva realizar a análise de requisitos e fundamentos à segregação preventiva, mesmo que precedida de uma prisão em flagrante.

Dessa forma, não se vislumbra a necessidade de prosseguir examinando essa forma de prisão, pois este trabalho objetiva a análise da tutela cautelar no Brasil e, conseqüentemente, das medidas cautelares presentes no CPP e, conforme asseverado acima, não se entende que essa forma de prisão tenha essa natureza jurídica.

Passa-se à prisão temporária, que está prevista na lei nº 7.960/89. Alguns autores criticam a existência dessa modalidade de prisão, dentre eles, Lopes Jr., por vê-la como uma reformulação da prisão para averiguação e identificação de suspeitos, utilizada anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988. É um resquício de um período autoritário da história, já que “é um importantíssimo instrumento da cultura inquisitória.”⁹ O uso dessa medida restringe-se ao tempo de duração da investigação criminal, limitada às espécies dos delitos previstos no art. 1 da lei supracitada, que visa a facilitar o inquérito.

Para Polastri, o *fumus comissi delicti* estaria no inciso III, devendo a autoridade policial demonstrar a materialidade de algum daqueles delitos arrolados, bem como fundamentar as razões de autoria. O *periculum libertatis* estaria presente nos incisos I e II. O primeiro cuidaria da necessidade de elucidar o fato delitivo; o segundo, da ausência de residência fixa ou identidade certa – estas últimas dizem respeito à possibilidade de fuga, frustrando a aplicação da lei penal, de forma que estaria presente a natureza cautelar. Na acepção do autor, para fins de decretação da medida, deverão estar presentes o I e o III, sendo o II redundante, já compreendido no I. Essa modalidade de segregação tem prazo de duração, 5 dias para crimes comuns; de 30 dias para crimes hediondos ou equiparados a hediondos.

Por outro lado, para Gloeckner, a prisão temporária não tem relação com a cautelaridade penal, pois não está a serviço do processo penal, encontrando-se vinculada à tutela da investigação policial. Explica que o requisito cognitivo para decretar a medida cautelar é mais rigoroso do que aquele presente para encerrar a investigação, já que, no primeiro, há um juízo

⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 673-674.

de probabilidade; no segundo, um juízo de possibilidade. Em síntese, como há uma diferença entre os níveis de exigência de cognição, se os elementos indiciários já estão presentes na investigação, não há razão para ter-se uma prisão, sob pena que se configure a própria prisão como um ato de investigação.¹⁰

Concorda-se com o autor, entende-se que a prisão temporária não é dotada de cautelaridade, nos moldes da doutrina tradicional, por não tratar-se de prisão que sirva ao resguardo do processo penal. É uma medida que cerca o âmbito administrativo das investigações e, quando aplicada, faz referência ao conceito semanticamente aberto da imprescindibilidade às investigações, de modo a deslocar a obrigação que é do Estado, de investigar e apurar os fatos, ao investigado. Cala sobre a razão dessa necessidade para além do aprisionamento do corpo do sujeito que, constitucionalmente, não tem por que produzir prova contra si mesmo.¹¹

Nessa mesma esteira de entendimento, está Nicolitt, quando assevera que é uma gravíssima inversão, inaceitável num Estado democrático de direito, prender para depois investigar, já que “a liberdade é a regra constitucional, sendo então a lógica, investigar para depois prender. Dessa maneira, a prisão temporária viola o próprio conteúdo axiológico da Constituição, mormente a presunção de inocência.”¹²

Está-se, claramente, frente à outra medida que pode ter como fundamento qualquer outra situação, mas não a cautelaridade. O mero fato de dar-se antes da sentença penal condenatória não pode ser suficiente para atribuir-lhe natureza cautelar. Dito isso, o enfoque de estudo será a prisão preventiva, medida por excelência utilizada – considerada de modo pacífico pela doutrina e jurisprudência como cautelar – e as demais medidas cautelares diversas da prisão.

¹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 268-269.

¹¹ É fundamental esclarecer que não se descarta a possibilidade do emprego de medidas cautelares pessoais durante a investigação. Contudo, a forma com que está regrado o instituto da prisão temporária, vinculado a uma suposta imprescindibilidade para as investigações, é de uma abertura conceitual, de um amorfismo, incompatível com a restrição cautelar da liberdade individual. Ademais, a isso se acrescenta a sua duvidosa constitucionalidade, haja vista a sua origem.

¹² NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar**: prisão e demais medidas cautelares. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 103.

2.2 A INSTRUMENTALIDADE CAUTELAR NO PROCESSO CIVIL

À medida que são analisadas as doutrinas processuais civis, verifica-se que, em grande parte, o estudo com as lentes de uma teoria geral do processo montou-se pela discrepância de conhecimento científico acumulado sobre o processo civil. Com isso, geraram-se tratativas de incorporar procedimentos e institutos desenvolvidos para aquela seara no campo processual penal, buscando dar-lhe maior cientificidade.

Permeiam as doutrinas, sejam elas da órbita civil sejam da penal, a concepção de que providências cautelares são instrumentos. A grande base de apoio para tanto é a obra de Calamandrei, realizada em homenagem a Chiovenda, intitulada introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, que objetivava preencher a lacuna literária correspondente aos princípios gerais da tutela cautelar e que é fruto de um curso oferecido no ano de 1934. Inicia o autor, explicando que a motivação para trabalhar a temática foi a carência de obras que cuidassem de forma completa dos princípios gerais da tutela cautelar. Essa carência é perceptível até a atualidade brasileira, pois não se encontram muitos trabalhos que aprofundem suas pesquisas sobre a natureza jurídica da tutela cautelar.

Calamandrei afirma que a doutrina estuda o tema sob três aspectos: como ação assecuratória ou cautelar, que visa a emanar um procedimento conservador ou interino; como processo cautelar, no qual um procedimento conservador ou interino se constrói; ou como um procedimento em si mesmo, procedimento cautelar, que é diferente dos demais procedimentos jurisdicionais.¹³

O autor opta pela terceira forma de sistematização do conteúdo, por entender que os tipos de ação ou processo não são mais do que um acessório e uma premissa à classificação dos vários tipos de procedimentos. Justifica a sua opção, também, em função do processo que encerra o procedimento cautelar não ter uma característica própria ou estrutura que permita considerá-lo formalmente um tipo à parte. Da mesma forma, o autor não utiliza a ação cautelar como objeto de pesquisa, porque é o conteúdo do procedimento jurisdicional que pode servir para definir as ações e não o contrário. Dito isso, ele propõe como objetivo diferenciar o procedimento cautelar dos demais procedimentos jurisdicionais.¹⁴ Aqui já se logra distinguir a

¹³ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 17.

¹⁴ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 19.

primeira forma de trabalhar a tutela cautelar, como um procedimento cautelar, considerando que a natureza jurídica dessa tutela emana de um procedimento.

Para fazer essa distinção, não bastaria a adoção de um critério formal ou objetivo, em virtude de não ser possível distingui-lo pelo sujeito que o decreta, já que não há uma jurisdição cautelar, como tampouco há uma forma típica de decisão. Por outra parte, o campo subjetivo, ou seja, a diferenciação a partir dos efeitos jurídicos é insuficiente, já que esses efeitos não são diferentes qualitativamente dos efeitos do procedimento de conhecimento ou de execução.¹⁵ Essa distinção sequer pode ser praticada no Brasil, pois não há uma jurisdição exclusiva para a seara cautelar, bem como os efeitos decorrentes da medida cautelar empregada, em regra, dizem respeito aos bens que serão atingidos, caso se tenha uma sentença penal condenatória, mesmo que, teoricamente, não lhe seja dado o caráter satisfativo.

Portanto, uma das dificuldades ressaltadas por Calamandrei foi a posição do procedimento cautelar no sistema processual, que, inicialmente, era associado à seara da execução forçada ou à seara do conhecimento. Para resolver a questão, apontou que o direito no processo poderá assumir três modelos: conhecimento, conservação e execução. Definiu a tutela cautelar como uma modalidade autônoma, presente na conservação, mas esse critério não seria homogêneo, já que os efeitos do procedimento cautelar podem ser declarativos ou executivos, adentrando no grupo do conhecimento ou da execução. Haveria, então, uma insuficiência em dizê-las pertencentes ao grupo de provimentos de conservação como forma de caracterização.

Nesse sentido, a provisoriedade seria o caráter distintivo dos procedimentos cautelares – ou seja, a limitação da duração dos efeitos até o surgimento de outro evento – em relação aos demais procedimentos, de modo que “por sua natureza destinada a esgotar-se, quando o seu objetivo terá sido finalmente alcançado no momento em que for emanado o procedimento sobre o mérito da controvérsia”.¹⁶ Dessa forma, pode-se dizer que é provisório em sua finalidade.

Para o autor, o interesse específico para a emanção de uma medida cautelar é o perigo de dano jurídico, que provém do atraso de um procedimento jurisdicional definitivo (*periculum in mora*), com caráter de urgência, que difere da aceleração do procedimento principal. A instrumentalidade é posta por Calamandrei como a nota “verdadeiramente típica dos

¹⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 21.

¹⁶ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 32-33.

procedimentos cautelares”, visto que nascem a serviço de uma decisão definitiva, sendo tutela mediata para garantir o eficaz funcionamento da justiça.

Os provimentos cautelares são dotados de uma instrumentalidade qualificada, pois são o instrumento do instrumento, que é o processo principal. Em suma, para o autor, o procedimento cautelar é a “antecipação provisória de certos efeitos do procedimento definitivo, dirigida a prevenir o dano que poderia derivar do atraso deste”¹⁷, que poderá ter qualificação conservativa ou inovadora. O primeiro caso diz respeito à conservação do estado de fato, que seria propício ao exercício dos efeitos do procedimento principal; o segundo é relativo a quando se constituem novas relações jurídicas ou medidas inovadoras no mundo externo.¹⁸

Calamandrei divide a relação de instrumentalidade, entre os procedimentos cautelar e principal, em quatro espécies: 1) procedimento instrutório antecipado, utilizado quando o objetivo é adquirir preventivamente dados probatórios positivos ou negativos, para prevenir o *periculum in mora* próprio ao processo principal; 2) procedimento para assegurar execução forçada, este busca evitar a dispersão de bens que poderão ser objeto do processo principal, num paralelismo ou prelúdio; 3) procedimento de antecipação de procedimento decisório, que consiste em decisão provisória que espera tornar-se definitiva mediante o processo ordinário – pode dar-se para prevenir o dano decorrente do atraso da decisão definitiva ou prevenir do dano decorrente da dispersão de elementos; 4) cauções processuais, que consistem na prestação estabelecida ao interessado, para obter posterior procedimento judicial, atuando como contracautela, visando a ressarcir eventuais danos.

Nas espécies 1, 2 e 4, classificadas acima pelo autor, opera o caráter preparatório dos meios, ou seja, a urgência está na garantia preventiva dos meios aptos a propiciar que do procedimento principal advenha decisão justa e eficaz (concretização do direito material). Já na espécie 3, o que se objetiva é a aceleração, de forma provisória, da satisfação do direito, recaindo diretamente na relação substancial controversa. Operam-se diferentes formas de perigo conforme a espécie de procedimento.

Percebe-se uma proximidade dos fundamentos empregados na seara civil com a tutela judicial definitiva, de modo que a construção das medidas cautelares no processo penal – que se estruturam a partir da ótica civil – também, caminham no sentido de medida que, na

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 42-43.

¹⁸ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 49.

sequência próxima, será tornada definitiva. Não obstante, claramente, essa fundamentação não é compatível com a presunção de inocência.

Explica Calamandrei que antecede a aplicação de uma medida cautelar o cálculo sobre a probabilidade do conteúdo do procedimento principal, avaliando-se se o pretense direito não será insubsistente. Não se faz presente essa instrumentalidade hipotética, nos procedimentos que objetivam assegurar elementos probatórios, uma vez que são os próprios elementos que farão parte do procedimento principal: “funcionam como meios para assegurar a eficácia prática de um procedimento principal, na hipótese de que este tenha um determinado conteúdo concreto, do qual se antecipam os previsíveis efeitos.”¹⁹

Portanto, entra o autor na complexa questão da cognição, explica que, em sede cautelar, os limites são a aparência de um direito e o perigo de insatisfação do direito aparente. A cognição cautelar é sumária e conduz a um juízo de probabilidade e verossimilhança, nessa etapa, não há como transformar aquilo que é hipótese em declaração, ou seja:

A vida do procedimento cautelar é, em cada caso, fatalmente ligada à emanção do procedimento principal: se esta certifica que o direito não existe, a medida cautelar desaparece, porque a aparência, na qual estava baseada, revela-se ilusória; se entretanto declara que o direito existe, a medida cautelar não pode fazer mais do que dar livre entrada àqueles efeitos definitivos, dos quais até agora assumira antecipadamente o lugar.²⁰

No que tange ao perigo, é possível a realização de um juízo de verossimilhança ou de veracidade, ou seja, certeza quanto à existência de condições que fariam temer dano ao direito discutido no procedimento principal. Sempre tendo presente que são cognições diferentes as realizadas no procedimento cautelar e no principal, de modo que não há equivalência entre a decisão que reconhece a inexistência de um direito e a inexistência de condições da cautelar. Está-se em planos diversos, apesar de conexos, pois a ação cautelar carrega uma margem de erro, haja vista a aparência de um direito.²¹

As medidas aplicadas são cambiáveis no que diz respeito à questão temporal, já que seus efeitos podem ser alterados conforme se modificam as condições que permitiram decretá-las – são sentenças com cláusula *rebus sic stantibus*. Ademais, são extintas quando sobrevém o procedimento principal, na hipótese de declaração de que o direito, com fundamento no qual

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 97.

²⁰ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 101.

²¹ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 111-112.

foi aplicada a medida, não subsiste ou subsiste, desaparecendo o procedimento cautelar em ambos os casos. É a “constituição, para fins puramente processuais, de uma relação com vencimento (*dies certus an, incertus quando*), cuja eficácia cessa no momento em que entrar em vigor a decisão dada no procedimento principal”.²² Dessa forma:

as medidas cautelares podem ingressar, consideradas em si, entre os procedimentos de cognição ou entre aqueles de execução; a sua peculiaridade característica deve ser procurada naquela relação de instrumentalidade que liga inevitavelmente cada procedimento cautelar a um procedimento principal, cujo rendimento prático se encontra, em virtude do primeiro, facilitado e assegurando antecipadamente.²³

Destaca o autor uma diferença na formação do procedimento, que se dá pela qualidade dos seus efeitos, por exemplo, com relação ao procedimento de cognição. Sustenta uma fisionomia processual própria, que permite trabalhar o procedimento como categoria em si. A sua definição está muito mais pautada em um critério teleológico, do que num critério ontológico. Desse modo, afasta-se da qualidade dos seus efeitos, se declaratórios ou executivos, para adentrar nos fins para os quais esses efeitos estão predeterminados. Tendo em vista a predisposição das medidas a garantir a administração da justiça, “poderia se dizer, aliás, que mesmo a matéria dos procedimentos cautelares constitui a área-limite entre a função jurisdicional e aquela, administrativa, de polícia”²⁴, considerando-se sua vinculação à função jurisdicional, seu caráter preventivo, exercido com urgência e a partir de um juízo provisório.

Arrola entre as deficiências, que enfraquecem a eficácia da função jurisdicional, a falta de um tipo uniforme de procedimento sumário cautelar. Essa falta ainda é presente no Código de processo penal brasileiro atual e no projeto de lei que prevê novo diploma processual – pendente de aprovação pelo Congresso Nacional.²⁵ É imperativo discutir o que é a cautelaridade, se as medidas pessoais são dotadas dessa natureza, e definir uma estrutura homogênea de aplicação, que alargue o lapso temporal entre o pedido e a decretação ou não de medidas.

Dessa forma, foi delineada a primeira tese sobre natureza jurídica da cautelaridade, que a tratou como um procedimento em detrimento de medidas avulsas ou de um processo. Optou-

²² CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 129.

²³ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 200.

²⁴ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 210.

²⁵ Este será abordado no último capítulo da tese.

se por apresentar de forma pormenorizada a construção teórica de Calamandrei, pois é a base teórica dos processualistas brasileiros que se debruçam sobre o tema. Ademais, com essa primeira obra, já salta aos olhos a especialização e o estudo mais aprofundado na seara civil sobre a tutela cautelar. No processo penal, atualmente, o máximo que se logra discutir, ainda que se diga, em nível crítico, é a necessidade cautelar como pressuposto das medidas e as próprias espécies diversas da prisão. Estas últimas, apesar de presentes no CPP desde 2011, não logram ter aplicabilidade relevante, haja vista a crença de que não têm força para preservar o processo do risco, de forma que não são aptas a conservar ou modificar determinada situação que se apresenta como danosa ao desenvolvimento do processo e/ou aplicação da lei penal.

Calamandrei destacou que seu estudo sistemático se estende e recebe ampla confirmação no campo processual penal. Neste último, encontrar-se-iam procedimentos cautelares, também presentes no processo civil, tais como: as medidas para assegurar as provas e o corpo de delito; medidas aptas a assegurar o patrimônio objetivando a satisfação de danos que nascem com o delito; medidas que impedem o afastamento do acusado.²⁶ Essa abertura feita pelo autor facilitou o emprego da teoria cautelar delineada para o processo civil no processo penal. A utilização teórica da medida cautelar como instrumento do instrumento processo foi amplamente recepcionada no Brasil.

Dito isso, a análise das medidas cautelares começará da revisão de alguns dos pressupostos metodológicos fundamentais da escola paulista, principalmente no que tange à instrumentalidade do processo e das medidas cautelares. A opção por autores que integram essa escola se deve a sua extrema relevância e influência na compreensão dos institutos processuais, bem como sua reiterada presença em comissões de elaborações de projetos de lei e na defesa de uma teoria geral do processo. Para contextualizar, na década de 40, com a chegada de Enrico Tullio Liebman ao Brasil, na faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, inicia-se uma atualização processual – a partir das lições processuais do professor italiano supracitado –, e, conseqüentemente, cria-se uma geração de juristas, não apenas de São Paulo, vinculados a ela. Esses estudos culminam numa fase metodológica nova, dita instrumentalista.²⁷

Liebman sustenta que o processo cautelar tem função instrumental ou auxiliar em face do processo principal. Há uma unidade do procedimento cautelar. A atividade do órgão jurisdicional, quando provê a tutela cautelar, não difere intrinsecamente dos processos que não

²⁶CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 211-212.

²⁷JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57-61 e 89.

são cautelares. É uma espécie de tutela que soma uma atividade de cognição e de execução. De cognição, porque verifica se existem condições à concessão da medida cautelar postulada, e de execução, uma vez que aplica a medida necessária. Não obstante, não se pode distinguir um processo do outro, pois ambos se dão em um único procedimento misto, que não pode fracionar-se.²⁸

O autor questiona as razões da estrutura unitária, formal e substancial do processo cautelar. Ele responde, destacando que, no processo cautelar, a cognição do juiz não faz o accertamento do direito, servindo apenas à aplicação da medida cautelar, da qual verifica e controla os pressupostos legais. O provimento que autoriza e convalida ou não são atos que integram a aplicação da medida. Em suma, a sua eficácia se dá no próprio procedimento, no sentido de permitir ou excluir a cautela, não há outro efeito.²⁹

A cognição sobre a ação cautelar tem uma função meramente instrumental, como meio de realização da cautela e responde unicamente ao escopo de permitir a atuação daquela medida. “A função puramente instrumental da cognição no processo cautelar acha sua explicação no seu objeto.”³⁰ Deve estar presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de modo que do direito do requerente se observará a verossimilhança. A cognição, que é sumária, cuida de um juízo de probabilidade e por essa razão não há um accertamento do direito. É um juízo de probabilidade sobre a iminência de um dano ao possível direito (*periculum*). Sobre o direito, o que ocorre é uma opinião de credibilidade. Acerca do perigo, há uma análise de verossimilhança de um evento danoso futuro, com o fim de evitá-lo, impedindo que ocorra. Há um juízo de valor limitado, suficiente para conceder ou negar a tutela cautelar, mas insuficiente para qualquer outro escopo.³¹

Assevera o autor que a conclusão seria diversa se houvesse no processo um direito substancial de cautela, visto que, nesse caso, a decisão importaria no accertamento desse direito. Todavia, para Liebman, esse direito não existe, veja-se que “a cognição do juiz tem por objeto – não um direito ou uma relação jurídica das partes – os pressupostos para a aplicação de uma

²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. IX, anno 1954, p. 248-254, 1954. p. 248.

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. IX, anno 1954, p. 248-254, 1954. p. 251.

³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. IX, anno 1954, p. 248-254, 1954. p. 252.

³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. IX, anno 1954, p. 248-254, 1954. p. 253.

norma instrumental, a qual disciplina o exercício de um poder do juiz, que pode, em sentido amplo, qualificar-se como de polícia judiciária.”³²

Para classificação do processo como cautelar, o elemento decisivo é dado apenas pela finalidade do ato para o qual o processo é dirigido. É caracterizado pela função instrumental, auxiliar em relação ao processo principal, do qual objetiva garantir a viabilidade do resultado nos casos permitidos em lei.³³

Essa concepção é a predominante até os dias atuais na leitura processual civil e, utilizando uma teoria geral de processo, é transpassada ao processo penal, como modo de enfrentar as problemáticas próprias da área.³⁴

Dos autores que integram ou integraram a escola acima indicada, tem-se interesse por Frederico Marques, Galeano Lacerda, Hélio Tornaghi, Fernando da Costa Tourinho Filho, Romeu Pires de Barros, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Carlos de Araújo Cintra, haja vista serem autores que transitaram pela seara processual civil e penal.³⁵ Ademais, são eles autores-base que desenvolveram o estado atual da compreensão da tutela cautelar, de modo que, para a elaboração de um novo conhecimento sobre o tema, deve-se partir de um trabalho teórico, que aponte o percurso da construção desse conhecimento, de forma a repensar o conceito e finalidade dessa forma de tutela.

Inicia-se por Cintra, Grinover e Dinamarco. Para os autores, o processo exerce uma função instrumental, voltada à pacificação social, ou seja, é um instrumento a serviço da paz social, que se legitima pelo cumprimento de objetivos sociais, políticos e jurídicos. Sustentam que a instrumentalidade processual possui dois aspectos: o positivo e o negativo. O primeiro está ligado à realização dos seus escopos, observando-se a necessidade de um sistema processual eficiente. Já o aspecto negativo trata o processo não como um fim em si mesmo, desse modo, o seu sucesso não pode superar ou contrariar o direito material. As normas

³² LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. IX, anno 1954, p. 248-254, 1954. p. 253.

³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. IX, anno 1954, p. 248-254, 1954. p. 254.

³⁴ A funcionalidade da tutela cautelar, seu objeto e a sumariedade da cognição, no processo civil, permanecem as mesmas. Explica Rocha que, a recente reforma do Código de Processo Civil, retirou o Livro do “processo cautelar”, tratando-o como “tutela provisória” na parte geral do Livro V, podendo ser caracterizada como uma tutela antecedente ou incidental. Ou seja, hodiernamente, essa espécie de tutela de urgência se vincula ao processo de conhecimento ou ao processo de execução, contudo, permanece afincado na tutela de “futura e eventual satisfação contra a ameaça do perigo de dano iminente e irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).” (ROCHA, Cristiny Mroczkoski. **As tutelas provisórias desde o prisma da teoria (e metódica) estruturante do direito e do integracionismo Dworkiniano**. 2017. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017. p. 32-34.)

³⁵ Para evitar que o trabalho se torne repetitivo, alguns desses autores serão utilizados na seção sobre processo civil e outros na seção sobre processo penal.

processuais não devem ter prevalência sobre as normas materiais, de sorte que as exigências formais do processo apenas devem ser cumpridas integralmente se isso for indispensável à realização dos objetivos atribuídos ao processo.³⁶

A afirmação parece ter retirado inspiração da exposição de motivos do Código de Processo Penal, datado de setembro de 1941, quando destaca que a justiça não pode ser prejudicada pela observância de escrúpulos formalísticos, visando a uma maior praticabilidade na execução de prisões de criminosos.³⁷

Para os autores, poder-se-ia falar na existência de um processo cautelar, como uma terceira atividade jurisdicional, auxiliar e subsidiária, que tem por finalidade garantir o processo de conhecimento e o de execução. Para tal fim, conserva meios exteriores ao processo, tais como as fontes de prova. O provimento acautelatório tem como pressuposto a hipótese de um provimento definitivo e o *periculum in mora*, que lhe atribui o caráter de urgência. Esse provimento pode ser requerido de modo autônomo, anteriormente ao início do processo principal, mediante o processo cautelar, ou de forma incidental, que se dá no curso do processo já iniciado.³⁸

Partindo dos ensinamentos de Calamandrei, os autores atribuem como características do provimento cautelar: a sua provisoriedade com relação ao processo principal; a sua instrumentalidade, que garante o sucesso do processo principal; o seu modelo de procedimento único e indivisível, que aglutina conhecimento e execução. Para eles, há um processo cautelar na senda civil e na área penal também, que pode ser reconhecido nos processos de *habeas corpus*; perícia complementar; depoimento *ad perpetuam rei memoriam*; nas hipóteses de prisão cautelar; na aplicação provisória de interdição de direitos; nas medidas de segurança e provas antecipadas cautelares.³⁹ Portanto, concordam os autores na existência de um processo penal propriamente dito, com esses traços principais, em ambas as searas.

Antecedendo a discussão sobre processo cautelar, Dinamarco – autor que se debruça sobre o tema instrumentalidade do processo⁴⁰ – trabalha o processo como um instrumento, explica que se trata de um meio, que só se legitimará mediante o cumprimento dos fins eleitos

³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 50-51.

³⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Disponível em: http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF. Acesso em: 20 jan. 2016.

³⁸ Conforme destacado na nota de rodapé 32, a recente reforma do CPC abandonou a figura do processo cautelar.

³⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 353-354.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 13-14.

a que se destina. Com isso, pretende dar conteúdo substancial ao termo instrumento e para tanto lhe atribui escopos jurídicos, políticos e sociais, sendo que “a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação.”⁴¹ Com isso, a jurisdição perquirirá um fim metajurídico, que é o da paz social, pois, segundo o autor:

ao estado social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade. Talvez seja vago dizer que do processo se espera justiça, tanto quanto é vaga a afirmação de que o fim do Estado é o bem comum. São conceitos plásticos, que carecem de contornos próprios e se modelam segundo as premissas culturais e as necessidades presentes de cada povo.⁴²

Desse modo, o elemento cultural será determinante para dar concretude àquilo que se entende por bem comum e justiça. Explica o autor ser uma tendência universal o abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas no que tange aos fins do processo e ao exercício da jurisdição. O escopo social das atividades jurídicas do Estado é eliminar conflitos, empregando critérios justos, tendo como fim último a pacificação social. Ainda, arrola como objetivo social a educação, por meio do adequado e eficiente exercício da jurisdição como uma finalidade instrumental do processo.

O jurista, quando aborda os escopos políticos, explica o poder e a liberdade como dois polos que devem estar em equilíbrio, de maneira que o Estado procura manter, com o exercício da jurisdição e a participação dos cidadãos nesse processo, um valor democrático inalienável para dar legitimidade ao processo político. Nesse sentido, o Estado afirma seu poder e autoridade com seus agentes, e a jurisdição tem por finalidade dar efetividade ao poder, a liberdade e a participação.⁴³ “É mister ver no processo, ramo do direito público, alguma destinação que vá além da aspiração individual à satisfação de interesses [...] além da fragmentária de cada preceito jurídico concreto”.⁴⁴ Nesse contexto, o processo é um instrumento para a consecução de objetivos políticos situados atrás da própria lei, encarado não no resultado obtido num caso concreto, mediante o exercício da jurisdição, mas na soma dos casos julgados.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 151.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 155.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 168.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 169.

Por fim, agrega o autor o escopo jurídico, que consistiria no modo como opera o processo e o lugar que ocupa no sistema jurídico, indo além da produção de decisões e da coisa julgada, que se prestariam, se observadas isoladamente, para cunhar de neutralidade ideológica o direito processual. Ele propõe uma leitura da relação entre o processo e o direito, partindo do como concorre o processo para a vida do direito. É um instrumento a serviço de uma ordem exterior, que é representada pelo conjunto de normas e princípios que estruturam a organização da convivência social, disciplinam condutas e atribuem bens às pessoas.

Nessa configuração, o juiz exerce papel crucial, pois deverá estar atento às exigências do seu tempo. A imparcialidade é compreendida como a oferta de mesmas oportunidades às partes, não sendo tolerada a indiferença, já que é proposta uma interpretação dinâmica: “entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que não de refletir as aspirações da própria sociedade.”

O problema consiste no fato de o autor partir de um conjunto monolítico de convicções sociopolíticas, como se inexistissem diferenças culturais, sociais e econômicas, e como se sua absorção não fosse feita por um sujeito que ocupa um determinado espaço, o que condiciona essa aderência. É um modelo idealizado, que parte de um protótipo de julgador como “canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico.”⁴⁵ Não obstante, para o processo penal, essa categoria é imprestável, em virtude de o juiz dever exercer atividade de fiscal dos atos do processo, tendo como premissa que o réu e o órgão acusador não se encontram em posição de igualdade, já que o acusado é hipossuficiente com relação ao Estado.⁴⁶

Para Dinamarco, a tutela cautelar está ligada a uma prestação jurisdicional que, por sua vez, está vinculada à outorga da segurança com a finalidade de garantir um resultado útil, que chegará na sentença final, de modo que expõe o tema como o confronto entre o escopo jurídico e o social, uma vez que pode ocorrer que a medida guarde identidade com o direito substancial presente na decisão final, como também que não tenha essa correspondência. Nesse sentido, o *fumus* opera como a probabilidade razoável e suficiente. O texto, de cunho processual civil, entende como preferível errar concedendo-as do que as negando.⁴⁷

Se o processo é um instrumento de utilidade social e política, os riscos assumidos com as medidas cautelares se norteiam pela busca da efetividade desse processo. Ou seja, essa instrumentalidade das medidas é eventual e de segundo grau, que tem sua realização

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 198.

⁴⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 49-51.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 260.

condicionada à necessidade do processo principal, sendo instrumento do instrumento. “Elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade.”⁴⁸ Daí decorrem:

as diferenças técnicas, com que se procura assentar a cognição em colunas mais sólidas quanto ao grau de probabilidade de acertos nas decisões (a suposta “certeza”), e a cautelaridade no mero *fumus boni juris*. [...] As cautelares não só ficam sujeitas à revogação, com restituição das partes e coisas ao *status quo ante*, como também põem o beneficiário em situação de responsabilidade pelos danos eventualmente causados.⁴⁹

Como sistema de controle para o uso aceitável da medida, são elencadas pelo autor três regras: o equilíbrio do magistrado, que deve estar presente no seu espírito; a revisibilidade e revogabilidade da tutela cautelar; e as contracautelas para resguardar o dano ao patrimônio.⁵⁰

Dessa classificação, decorrem três consequências: i) quando se narram as medidas como instrumento do instrumento processo, que está a serviço da sociedade, as primeiras passam a vincular a sua efetividade ao fim almejado com o processo; ii) na transposição teórica para o processo penal, apesar da decisão que decreta medida cautelar também não poder ser pautada na certeza, não há, conforme defendido pelo autor, como reestabelecer o *status quo ante*, pela simples equação de que o tempo é insubstituível e não retornável; iii) o juiz nesse modelo ocupa lugar sobre-humano, é o juiz-pai, que congrega inúmeros poderes, o que poderá tender ao arbítrio.

Por outro lado, a construção teórica de Silva sobre tutela cautelar se apresenta com notas diferentes dos autores já trabalhados acima.⁵¹ Parece que um dos pontos fundamentais da construção do autor está, inicialmente, no reconhecimento de uma sociedade que vê na obsolescência precoce um indicativo de progresso, a sociedade de consumo vivida denota o abandono de valores e obras que anseiam objetivos duradouros e permanentes.

A regência cotidiana é pelo transitório e pela mudança. E, não poderia ser mais exata a previsão do autor de que a crise do judiciário tenderia a institucionalizar-se nesse panorama,

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 261.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 261-263.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 262-263.

⁵¹ Cumpre destacar que Ovídio A Batista da Silva não integra a escola processual paulista. Sua formação acadêmica se deu na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Graduação e Doutorado). Todavia, é utilizada sua obra, neste segmento do trabalho, para fazer um contraponto ao posicionamento explanado até então. Nesse mesmo sentido, serão utilizados alguns outros autores, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni.

uma vez que seu arcabouço material e humano se encaminharia à inadequação pela demanda em crescimento.⁵² Motivado por esse contexto, Silva se detém sobre as ações que são capazes de aliviar as tensões advindas dessa percepção mais acelerada de tempo, trazendo mais proteção e diminuindo o risco da morosidade da prestação jurisdicional, seja esta normal ou anormal, que são as ações cautelares: “Ora, toda a função jurisdicional estaria desarmada e poderia tornar-se inócua e inoperante se a ordem jurídica não colocasse à disposição das partes instrumentos adequados para prevenir os eventuais danos derivados desse custo processual.”⁵³

Marinoni acrescenta que a matéria cautelaridade diz respeito ao drama do processo moderno e ao aperfeiçoamento do instrumental jurídico, ou seja, com a efetividade do processo.⁵⁴ Para o autor, o processo é a irradiação dos preceitos constitucionais que visam a salvaguardar as conquistas democráticas do cidadão. Deve ser um processo efetivo com o intuito de realizar os fins e produzir os efeitos a que se ordene. Todavia, o problema consiste no binômio rapidez/segurança.⁵⁵

Nesse contexto, as ações cautelares são ações de segurança propriamente ditas. É a forma como o processo responde às exigências do perigo sobre bens e interesses juridicamente protegidos, sendo a pretensão jurídica à tutela jurídica à segurança uma terceira categoria, ao lado da pretensão à cognição e à execução, que é uma terceira via autônoma, a qual não se confunde com as demais. O que a diferencia é o caráter não satisfativo da decisão judicial proferida nessa terceira categoria, atendendo-se a uma pretensão de segurança. Ademais:

essa segurança de condições pode implicar numa manutenção, provisoriamente determinada, do estado de fato anterior à postulação da causa, quer promovendo-se a coleta prévia de elementos de prova, quando haja risco de perderem-se, pela demora natural do processo, quer, ainda, para manter o necessário equilíbrio entre litigantes, até que se consiga a decisão final.⁵⁶

O processo cautelar, nesse sentido, apresenta-se como provisório em relação ao processo definitivo. Contudo, a característica da provisoriedade não lhe é essencial, pois existem outras providências com pretensão à segurança que não são provisórias (seara civil), bem como essa nota não é exclusiva da tutela cautelar. Para o autor, a ação cautelar não estaria vinculada a um processo principal ou a um hipotético direito acautelado, assim como estava para Calamandrei.

⁵² SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 10.

⁵³ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 16.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1992. p. 12.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1992. p. 15.

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 18-20.

Ele está relacionado à resposta de uma situação de perigo, sua provisoriedade se pauta pela possibilidade de dano, de modo que a medida terá como prazo a permanência da situação objetiva de perigo.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Marinoni, que liga a eficácia da tutela cautelar ao perigo de dano e não à sentença de mérito, aduzindo que a medida cautelar não é provisória, criada em expectativa de resultado do procedimento principal, mas temporária, por estar destinada a findar-se, independentemente de outro procedimento. Portanto, a instrumentalidade estaria na tutela do direito objetivado e não do processo principal. Se não há instrumentalidade, não há cautelaridade, o que é diferente de dizê-la sem autonomia, pois essa tutela tem objeto e finalidade diversas.⁵⁷

A acessoriedade também não é nota diferenciadora de um provimento cautelar, porque há, nessa medida, uma pretensão própria, que é a segurança, segundo Silva. Afirma que é equivocada a ideia de acessoriedade que coloca a ação cautelar em posição subsidiária. A pretensão à segurança deve estar ligada à relação de direito material, não obstante, isso não impede a existência do direito à segurança nem retira a autonomia da pretensão cautelar – como que dando contornos de um direito material de cautela.

Não há essa relação entre o provimento cautelar e uma suposta decisão final, pois constituiriam duas espécies de jurisdição diferentes, a tutela cautelar é uma modalidade especial de jurisdição. A provisoriedade presente nessa tutela está relacionada à situação jurídica em questão e não por sua relação com uma decisão definitiva. Essa provisoriedade está expressa em mudanças circunstanciais que independem da vontade das partes ou por uma decisão proferida em outro processo que tratou do objeto da ação cautelar ou ainda porque o direito em questão se alterou, deixou de existir, ou recebeu outra forma de proteção, tornando inócua a providência cautelar.

A nota comum nos provimentos cautelares é a situação de perigo que exige imediata proteção, afastando-se a possibilidade de dano irreparável. Não é o retardo da prestação jurisdicional que justifica a medida, é o perigo em si mesmo, que coloca em risco interesse jurídico relevante que deverá ser protegido. Assim sendo, explica o autor que “sempre que, por uma modificação do mundo exterior produzida por fato do homem ou por fato natural, se cria uma situação perigosa que ameaça fazer periclitarem um determinado bem jurídico, criando um sério risco de dano, justifica-se a tutela cautelar.”⁵⁸ Nesses termos posiciona-se Marinoni,

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1992. p. 74.

⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 29.

quando alega que “a situação de aparência, quando ligada a uma situação de perigo, portanto, é que legitima a tutela urgente de cognição sumária”⁵⁹ Há uma situação objetiva de perigo a ser tutelada.

Silva confere autonomia à seara cautelar, mas esse perigo que a justifica deverá ser atual e superar a mera possibilidade, cuidando da probabilidade da ocorrência do dano – em analogia aos crimes de perigo do direito penal, previne a ocorrência de lesão mais grave de bem juridicamente protegido. Patente, assim, o caráter de prevenção, que é inerente à medida cautelar. “Daí, também, porque a nota de instrumentalidade atribuída à ação cautelar, além de não lhe ser exclusiva, é incompatível com sua autonomia.”⁶⁰ Mantido o caráter instrumental, nega-se a autonomia da prestação jurisdicional, tratando-se de mero instrumento. Para afastar a hipótese da instrumentalidade, o jurista utiliza a cadeia de instrumentos, que se desenvolve no sentido de que todas as situações são ao mesmo tempo finais e instrumentais em relação a um fim, sempre como mecanismos à obtenção de um resultado.

Dessa forma, assevera o autor que se perde o interesse pelo caráter instrumental, pois, dando continuidade ao argumento, tensionando-lhe os limites, ao bem final almejado também poderia ser-lhe atribuída uma finalidade metajurídica, o que remontaria por uma cadeia até a pergunta perene final sobre a finalidade transcendental da existência humana. Na sua acepção, pode ser delimitado um direito substancial de cautela, apesar de a doutrina majoritária do período discordar, pois “de resto, qualquer que seja a posição assumida, não se pode fugir ao fato que fica cada vez mais evidente de que o resultado da proteção cautelar não se liga exclusivamente ao resultado de um processo, mas, além disso, tem efeitos e consequências na situação substancial.”⁶¹

Para tanto, ele se apoia nas lições de Ponte de Miranda, quando sustenta que as ações cautelares são autônomas, mesmo quando possuem funções preparatórias, aduzindo que, na hipótese do Código de Processo Civil, o que se tem são regras jurídicas de direito material e não processual. Distancia-se apenas do autor quando atribui à ação cautelar caráter satisfativo. Nessa esteira, a ação assecuratória tem o condão de satisfazer um direito material, independentemente do que advenha do processo principal: “essa tutela direta e imediata correspondente à pretensão à segurança, uma peculiar função satisfativa enquanto atende a pressupostos específicos e acerta, de modo definitivo sobre a *res in judicium deducta*.”⁶²

⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 83.

⁶⁰ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 30.

⁶¹ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 34.

⁶² SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 35.

Nesse modelo delineado, o processo cautelar representa uma forma especial de tutela jurisdicional, mas não objetiva a produção da coisa julgada no que tange ao interesse jurídico que se pretende proteger. O processo cautelar renunciaria a ambição pela verdade, satisfazendo-se com a plausibilidade da situação controvertida. Desse panorama, extrai-se uma estrutura procedimental mais simplificada e a maior extensão dos poderes do magistrado. Por isso:

tais peculiaridades decorrem desse duplo aspecto inerente à ação cautelar: a tutela visa tão só afastar uma situação perigosa, sem declarar nada a respeito do alegado interesse ameaçado por essa situação de perigo; mas, ao mesmo tempo, como decorrência desse iminente risco de dano derivado de uma situação anormal, justificam-se os poderes especiais conferidos ao magistrado para decidir sem uma ampla coleta de provas, satisfazendo-se com a demonstração de uma simples verossimilhança do invocado direito (*fumus boni juris*) e com uma sumária demonstração do risco a que esse direito está exposto (*periculum in mora*).⁶³

Segundo o autor, essas premissas são amplamente conhecidas em termos de ação cautelar, mas não são utilizadas na prática forense, de forma a obter resultados que estão implícitos na ideia de autonomia cautelar. A sumariedade condiz com a celeridade necessária a essa espécie de jurisdição, funcionalmente adequado à pretensão de segurança. Ademais, a instrução probatória dessa espécie de procedimento restringe-se a informações sumárias e não à elaboração de elementos probatórios propriamente ditos. Como decorrência dessa estrutura, as condições da ação cautelar são o seu mérito, uma vez que o juiz, ao decidir sobre o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, decide sobre a controvérsia cautelar. A provisoriedade refere-se à situação objetiva de perigo, não com o hipotético julgamento de um processo principal, que poderá sequer ocorrer.⁶⁴

No que tange ao conteúdo da tutela cautelar, explica Silva que, de uma enumeração de medidas, chegou-se a uma indeterminação de conteúdo. O juízo competente para julgar a ação cautelar é outra questão tormentosa, porque as regras do processo civil, assim como as da seara penal, encaminham-nas ao juiz da causa ou competente para conhecer a ação principal. A regra, além de caminhar em sentido contrário à disposição de autonomia da ação cautelar, como sustenta o autor, pauta-se em critérios de prevenção que comprometem a espécie de cognição sumária do provimento cautelar.

Oliveira e Lacerda, com outra estrutura teórica, trabalham as diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, com o objetivo de definir a natureza dessas tutelas, já que o

⁶³ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 46.

⁶⁴ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 50 e 60.

nome jurídico não revela seus conteúdos. Para tanto, criam uma classificação em face, principalmente, das consequências práticas dessas tutelas, garantindo-se às partes o estado anterior das coisas, bem como a liquidação de eventuais prejuízos no processo, em caso de erros.⁶⁵

Explicam os autores que o direito processual possui cunho essencialmente finalístico e instrumental, de modo que ganha relevância o aspecto funcional, ou seja, a finalidade para a qual está preordenado. Tanto a tutela cautelar quanto a antecipatória estão preordenadas à prevenção do dano, ligadas à urgência.⁶⁶ Não obstante, na primeira espécie de tutela, há a prevenção do dano sem interferência no plano material, uma vez que não ocorre o efeito de antecipar a futura sentença de mérito.

Dessa forma, esse caráter conservativo destina-se apenas a garantir o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução. Como exemplo, os autores usam o arresto, que nada diz quanto ao direito sobre os bens, mas garante a sua integridade. Por outro lado, a tutela antecipada produz a antecipação, parcial ou total, dos efeitos materiais da sentença a ser proferida, de modo que adianta efeito mandamental/executivo. Utilizam como exemplo o pedido de alimentos.⁶⁷

Nesse sentido, complementa Theodoro Jr. quando sustenta que a tutela cautelar “a um só tempo tem as funções do processo de conhecimento e de execução e como elemento específico a prevenção.”⁶⁸ Há a tutela do processo principal, de modo a garantir um resultado eficaz, útil e operante, desempenhando papel de conservação, sendo neutras diante do resultado do processo.⁶⁹

Ainda, ensinam Oliveira e Lacerda que, na tutela cautelar, o objeto de cognição não é o mesmo do processo de conhecimento, abrangendo apenas elementos ligados à própria função cautelar, ou seja, diz respeito ao receio de lesão e aparência do bom direito.⁷⁰ Galeno ressalta que a autonomia da tutela cautelar reside na natureza diversa da prestação solicitada ao juiz, nesta, o pedido tem relação com a segurança, com a finalidade de garantir o resultado útil das

⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. v. VIII (arts. 813 a 889). Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 6-7.

⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. v. VIII (arts. 813 a 889). Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9.

⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. v. VIII (arts. 813 a 889). Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11.

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 504.

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 506-507.

⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. v. VIII (arts. 813 a 889). Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17.

funções de conhecimento e execução. Com isso, possui autonomia, mas não independência teleológica.⁷¹ Ou seja, essa autonomia referida se dá com relação ao objeto, mas permanece existindo um vínculo lógico de continência, pois a situação de risco emana do “conflito maior”.⁷²

Lacerda faz uma classificação das medidas conforme a finalidade: segurança quanto à prova; e quanto aos bens e mediante antecipação de tutela jurisdicional. Também o faz com relação à posição processual, como antecedentes ou incidentes e, por fim, segundo à natureza jurisdicional ou administrativa.⁷³ O objeto da tutela cautelar é a necessidade de segurança ao resultado útil do processo, é um interesse de caráter meramente processual, de modo que (apesar de, às vezes, essa espécie de tutela atender ao interesse material) não há sempre no processo cautelar o resguardo de um interesse material à segurança.⁷⁴

Por fim, com relação ao procedimento cautelar, para Theodoro Jr., todas as fases lógicas do procedimento judicial deverão ser observadas. Isto é, o processo há de iniciar por petição inicial do promovente; seguida de citação do promovido, com oportunidade de contestação; instrução probatória; e encerramento por sentença.⁷⁵

Concluindo com a exposição dos autores, constata-se que o sistema cautelar civil é criado e se aplica a medidas, quase que exclusivamente, de cunho real, ou seja, são relatadas como medidas cautelares: o arresto e o sequestro de bens, que incidem sobre bens litigiosos ou não; as cauções, como uma espécie de contracautela que restitui um equilíbrio entre as partes; a exibição de coisa móvel, documentos ou escriturações; a produção antecipada de provas, que diz respeito à inquirição de testemunhas ou à realização de exames periciais; os alimentos provisionais; o arrolamento de bens, consistente na sua descrição para procedimento posterior; posse em nome do nascituro, que resguarda seus direitos antes do nascimento; nunciação de obra nova, que visa a impedir que a construção de obra em prédio vizinho prejudique o imóvel ou a área na qual se encontra; e a busca e apreensão de coisas e pessoas.⁷⁶

⁷¹ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 796 ao 812). v. VIII. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 3.

⁷² LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 796 ao 812). v. VIII. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 35.

⁷³ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 796 ao 812). v. VIII. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 11 e 14.

⁷⁴ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 796 ao 812). v. VIII. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 41.

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 535.

⁷⁶ Cumpre ressaltar que a redação atual do Código de Processo Civil favoreceu a atipicidade das medidas. A narrativa do art. 301 estabelece que o juiz poderá usar do arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens e quaisquer outras medidas idôneas que sirvam à tutela cautelar. (ROCHA, Cristiny Mroczkoski. **As tutelas provisórias desde o prisma da teoria (e metódica) estruturante do direito e**

A apreensão das medidas arroladas é a única que poderá incidir sobre a pessoa. Deve-se dizer que não é pacífica a sua classificação como medida cautelar, sendo considerada como meio de execução de medida preventiva ou satisfativa – uma modalidade de execução de sentença. Contudo, nitidamente, essa medida não incide sobre o sujeito que figura como réu ou autor de ação, mas sobre sujeito que, apesar de constituir objeto do litígio, não ocupa um dos polos do processo. Por isso, ainda que se possa falar nessa medida em situação diversa das anteriores, já que não envolve direitos reais, não há a incidência na esfera de liberdade de um dos sujeitos processuais.

Inicialmente, essas distinções podem parecer não ter tanta importância, mas, considerando-se que, no processo penal, são inseridas na categorias do processo civil, principalmente, quando tem por núcleo teórico uma teoria geral de processo, que os diferencia, sobretudo quanto ao direito material em questão, obrigatório se faz o estudo mais aprofundado da construção teórica que se importa. E, aqui, é notório que as estruturas cautelares são pensadas para a tutela de direitos reais.

Até esta etapa, conclui-se que, para os doutrinadores do processo civil, de forma geral, antes da reforma de 2015, havia um processo cautelar autônomo, com procedimento próprio à aplicação de medidas cautelares, além da aplicação incidental de medidas no decurso do processo principal, sem a necessidade de instaurar outro processo, utilizando-se de um procedimento. Em suma, as teses principais sobre a natureza jurídica da tutela se circunscreveram a um processo, a um procedimento cautelar e a medidas incidentais.

Todavia, para encerrar a revisão do material processual civil, deve-se pontuar algumas questões. Primeiro, no tocante às afirmações teóricas realizadas por Dinamarco, destaca-se que se assentam em dois mitos que são absolutamente caros à dialética processual penal. O primeiro é relativo à posição ocupada pelo julgador, que toma o caminho da absorção dos anseios sociais, e utiliza visões moralizantes do espaço jurídico, como forma de realizar os sentimentos de justiça do tempo no qual vive, e com isso se afasta da imparcialidade que deve ser inerente à função que ocupa. Não é outro o posicionamento de Da Rosa e Silveira Filho:

Esse chamado exige que o juiz tenha os predicados de um homem do seu tempo, imbuído em reduzir desigualdades sociais e cumprir os postulados processuais constitucionais, vinculando-se aos valores constitucionais, em especial o valor da justiça. A proposta está baseada nas modificações de um estado liberal rumo a um estado social, mas vinculada a uma posição especial do juiz no contexto democrático, dando-lhe poderes sobre-humanos, na linha

de realização dos “escopos processuais”, com forte influência da superada filosofia da consciência, deslizando no imaginário e facilitando o surgimento de juízes justos da sociedade.⁷⁷

Ademais, a participação dos cidadãos, no processo, está plasmada em ações próprias, na publicidade das decisões, no controle externo da atividade jurisdicional, e não como elemento interno, constituindo-se em um critério de decisão. Acrescenta-se a explicação de Giacomolli no que tange à fundamentação como forma de controle interno (material e formal) e externo da atuação jurisdicional. No primeiro, possibilita-se a impugnação da decisão a partir da compreensão da racionalidade argumentativa da decisão; e no segundo, torna-se possível o exercício de controle dos cidadãos. Com esse binômio ocorre o controle da administração da justiça.⁷⁸

A legitimidade do processo penal como instrumento que realiza escopos constitucionais e do juiz como detentor do poder punitivo decorrem do próprio texto constitucional. Nesse caminho é que o processo penal se torna limite democrático e tem seu papel delineado.⁷⁹

O segundo mito, aventado por Casara, é o uso do processo penal como meio de pacificação social, absorvendo postulados advindos ainda da escola criminológica positivista, do defensivismo social.⁸⁰ O processo não se presta à defesa da sociedade, mas foi o mecanismo encontrado para a verificação da pretensão acusatória e, se confirmada, da realização da pretensão punitiva, preservando o núcleo mínimo de garantias e direitos fundamentais, que dão algum grau de civilidade ao mecanismo punitivo. Ou seja, a efetividade do instrumento está aqui e não no cumprimento de expectativas sociais: “é um instrumento voltado, para além da persecução penal, à concretização do projeto constitucional de vida digna para todos.”⁸¹

Veja-se o lugar amorfo ocupado pelas medidas cautelares, nessa teoria, que, ao serem tratadas como instrumento do instrumento, isto é, como um meio, vinculam-se, imediatamente, à garantia dos fins do processo e assumem o caráter indireto de garantia da pacificação social. Em suma, concordando com Silva, pode-se sustentar que a instrumentalidade pouco ou nada diz sobre a tutela cautelar. Assim como a sumariedade e a urgência não são caracteres exclusivos da providência cautelar, pois esses caracteres também se fazem presentes em outras

⁷⁷ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 79-80.

⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 362-363.

⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63.

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradutor Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 43-46.

⁸¹ CASARA, Rubens R. R. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Estúdio editores.com, 2014. p. 7.

hipóteses que, tecnicamente, não habitam a seara cautelar, mas as hipóteses de prestação jurisdicional satisfativa.

Observe-se que o uso da tutela cautelar, no processo penal, está absolutamente vinculado à produção de elementos probatórios, quando empregado de modo a compelir a realização de determinado ato; com a sentença penal futura, quando se constata que uma medida aplicada precocemente caminha, na maior parte das vezes, para uma condenação, como que numa equivalência entre medida provisória e sentença condenatória;⁸² funcionando como pena, fundada na periculosidade do agente, para fins de prevenção de riscos. O panorama atual é o cumprimento de inúmeras funções que distam em muito daquilo que foi elaborado no processo civil como cautelaridade, ganhando caráter satisfativo. Com isso, desaparece a suposta neutralidade da medida com relação ao resultado do processo principal.

Ao retirar a autonomia da medida que lhe garante a equivalência com o instrumento, habitando a seara dos limites técnicos, abre-se espaço para que qualquer coisa se faça, acobertada por uma suposta cautelaridade – construída como instrumento ao quadrado. Ainda mais, quando se esclarece que o âmbito cautelar é construído teleologicamente e não por uma estrutura procedimental ou forma de decisão ou efeitos, já que está fixado entre a seara judicial e a administrativa, ocupando um entre-lugar que dependerá dos fins que lhe são atribuídos para dizer-se cautelar ou não. Remonta a um procedimento administrativo, porque, embora esteja vinculado à função jurisdicional, tem caráter preventivo e de urgência.

Com razão, aduz Silva que:

O problema da autonomia da tutela jurídica à segurança é, com efeito, a questão fundamental e só bem estabelecido o problema e suficientemente resolvido é que poderemos encontrar um verdadeiro caminho para a construção teórica desse tipo de tutela jurisdicional.⁸³

Por fim, outra questão que coloca o processo penal e o civil em polos opostos é a possibilidade da concessão de medida apenas com base em alegações, tendo em vista a hipótese da prestação de uma contracautela – prestação de uma caução. Na seara processual penal, apesar da presença de uma ideia de sumariedade, é inadmissível a restrição da liberdade com o emprego de apenas alegações. O terreno é ainda mais pantanoso, pois, ao mesmo tempo em que não se pode falar em circunstâncias comprovadas, tampouco bastam apenas informações ou

⁸² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 273.

⁸³ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 23.

elementos indiciários, haja vista o dever de tratamento que emana da presunção de inocência. A “restrição à presunção de inocência, em qualquer de seus aspectos ou em qualquer intensidade, deve guardar justificação constitucional e proporcionalidade (abstrata e concreta).”⁸⁴

⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 373.

2.3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PENAL

Antes de examinar as correntes teóricas sobre a função cautelar penal, deve-se apresentar a justificação do processo penal, que é o local no qual essas teorias se assentarão, em virtude de partir-se da ideologia adotada para justificar o processo que se reconhecerá o campo de aplicação da tutela cautelar penal atual e as possíveis alternativas a ele.

Tendo em vista a hierarquia dos diplomas normativos, o fundamento do processo deve ser buscado na Constituição Federal, que, em 1988, inaugurou uma nova etapa política, arrolando garantias e direitos fundamentais, principalmente, no seu art. 5º. Portanto, nos moldes delineados por Casara, há um novo patrimônio a ser incorporado. Esse patrimônio se pauta na dignidade da pessoa humana, na redução das desigualdades sociais e regionais, no respeito a direitos e a liberdades fundamentais, vinculadas à liberdade de consciência e de crença; política; intelectual e artística; de locomoção; de trabalho e ofício; de associação; ou seja, trata amplamente do respeito à pluralidade do indivíduo.

Especificamente, no que toca ao processo penal, parte-se da concepção de um devido processo legal, o qual garanta o acesso ao poder Judiciário, assegure a assistência jurídica gratuita, vede a tortura e o tratamento desumano ou degradante, bem como os juízos de exceção, delimitando, previamente, a competência das justiças para julgamentos em matéria penal.

No decurso do processo, deve-se observar a sua razoável duração, o contraditório e a ampla defesa, sendo vedado o uso de provas ilícitas, garantindo-se o silêncio do processado, dado o papel fundamental da presunção de inocência. Ademais, garante-se que o sujeito só pode permanecer preso por decisão judicial e desde que não seja cabível liberdade provisória, com ou sem fiança. E, se condenado, observa-se a impossibilidade de aplicação de penas cruéis, bem como a possibilidade de indenização por erro judiciário.

Esse rol é diametralmente oposto à exposição de motivos do Código de Processo Penal, que vê nas garantias individuais estímulos à expansão da criminalidade, contrapondo interesses individuais aos interesses coletivos – como se fosse possível falar-se em indivíduo sem sociedade ou sociedade desprovida de indivíduos.⁸⁵

Ainda, na exposição de motivos do CPP, os amorfos bem comum e ordem pública são designados como fundamentos para segregação, declarando-se a necessidade de restrição do *in dubio pro reo*, já que considerado um mero formalismo. O processo penal, nesse arcabouço,

⁸⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Disponível em: http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF. Acesso em: 20 jan. 2016.

revela-se um grande entrave à aplicação da lei penal, no qual o interesse defensivista social não deve ser afetado pelo interesse dos ditos criminosos.⁸⁶

Partindo da leitura da exposição de motivos, de cunho claramente autoritário, resultado do período no qual foi elaborado o código, percebe-se que o processo tem uma única função, que é alcançar a punição. Não obstante, essa não pode ser a matriz do processo penal contemporâneo, haja vista a elaboração de uma Constituição, posterior a esse diploma processual, que impõe uma atualização dos dispositivos lá previstos e da própria racionalidade presente naquele texto.

Evidentemente que o processo penal permanece sendo o único caminho apto a alcançar uma punição criminal, mas sua função não se esgota com esse objetivo. Ou seja, repressão e garantias coexistem, existe uma relação de simultaneidade: o sistema penal tem poder persecutório e punitivo, mas está limitado por um leque de garantias individuais.⁸⁷ Desse modo, tem-se um instrumento indispensável ao sistema punitivo, já que não há que se falar em pena sem processo, todavia, num Estado que se quer democrático, o exercício do poder punitivo necessariamente estará condicionado pelas garantias asseguradas na sua Carta Política, reduzindo, assim, a arbitrariedade estatal.⁸⁸

Com Casara, deve-se ter clara a concepção de que os direitos fundamentais não decorrem da natureza, mas são fruto de uma construção que se dá mediante lutas políticas. Dessa forma, “cada vez que um direito fundamental é violado ou relativizado, caminha-se um passo rumo ao autoritarismo.”⁸⁹

A instrumentalidade processual deve ultrapassar a faceta de mecanismo necessário à punição, presente desde o CPP da década de 40, para adquirir legitimidade quando soma o caráter garantidor, uma vez que tutela direitos indisponíveis, aquela “parte” que o Estado se comprometeu em preservar: “instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional.”⁹⁰

Desse modo, deve prevalecer o modelo de sistema processual penal presente na Constituição, que é de caráter acusatório, já que garante a ampla defesa e o contraditório, a

⁸⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Disponível em: http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁸⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 35.

⁸⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 27-31.

⁸⁹ CASARA, Rubens R R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 65.

⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67-68.

separação dos atores do processo conforme funções desempenhadas, a motivação das decisões judiciais e a presunção de inocência. Esta última é o princípio unificador e subjacente aos demais, representando a pedra angular da ordem processual moderna, vinculada às principais garantias do indivíduo e ao funcionamento correto do julgamento criminal. É o elemento unificador do direito de defesa e contraditório, da inviolabilidade da liberdade, da reserva de jurisdição e imparcialidade do juiz.⁹¹

A clarificação do ponto de partida, em termos de processo e sua função, é imperativa para delinear aquilo que será a atribuição da tutela cautelar, ao menos no que toca à teoria. Adota-se o processo como instrumento com dupla finalidade: reconstrução de fato pretérito, tido como criminoso, que objetiva a responsabilização criminal daquele que lhe deu causa; e mecanismo de tutela das garantias constitucionais individuais. Dito isso, afasta-se do modelo de processo como instrumento delineado por Dinamarco, como um mecanismo que congrega escopos sociais, políticos e jurídicos, tendo caráter pedagógico à sociedade, servindo como reestabelecedor da paz social.⁹²

Com Delmanto, entende-se que:

O fundamento do processo penal é a tutela da liberdade jurídica do ser humano, consubstanciando-se, antes de mais nada, em um instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição.⁹³

Por conseguinte, hodiernamente, desenvolve-se um modelo de processo penal de dupla finalidade.

⁹¹ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atípica. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 925.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 151.

⁹³ DELMANTO JR. Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 8

2.4 A DEFINIÇÃO DA TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

Feito esse sucinto esclarecimento, muda-se o enfoque para as formas e a justificativa da cautelaridade no processo penal. Inicia-se por Frederico Marques, que foi um autor que realizou estudos processuais, tanto em matéria penal quanto civil, principiando, com suas publicações, ainda na década de sessenta.

Ele assentou sua construção processual a partir de uma concepção de teoria geral do processo, pois sustentava a existência de uma unidade entre o processo penal e o processo civil, variando apenas em termos de procedimento e de conteúdo da lide.⁹⁴ Com isso, a diferença nas searas seria de grau e não de natureza, já que o direito processual constituiria a disciplina do exercício de uma atividade estatal. Na especificação pelo conteúdo, o processo penal teria como norte a busca da verdade real.

Marques, paralelamente à dogmática processual civil, vê na justiça penal as três espécies de processo lá arroladas: conhecimento, execução e cautelar.⁹⁵ Há uma harmonia nas categorias defendidas, uma vez que, ao entender pela existência de uma teoria geral do processo, aplicável à seara penal e civil, o autor logra deslocar elementos deste último campo ao processo penal, tal como ocorre quando elabora uma espécie de processo cautelar penal.

Nesse sentido, as providências cautelares, para sua aplicação, serão decorrentes de processo cautelar ou da atividade administrativa, gerando medidas jurisdicionais e administrativas. Estas últimas deveriam passar por controle jurisdicional posterior, a fim de verificar sua adequação.⁹⁶

Conforme o jurista, as medidas cautelares aplicadas nesse processo são cunhadas de caráter instrumental, pois constituem o meio para garantir o resultado que adviria da tutela jurisdicional realizada no processo principal, visando a garantir que esta não se torne inócua, em face da demora procedimental própria ao mecanismo. Em sua acepção, a providência cautelar antecipa, no todo ou em parte, a situação jurídica que somente deverá ser atingida quando do encerramento do processo.⁹⁷ Seu caráter provisório e interino se explica pela sua duração limitada, em virtude de a medida cautelar persistir enquanto não sobrevém a providência que ela está a tutelar.

⁹⁴ Por não ser o objeto do trabalho, não se adentrará na discussão processual da existência ou não de lide no processo penal.

⁹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 365.

⁹⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 45.

⁹⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 31-32.

Agrega-lhe o aspecto acessório, pois sua função é resguardar o instrumento processo, de forma que depende e existe em função do procedimento principal. Apoiando-se em Calamandrei, Marques a caracteriza como dotada de instrumentalidade hipotética, já que, além de ser o meio apto a garantir a efetividade da providência definitiva, deve ser realizado um juízo de probabilidade, questionando-se se há correspondência com a decisão que adviria ao final do processo. Portanto,

se a função jurisdicional tem por objetivo a aplicação dos mandamentos e das normas da ordem jurídica, a medida cautelar, que instrumentalmente a tutela, constitui meio predisposto e adequado para a melhor consecução da providência definitiva, sendo que esta, por seu turno, constitui também meio e modo para a realização do direito.⁹⁸

Para o autor, o pressuposto fundamental da medida cautelar é o *periculum in mora*, que nasce dos efeitos dilatatórios do processo. Se esse lapso temporal não coloca em risco o bem jurídico que se busca assegurar, a medida não deverá ser aplicada. A aplicação de medidas não se dá de modo automático, como decorrência necessária do transcurso de tempo empreendido na construção do processo, e deve-se questionar a probabilidade de um dano. O segundo pressuposto é o *fumus boni iuris*, que consiste na probabilidade de resultado favorável àquele que postulou a medida ao final do processo: “daí haver sempre um juízo de probabilidade no processo cautelar.”⁹⁹

Ele divide as modalidades de prisões conforme as finalidades que possam cumprir (sanção penal, sanção disciplinar, medida cautelar ou compulsória),¹⁰⁰ a função da prisão cautelar é a garantia imediata da tutela de um bem jurídico. Com isso, a prisão buscará garantir a execução de futura sentença condenatória. Cita como exemplos dessa modalidade de segregação: a prisão preventiva; a prisão em flagrante; e a prisão por pronúncia. Chama de prisões processuais as emanadas por um juiz, constituindo-se em providência coativa que, em regra, afetam essencialmente o direito de liberdade.¹⁰¹

Marques aduz que, sempre em situações de discussão sobre a cautelaridade, faz-se presente o conflito entre a *persecutio criminis* e o *status libertatis* e o que compõe o conflito é a norma cautelar, que não se limita a uma regra instrumental – visando à tutela jurisdicional –, pois, no seu conteúdo, soma um caráter de regra de composição de uma situação de conflito de

⁹⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 32.

⁹⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 33.

¹⁰⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 39.

¹⁰¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 40-41.

interesses, subordinando o direito de liberdade.¹⁰² Contudo, limita essa subordinação, quando arrola no texto as disposições constitucionais sobre a prisão, apontando que as hipóteses de encarceramento sempre estiveram limitadas pelo princípio da legalidade, podendo o indivíduo afastar a coação ilegal pelo *habeas corpus*.

Nesse panorama, a decisão de decretação da prisão preventiva, que sempre deverá ser fundamentada, é *inaudita altera parte*, sendo medida puramente jurisdicional, resolvendo-se o conflito entre o poder cautelar do Estado e o *status libertatis* do sujeito. Deve o Magistrado, de ofício, revogar a prisão se ausentes os motivos que inicialmente a justificaram ou decretá-la novamente se sobrevirem novas razões. Esse modelo de cognição e de decisão permanece atual e em uso.¹⁰³

Para Marques, a prisão preventiva é a mais genuína das formas de prisão cautelar. Segundo o autor, o próprio nome da prisão lhe revela o caráter cautelar, sendo sua função prevenir a execução da pena, visto que só poderá ser imposta quando a condenação do réu for provável: “antecipa-se, com a sua decretação, o resultado provável do processo, colocando-se o réu, desde logo, sob custódia, a fim de que não se frustrem os objetivos da *persecutio criminis*.”¹⁰⁴

Todavia, não há como sustentar que, independentemente da finalidade da prisão preventiva, essa será sempre cautelar e instrumental, inserindo, no âmbito jurídico, uma fórmula apta a acobertar qualquer espécie de prisão. Ressalta-se que não há, na Constituição de 1988, o emprego da nomenclatura cautelar para denominar essas medidas que antecedem a sentença definitiva.¹⁰⁵ A identidade entre essas hipóteses e um poder cautelar é construída pela doutrina, que traz, notoriamente, as categorias recorrentes no processo civil, principalmente, as elaboradas por Calamandrei, que definiu a cautelaridade como um procedimento que serve de instrumento ao processo, nos moldes de uma medida de polícia judiciária.

Quando Marques adentra nas divergências quanto à necessidade da existência da prisão preventiva, tendo em vista os riscos que representa para o *jus libertatis* do sujeito, destaca o risco para a justiça penal de não possuir um mecanismo dessa ordem, o que terminaria por enfraquecer a atividade repressora dos órgãos estatais. Sustenta que o erro judiciário também se faz presente quando a pena não pode ser executada por motivo de fuga ou pela adulteração

¹⁰² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 36.

¹⁰³ Posteriormente será examinada a audiência de custódia, que incluiu um espaço privilegiado ao contraditório, mas que não logrou alterar significativamente a forma de decidir em matéria cautelar.

¹⁰⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 58.

¹⁰⁵ Em sintonia com o narrado, veja-se o breve relato histórico, desde as ordenações manuelinas, sobre a previsão legal da prisão *ante tempus*, realizado por Wedy. (WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 33-43.)

de elementos probatórios. Continua argumentando que, do conflito entre esses dois riscos, surge a solução de compromisso, do qual resulta o regime positivo da custódia preventiva. Por isso, para minorar os riscos advindos para o sujeito que sofrerá a medida, esta foi cercada de cautela e pressupostos, já que, quanto maiores forem as cautelas à decretação, maior será o grau de respeito dado à liberdade do indivíduo. Esses requisitos estão, em regra, vinculados aos princípios políticos que orientam o direito constitucional do Estado.¹⁰⁶

Atribui-lhe como pressupostos a natureza do crime praticado; a probabilidade de condenação; o *periculum in mora*; o controle jurisdicional prévio, sendo que, geralmente, caberá prisão nos crimes inafiançáveis, e, em algumas exceções, nos afiançáveis. Quando ainda estavam presentes no CPP hipóteses de prisão compulsória, havia uma presunção absoluta do *periculum libertatis* pela situação processual na qual o réu se encontrava, por exemplo, quando aguardava julgamento do recurso em segundo grau; réu preso em flagrante por crime inafiançável; réu pronunciado, entre outras.

Estarrecedora é a retomada contemporânea dessa presunção absoluta de risco, ainda que não expressada desse modo, em decisão recente do STF, sobre a execução antecipada da pena com base na confirmação da sentença condenatória de primeiro grau pelo acórdão de segundo grau. Inventou-se, mais uma vez, uma hipótese de segregação cautelar obrigatória, ou o que parece ser ainda mais discrepante com a presunção de inocência, cria-se uma execução antecipada de pena, trabalha-se em cima de uma presunção de culpa, sem trânsito em julgado.

Apesar de não mais presente no ordenamento jurídico, a prisão obrigatória em virtude da pronúncia do réu, é interessante verificar o porquê de sua autorização na legislação anterior segundo a doutrina. Marques a tratava como uma prisão cautelar, pois pautada, como todas as demais dessa natureza, em decisão cautelar sobre o *fumus boni iuris*. Apoiando-se em Navarro Paiva, aduzia que, a partir da probabilidade de condenação, criava-se um presumido delinquente, haja vista o decurso de todo um procedimento especial, que avaliou a imputação contida na denúncia. Desse modo, por ser decisão que oferece maior grau de certeza do que aquela que decreta a prisão preventiva, o réu passava a ser suscetível à medida cautelar mais rigorosa, mas essa prisão permanecia cautelar.¹⁰⁷

O posicionamento explanado encontra-se em franco descompasso com a presunção de inocência e com aquilo que se diz, majoritariamente, como cautelar, por haver o trâmite normal de um procedimento e não o surgimento de algum risco a ser prevenido.

¹⁰⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 69.

¹⁰⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 92-93.

Ainda, no período da escrita do trabalho, o ordenamento jurídico previa a possibilidade de aplicar concomitantemente a pena privativa de liberdade com a medida de segurança. Essa situação é esclarecedora quando se constata a permanência de discussão quanto à periculosidade nas hipóteses de pena privativa de liberdade. Discussão essa que é transposta para a avaliação sobre o uso de prisão preventiva, que, em regra, antecede a pena. É atualíssima a avaliação de uma presunção de periculosidade, veja-se a redação do dispositivo 313, do CPP, quando permite a prisão nos crimes apenados com reprimenda abaixo de 4 anos, desde que o sujeito seja reincidente.

O artigo, que foi trazido pela reforma parcial do CPP, em 2011, já é disposição recorrente bem antes dela. A reincidência, principalmente a específica, ocupa os autores e é tomada como uma presunção de periculosidade,¹⁰⁸ apesar de que, desde a reforma do Código Penal, em 1984, a pena deva ser pautada pela culpabilidade do agente, deixando-se a análise da periculosidade à aplicação de medidas de segurança. Como consequência dessa permanência, a prisão cautelar, que, segundo Marques, terá como pressuposto a probabilidade de condenação, não poderia ter em conta fundamento diverso daquele que terá uma futura e provável condenação, adentrando a periculosidade na avaliação de aplicação de medidas cautelares.

Marques soma aos pressupostos elencados a necessidade de comprovação do *fumus boni juris*, que, em sua concepção, revela a probabilidade de condenação: *corpus delicti* e probabilidade de autoria, nos moldes das disposições do CPP – texto ainda atual - disposto no art. 312. “Existe prova da existência do crime, quando está demonstrada a prática de fato típico na integralidade de seus elementos. E há indícios suficientes de autoria quando o réu é provável autor do crime.”¹⁰⁹ Nesse sentido, deverá estar comprovado que o fato é típico e antijurídico. Já o *periculum in mora* tem por escopo a tutela do processo penal ao qual a prisão preventiva está vinculada.

Apoiando-se em Carnelutti, Marques classifica o processo cautelar em final e em instrumental. Este último seria empregado como meio de garantir o adequado desenvolvimento do processo, já o primeiro buscaria garantir a futura aplicação da pena. Por fim, se a liberdade do réu colocasse em risco o meio social, causasse repercussão danosa, ou estimulasse a possibilidade de cometimento de novos delitos, o fundamento da prisão seria a garantia da ordem pública, que, de antemão, é classificada pelo autor como medida de segurança.¹¹⁰

¹⁰⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 59.

¹⁰⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 60.

¹¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 62-63.

Nessa hipótese, a prisão preventiva perde seu caráter de providência cautelar, constituindo antes, como falava Faustin Hélie, verdadeira “medida de segurança”. A potestas coercendi do Estado atua, então para tutelar, não mais o processo condenatório com o qual está instrumentalmente conexas e, sim, como fala o texto do artigo 313, a própria ordem pública. No caso, o *periculum in mora* deriva dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar – com a dilatação do desfecho do processo – na vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela.¹¹¹

Aquilo que ainda hoje se discute sobre a cautelaridade ou não da ordem pública já era questão vencida para o autor. A medida que tenha como fundamento a ordem pública, é medida de segurança e não cautelar. Para tanto apoiava-se na doutrina de Garofalo – que foi um autor italiano que integrou a escola criminológica positiva, discípulo de Lombroso.

Tornaghi, contemporâneo à produção científica de Marques, em seu manual, datado na década de 60, também assevera que a natureza cautelar é instrumental, tendo como escopo assegurar o bom andamento do processo e a futura execução da sentença. O autor inicia o título III, que trata das providências que recaem sobre as pessoas, definindo o conceito de liberdade da qual vai se ocupar no título supracitado: “positivamente, a liberdade é o poder de autodeterminação; negativamente, é a ausência de constrangimento.”¹¹²

Traz essa definição de modo a afastar a ideia do tratamento de liberdade em termos de garantia. Para o Tornaghi, a liberdade tem um viés externo e outro interno. No primeiro sentido, resguarda a pessoa de não fazer ou deixar de fazer aquilo que não desejar, não sendo obrigada pela força ou violência. A liberdade externa apresenta várias roupagens: liberdade civil ou jurídica, e liberdade política. São nessas formas que a liberdade pode influir na ordem jurídica, principalmente, no que toca à liberdade civil, pois, segundo o autor, a liberdade política é mais nominal do que real. Já no aspecto interno, revela-se na soberania da vontade, deixando o sujeito livre para escolher atos moralmente bons ou maus. Aqui, o sujeito encontra-se em esfera impenetrável, pois o direito ainda não é atingindo.

O direito é o limite, que assegura a todos contra investidas de poder e possibilita “a liberdade sem abuso e o poder sem arbítrio.”¹¹³ A área da liberdade está restrita aos atos permitidos pelo direito. Na lógica presente no texto, o Estado, ao definir os contornos da liberdade jurídica, no campo do nós, não está criando restrições para si, mas declarando seus próprios limites, não está abrindo mão de nada, porque não é seu direito.

¹¹¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 62-63.

¹¹² TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 87.

¹¹³ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 89.

Portanto, não há uma contraposição entre liberdade e autoridade, pois, para o autor, sem autoridade forte, o Estado não logra proteger a liberdade. A autoridade está a serviço da liberdade legítima e do seu bom uso: o que está em oposição é o abuso e o crime. “O equilíbrio entre a autoridade e a liberdade se faz pela prevenção e pela repressão dos abusos de parte a parte.”¹¹⁴

Estabelecidas as formas de liberdade, Tornaghi distingue as prisões, sob o aspecto teleológico, como sanção – constituindo-se em fim –, ou providência, caracterizada como meio, que deverá cessar assim que atinja o fim. Quando aborda a necessidade da prisão- pena e da prisão providência, ressalta que jamais se conseguirá suprimir a pena, em virtude de a humanidade não alcançar a perfeição:

O homem, criado em estado de inocência, perdeu com o pecado original os dons preternaturais que o ornavam e lhe davam dignidade sobre-humana. Desde aquele dia infeliz vem lutando para reconquistar sua antiga realeza e nessa porfia milenar e constante ele se vem alçando e perfazendo. A tendência é para a recuperação da antiga fidalguia, mas desconheço se ele a alcança, por inteiro, ainda nesse mundo.¹¹⁵

O interessante da construção teórica do autor é notar a opção criminológica que o embasa e a leitura estritamente vinculada à ótica religiosa, do pecado original e da impossibilidade de retorno ao *status* anterior a ele (o que inviabilizaria pensar na abolição da pena). Ao que acrescentou que, para conduzir a prática do bem e evitar o mal, são oferecidos prêmios e castigos, destacando que o trabalho dos criminólogos será descobrir a etiologia e apontar a terapêutica dos crimes.

Ainda, em outro ponto da obra, quando classifica os presos como criminosos habituais, por tendência e inclinação,¹¹⁶ apesar de não estar narrado como referência teórica, aproxima-se da classificação elaborada por Ferri, pertencente à escola criminológica positivista italiana.

Não obstante, os estudos criminológicos, inclusive do período de escrita do livro, já apontavam a impossibilidade de se abolir o crime, uma vez que não mais era visto como algo ontológico do ser humano, mas como um processo de definição e etiquetamento.¹¹⁷ Dessa forma, já era conhecida a inviabilidade de trabalhar a questão criminal de modo maniqueísta.

Então, pelos estudos científicos da época, já não era possível contar com uma ideia de “perfeição” humana, pois é notória sua inexistência. Para-se nesse ponto, porque a eleição das

¹¹⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 102.

¹¹⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 145-146.

¹¹⁶ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 162.

¹¹⁷ SHECAIRA, Sérgio. **Criminologia**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2014. p. 241-283.

lentes dessa criminologia para observar o crime e o criminoso permanece até os dias atuais e é uma opção não científica, já desmantelada nesse âmbito. É uma opção velada que serve para legitimar um *modus operandi*.

Com isso, faz-se clara a opção do autor por uma criminologia, que trabalha com o mecanismo punitivo como terapia, ou seja, o crime é identificado como algo patológico e nesse viés associa a prisão ao campo da medida de segurança.¹¹⁸ Esta última sim, ainda que criticável, voltada ao sujeito que não detém capacidade de ser responsabilizado pelo delito. Por fim, repisa-se que o modo de punir não é ontológico, mas histórico e temporal, de forma que a prisão é a pena por excelência do nosso tempo, mas nem sempre foi assim e poderá deixar de ser. Essa desnaturalização da pena de prisão é fundamental a fim de alcançar novos rumos no exercício do poder de punir.

Assim como já manifestado por Marques, o processo, para Tornaghi, é o instrumento necessário para se atingir uma punição, logrando uma solução justa.¹¹⁹ Todavia, o autor lhe agrega a finalidade de observar o bem comum. Portanto, o caráter da prisão preventiva, por ser definida como instrumento, é acautelatório, pautado na necessidade de alcançar solução correta e justa que o bem comum exija.

Contudo, a categoria bem comum, necessariamente, tem de ser extirpada do processo penal, pois o conduz à indeterminação e à possibilidade de contraposição entre interesses. Essa concepção de processo, que parece permanecer contemporaneamente, termina por afastar a compreensão de que, no processo penal, o respeito às garantias e direitos fundamentais, na sua execução, é de e para todos, não são benesses.¹²⁰ Ademais, no processo penal, mecanismo para o exercício do poder punitivo, não há interesses privados, que podem ser transacionados, o interesse é público, já que a discussão se dá no espaço de disposições constitucionais.

O bem público é um conceito plástico, modelável conforme os elementos culturais de cada sociedade, vinculado a uma ideia de que seria possível pacificar a sociedade com o processo penal.¹²¹ O seu uso como um escopo processual, fundamenta um suposto direito do Estado, de exigir determinados sacrificios, como o preço da vida em sociedade.

¹¹⁸ Marques também utiliza a doutrina desenvolvida pela criminologia positivista.

¹¹⁹ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 147.

¹²⁰ Veja-se o teor dos votos, que garantiram a possibilidade de execução provisória da pena, a partir do esgotamento do segundo grau de jurisdição, aduzindo a necessidade da quebra do paradigma da impunidade, para restaurar-se o sentimento social de eficácia da lei penal e dar credibilidade do judiciário. De modo que não se inviabiliza o uso de prisão cautelar em casos de réus “perigosos”, pois se reconhece a tutela cautelar com o fim de proteger os interesses da coletividade e dos cidadãos em particular. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em 13 de out. de 2018.).

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

Nesse sentido, Tornaghi diz que o equívoco está em considerar a justiça particular, consistente em dar a cada um o que lhe é devido, quando, na verdade, baseia-se na justiça legal, que diz com o fornecimento de elementos para que a comunidade possa prover o bem comum. Com isso, “cada indivíduo terá de tolerar certas privações, algumas dores, algumas coisas que em si mesmas não são boas, se forem necessárias para o bem comum. São males, mas não sofrê-los seria mal maior. E entre dois males o justo, o correto, o direito é que ocorra o mal menor.”¹²²

Nessa ótica, a prisão é um mal necessário, que só será tolerada quando outras providências não possam ser adotadas para atingir a mesma finalidade. O uso teratológico dessa forma de prisão não poderia ser fundamento suficiente para torná-la ilegítima, pois esse problema estaria na justiça realizada por homens e não na justiça do instrumento. O argumento utilizado é inadmissível. É como se o direito ocupasse um lugar divino, acima dos homens, e não fosse por ele criado e aplicado.

Para o autor, é suficiente cuidar dos inconvenientes que permeiam a prisão, os quais terminam por habituar o preso às mazelas, já que a prisão é próxima da corrupção e pecado e de ordens econômica e financeira.¹²³ O âmbito legislativo deve cuidar da regulamentação, definindo limites, fundamentos, modo de decretação e de execução, bem como os recursos para sanar ilegalidades. Na seara judicial, a limitação estaria em mãos do magistrado, “há alguns perigos contra os quais deveriam premunir-se todos os juízes, ao menos os de bem.”¹²⁴ Veja-se quão reiterado é o emprego de nomenclatura religiosa na obra do autor quando fala em pecado, no bem e no mal, e em pessoas do bem e do mal.

Essa concepção, que soma ótica religiosa e criminológica positivista, dá o tom de todos os institutos analisados pelo autor. Veja-se o exemplo da presunção de inocência que apenas poderá ser garantida a partir do confronto com o que ocorreu no passado. Ou seja, o que aconteceu definirá se haverá uma presunção pró ou contra, de modo que pelo passado seria presumida a situação futura.

Apoiando-se em Ferri, entende Tornaghi que a presunção de inocência deverá valer muito para os acusados com bons antecedentes e pouco para os demais. A pretensão de incorporação desse postulado é defender o acusado dos excessos, protegê-lo da atividade inquisitiva. O dever de tratamento é o de considerar o réu como sujeito da relação jurídica, portador de direitos subjetivos que lhe permitem defender-se, pois se fosse admitida a presunção de inocência, não se justificariam providências coercitivas e o órgão acusador ficaria

¹²² TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 178.

¹²³ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 182.

¹²⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 183.

responsável pela produção das provas, inclusive, a não existência de fatos excludentes da pena.¹²⁵ Pontua-se que a adoção do modelo de sistema processual penal acusatório conduziu, ao menos no âmbito legal, justamente ao que temia o autor.

Por fim, o último ponto da obra de Tornaghi, que é de interesse para este trabalho, diz respeito à natureza jurídica e à finalidade da prisão preventiva. O autor aduz que a prisão pode ser providência cautelar, ato de coerção ou medida de segurança processual, conforme o objetivo visado, agregando que, independente da finalidade pretendida, essa modalidade de segregação será sempre cautelar e instrumental.¹²⁶

Dessa forma, o caráter cautelar se dá mediante providências que visam a garantir provisoriamente a ordem jurídica até que medidas definitivas possam ser tomadas, dividindo o objeto de tutela entre coisas e pessoas. A instrumentalidade estaria presente no aspecto de meio para atingir um fim e a provisoriedade decorrente da própria transitoriedade de serem tomadas providências cautelares até que medidas definitivas possam advir. Por isso, para aplicação das medidas, bastaria prova da existência do crime, ou seja, da sua materialidade e indícios suficientes de autoria, que seriam provas fracas de autoria, decorrentes da própria natureza da medida, devendo o despacho que a decreta ser ato formal, escrito e fundamentado.

Ou seja, percebe-se que o autor abre mão da necessidade cautelar pela forma com que está elaborada a provisoriedade. Veja-se:

A finalidade de tais cautelas é evitar o perigo que resulta do retardamento da providência definitiva (*periculum in mora*). Essa terá de basear-se no acurado exame dos fatos e do Direito. Para obviar os riscos de sua tardança urge tomar precauções imediatas, sem as quais pode, inclusive, acontecer que a execução da sentença se torne impossível. [...] A providência definitiva baseia-se na justiça; a provisória na segurança.¹²⁷

É imperioso destacar que, na atualidade, a transitoriedade da medida não está relacionada com a sua substituição por outra medida definitiva, pelo menos, não de forma explícita. A provisoriedade da medida refere-se à necessidade de tutelar situação específica que, no decurso do processo, surja e possa acarretar um prejuízo à instrução criminal ou colocar em risco a aplicação da lei penal. Com base nas ideias colocadas anteriormente, sustenta-se o uso da medida cautelar pelo decurso natural do processo para atingir uma sentença penal condenatória, já que ainda não poderia ser aplicada uma pena definitiva.

¹²⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 189.

¹²⁶ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 331.

¹²⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 332.

Nessa esteira de entendimento, Barros sustenta que a tutela jurídica é estruturada a partir da relação com um objeto e sua defesa, esse objeto é representado pela sociedade e a tutela se revela na defesa dessa sociedade, por meio do direito. Dentro da tutela jurídica, estão as tutelas imediatas e mediatas, de sorte que a cautelar pertenceria a esta última, pois tem como finalidade assegurar outra forma de tutela. A tutela cautelar se realiza em função do processo cautelar, pois a defesa de um direito poderá exigir a existência de uma norma cautelar, para garantir que esse direito não se perca.

Nesse sentido, o autor se propõe a estudar a função e a estrutura da tutela cautelar penal, dedicando-se a distinguir os meios jurídicos de cautela dos demais meios jurídicos de tutela. A tutela cautelar se situa num espaço nebuloso, por ser direcionada a garantir o resultado do processo. Com isso, pode ser absorvida, ora, pelo direito processual; ora, pelo direito material, já que está intrinsecamente ligada a garantir um evento futuro. A norma cautelar possui um preceito de atividade vinculada às atividades dos órgãos que irão desenvolver essa espécie de tutela, que compõe mediatamente o conflito. Contudo, como nessa norma é adiantada uma hipotética situação final, mediante uma medida cautelar, tem-se um aspecto material na norma cautelar. Aqui, surge uma das grandes dificuldades na temática: separar o meio de tutela do interesse tutelado.¹²⁸

Dessa forma, na acepção de Barros, a tutela cautelar desempenha uma função instrumental relacionada ao processo principal “necessitando, por isso mesmo, de um procedimento para atuar. Destarte, a formação de um processo cautelar importa na antecipação do processo principal. Dele resulta uma cognição e uma execução cautelar, emanando um título executivo cautelar, que, no plano estrutural, coloca-se na mesma posição do título executivo definitivo.”¹²⁹

Assim como Tornaghi, para Barros, o procedimento cautelar tem como função a composição de interesses que surgem entre o Estado e o imputado, numa espécie de repartição do risco que emana da própria cautela: o Estado detém um poder de cautela, que surge com a verificação de determinados pressupostos de fato e de direito. Nesse sentido, trabalha com a ideia de lide no processo cautelar, colocando em lados opostos o interesse do Estado em impor a medida cautelar e a do imputado no sentido de resistir e querer manter a sua liberdade.¹³⁰

Para o autor, apoiando-se em Calamandrei, a tutela cautelar situa-se na zona confinante entre a função jurisdicional e a administrativa, muito semelhante à atuação da polícia judiciária,

¹²⁸ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 3-10.

¹²⁹ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 3.

¹³⁰ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 18.

que se coloca a serviço da função jurisdicional mediante poderes de prevenção, com base num juízo provisório.¹³¹ Da mesma senda é o posicionamento de Marques. São instrumentos que objetivam garantir a correspondência entre forma abstrata do processo e a sua matéria concreta, colocam-se as coisas que interessam ao processo numa situação de letargia, evitando-se que sejam modificadas com o decurso do tempo.”¹³²

Quando o autor aborda a autonomia do processo cautelar, apesar de reconhecer que a temática não é pacífica, destaca que o objetivo do processo cautelar é o de assegurar a conservação de um estado de fato e de direito, considerando a realização executiva do direito postulado. Diante disso, sustenta a existência de uma cognição e uma execução para a realização da cautela, diferenciando-a o fato de ser uma cognição sumária, sucinta e não aprofundada. Apoiando-se em Pontes de Miranda, entende que há uma pretensão à segurança, que emana da própria tutela cautelar, sendo esse o conteúdo da ação cautelar. Na mesma esteira do sustentado por Silva, aduz que não há relação entre a medida cautelar e a decisão de mérito, sendo dois tipos de tutelas diversas, pois se analisa um fato e não se declara o direito das partes.

Barros adota a classificação de Calamandrei para analisar o Código de Processo Penal, tendo em vista que o diploma não adere a nenhuma técnica específica de divisão das medidas, agrupando-as, portanto, em: cautelas pessoais; cautelas patrimoniais e cautelas referentes aos meios de prova. Concorrem dois pressupostos à aplicação de uma dessas medidas: urgência que justifique seu custo – esse pressuposto aborda a demora em alcançar a sentença no processo, em que haja a probabilidade de concretização do dano – e que haja aparência jurídica da pretensão postulada – juízo de probabilidade ou instrumentalidade hipotética, já que ainda não se sabe se o direito em questão existe.¹³³

Ademais, somam-se duas características a essas medidas: instrumentalidade e provisoriedade, a primeira revela que a medida não tem um fim em si mesma, e a segunda tem relação com a duração da medida, que cessará com o advento da sentença definitiva ou quando ocorrer a ausência de um dos seus pressupostos. Essas características também são apresentadas por Marques e Tornaghi.

Aduz Barros que, assim como na seara civil, podem-se distinguir três espécies de ação: conhecimento, executória e cautelar. Enquanto, nas duas primeiras formas, a pretensão seria punitiva; na última, há uma pretensão de segurança, tendo as mesmas condições da ação das

¹³¹ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 11.

¹³² BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 12.

¹³³ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 35-36 e 41-44.

demais, respeitadas suas peculiaridades, quais sejam: possibilidade jurídica; interesse de agir e legitimidade ativa e passiva para a causa. O mérito na ação cautelar seria o *fumus bonis juris*. Explica o autor que a possibilidade jurídica diz respeito à medida cautelar postulada, em face da tipicidade processual. Já o interesse de agir é a necessidade de requerer a segurança, afastando-se o perigo de determinada situação fática; nesse ponto, cuida do fato alegado, para, no mérito, avaliar-se a procedência ou não do suposto.¹³⁴ Nesses termos, haveria uma sentença para decretar a prisão e explicitar seus fundamentos e motivos.¹³⁵

Pela exposição do autor, percebe-se, inclusive pela bibliografia empregada, um constante recurso aos manuais de processo civil. Dito isso, por crer na existência de um processo cautelar penal autônomo, exporta uma ação cautelar para mover esse processo, agregando-lhe as condições da ação civil. Não obstante, há uma clara dificuldade em encaixar os requisitos e fundamentos de uma medida cautelar nas categorias das condições da ação trazidas pelo processo civil, uma vez que a sumariedade da decretação de uma medida dessa ordem torna absolutamente turva a distância entre o que são as condições e o que é mérito.

Não há sentido em se falar que o mérito seja o *fumus* – materialidade e indício de autoria – e o *periculum*, a análise das condições, haja vista que expressa o próprio perigo que fundamenta o emprego de uma cautelar. Não fosse isso, ainda seria de todo inapropriado dividir a análise do perigo entre alegado e suficiente para completar as condições da ação e provado e procedente no exame do mérito, tendo em vista a forma e o lapso temporal no qual ocorre esse tipo de análise. Não há como fazer esse desdobramento, a não ser teoricamente.

Retomando à caracterização da prisão, o autor a define como provisória, pois tem sua origem vinculada ao provimento definitivo, legitimada pela prevenção de um perigo, evitando, desse modo, um possível dano jurídico. Soma-lhe ainda o aspecto da urgência, pois a tutela do direito estaria correndo risco, de forma que não se exigiria um exame pleno desse direito acautelado, a certeza está apenas no *periculum in mora*. Os pressupostos da prisão tratam da prova plena da existência do crime, que se revela em tipicidade comprovada, como função descritiva. Por outro lado, o segundo pressuposto são indícios suficientes de autoria, o que não exigiria uma prova robusta, mas elementos capazes de satisfazer “a tranquilidade” do Magistrado. Os indícios representam probabilidade e não certeza, ou seja, é aquilo que pode ser verdadeiro, mas ainda não foi provado: é um grau elevado de conhecimento da autoria.¹³⁶

¹³⁴ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 56-57 e 60-61.

¹³⁵ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 97.

¹³⁶ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 193-194.

Soma ainda aos pressupostos, acima elencados, a garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal; crime doloso punido com reclusão ou punido com detenção se o sujeito for vadio, ou se houver dúvidas sobre sua identidade; se o réu for reincidente; e que inexistam provas de que o delito foi praticado acobertado por uma excludente de ilicitude.

A garantia da ordem pública significaria possibilidade de reiteração delitiva e a repercussão danosa no meio social, adquirindo a prisão uma função de medida de segurança. A prisão se desvincula do processo para tutelar a própria ordem pública, nas palavras do autor: “a *potesta coercendi* do Estado atua, então, para tutelar, não mais o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa, e sim, na expressão textual da lei: a própria ordem pública.”¹³⁷ Desse mesmo teor é a exposição de Marques, o fundamento da ordem pública embasa medida de segurança social e não mais o andamento do processo.

A conveniência da instrução criminal, por sua vez, cinge-se ao uso do acusado como prova no processo e para evitar que o sujeito dificulte a produção de elementos probatórios, principalmente, quando seja “poderoso” ou detentor de grande periculosidade. Aqui há uma inversão de responsabilidade na construção de elementos de prova e o uso do acusado como objeto do processo, do qual pode ser retirada a verdade dos fatos, em lugar de um sujeito de direitos. Por fim, o último motivo é assegurar a aplicação da lei penal, possuindo a mais saliente função cautelar, para o autor.¹³⁸

Acrescenta Barros que há duas espécies de providências cautelares que atendem a esse *periculum in mora*. A primeira seria aquela que antecipa a decisão de mérito, ainda que provisoriamente, na outra estariam providências tomadas para preservar a instrução do processo e acautelar a execução, colocando como exemplo o arresto dos bens do devedor.

A prisão preventiva participa das duas modalidades, na primeira hipótese, tem como objeto o mesmo bem de eventual execução definitiva; já na segunda, cria meios para resguardar o andamento do processo. A fim de repartir o risco que decorre da aplicação de uma medida antes de uma sentença definitiva no processo, o autor utiliza como binômio de ponderação para a aplicação a necessidade e a conveniência.

O perigo, que serve de substrato à medida, deve ser averiguado com profundidade, o que incumbirá ao órgão jurisdicional, vinculado por normas, para limitar o arbítrio. Nesse sistema de ponderação para aplicação, o juiz ocupa lugar fundamental, pois será sua atribuição garantir que não ocorram erros e excessos, de modo que:

¹³⁷ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 197.

¹³⁸ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 201-202.

inspirando-se o direito substantivo, que a cautela tende a garantir, no princípio da periculosidade, procurando-se, nele, adaptar a lei e suas sanções ao homem delinquente, a este individualizando, para poder individualizar a pena, a prisão preventiva, sendo desta uma antecipação, deverá obedecer ao mesmo princípio. Não é só o fato e suas circunstâncias que deve ter em conta a lei para privar, preventivamente, da liberdade o imputado, senão também a pessoas e suas circunstâncias.¹³⁹

Apesar de claramente colocar como um ponto de segurança na temática o fato do juiz ser aquele que decide sobre a aplicação da medida, seguindo um modelo relativamente livre, frente à ausência de prisões cautelares obrigatórias, no exercício da jurisdição cautelar, o que ocorre, de fato, é que esse magistrado decide “sozinho” – desde a época daquela obra até os dias atuais.

Ademais, a partir da citação acima, não é difícil perceber que o autor utiliza um dito princípio da periculosidade para balizar a individualização da pena e – em reconhecendo a possibilidade da prisão como uma antecipação – individualização da prisão preventiva. Independentemente do espaço que se utilize um argumento dessa ordem, o que ele propaga é uma ideia de setorização, entre aqueles que carregam o não pertencimento a um determinado modelo e os demais que logram permanecer dentro dos limites postos. Esse discurso legitima a extirpação dos que representam risco ao modelo dominante.

Desse discurso periculosista, advém também a transmutação de um problema de ordem estrutural em conjuntural, densificando a hipótese tão em voga na esfera penal de que o cerne da questão está vinculado à eficiência do sistema penal. Ou seja, não se logra punir mais, prender mais, por uma crise atual de eficiência e não por um problema na sua estrutura e nos mecanismos empregados. Não é novidade alguma que a prisão, seja na modalidade que for, cuida de uma violência, institucionalizada e pública, mas, ainda assim, violência. E um dito combate – que deveria estar fora do âmbito jurídico, pois é uma técnica belicista e não processual – proposto nos moldes da eliminação do outro, não tem possibilidade de produzir um resultado não violento.

Ainda, a colocação do autor compatibiliza o emprego do fundamento usado para a aplicação de medida de segurança na pena e, conseqüentemente, na prisão preventiva. O que termina por fundir os traços de ambas, colocando-as em situações análogas, “visto que também a medida de segurança e a interdição de direito são impostas para evitar que, durante o

¹³⁹ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 187.

desenvolvimento do processo seja sacrificada a relevância jurídica da situação terminal do mesmo, devido à periculosidade do agente.”¹⁴⁰ Veja-se:

Ambas são assegurativas no sentido de que as primeiras procuram evitar que o acusado cometa outros crimes no futuro, enquanto as últimas procuram assegurar o resultado do processo de conhecimento a que estão preordenadas, garantindo a sua eficácia na complexa finalidade a que se destina. Todavia, nos seus efeitos preventivos essas medidas se avizinham. Mas, não se pode deixar de distingui-la pela causa; a causa da medida de segurança reside na periculosidade criminal; ao passo que a causa da medida cautelar está na ocorrência do *periculum in mora*. Da mesma sorte no tocante a finalidade: a medida de segurança destina-se a salvaguardar a sociedade contra indivíduos perigosos; e a medida cautelar visa o resultado do processo e também o frutuoso desenvolvimento deste, facilitando a produção da prova, assegurando a genuinidade desta.¹⁴¹

Pelo exposto, não fica clara qual a distinção entre a medida de segurança e medida cautelar, tendo em vista que tanto os requisitos quanto os fundamentos da segregação cautelar deverão estar presentes. Essa distinção resta ainda mais turva, se se observa a medida cautelar como medida de segurança para preservar a ordem pública, que resguarda a sociedade de um suposto sujeito perigoso. Há uma identidade, propriamente dita, entre uma medida e outra.

Por derradeiro, objetivando distinguir a tutela cautelar das demais formas de tutela, Barros, assim como o fez Tornaghi, destaca como uma das diferenças, entre as naturezas da prisão preventiva e da prisão-pena, o local de cumprimento de cada uma dessas ordens, sendo que os primeiros deveriam ser encaminhados para um estabelecimento adequado, específico para presos provisórios. Em não havendo essa possibilidade, deveriam ser colocados em seção diversa, evitando-se que mantenham contato com os presos já condenados. Essa é uma disposição presente na Lei de Execução Penal e recentemente foi incluída pela reforma de 2011 no Código de Processo Penal, todavia, a distinção de espaços de cumprimento não é determinante para diferenciar uma medida definitiva de uma cautelar, já que a segregação, em si, é a mesma.

Aqui se aponta outra característica destacada por Barros para distanciar a prisão preventiva das demais: o autor diferencia a prisão preventiva, que chama de *strictu sensu*, das demais prisões então vigentes – decorrente de sentença condenatória recorrível ou da pronúncia – por ter uma função cautelar primordialmente, resultado de uma jurisdição cautelar exclusiva.¹⁴² A decretação da prisão seria realizada frente a uma jurisdição propriamente

¹⁴⁰ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 361.

¹⁴¹ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 366.

¹⁴² BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 181.

cautelar, nos seguintes moldes: “A jurisdição cautelar é predisposta a anteceder o processo de conhecimento condenatório, e funciona como base, exclusivamente, na prova colhida na fase investigatória, quase sempre coligida em inquérito policial, sem as garantias do contraditório.”¹⁴³

Assim como Marques, sustenta que há a hipótese de jurisdição sem ação quando a medida é decretada de ofício pelo magistrado, mas colocará essa situação como excepcional, pois narra que, quase sempre, a ação é movida pelos legitimados para tanto. Dito isso:

através de qualquer dessas formas é instrumentada a ação cautelar, e por força dela o juiz decide “*inaudita altera parte*”. Nem se poderia regulamentar essa ação por outra forma, visto que a urgência e a difícil concretização da medida, somente admitida em crimes de maior gravidade e contra pessoas de reconhecida periculosidade, tornam possível a sua imposição mediante prévia audiência do indiciado.¹⁴⁴

Portanto, para o autor, por ser essa sentença pautada num juízo de probabilidade, gera-se uma sentença penal processual, como o objetivo de assegurar o processo de conhecimento condenatório. A sentença estará baseada nos elementos colhidos no inquérito policial, demonstrando a situação de perigo gerada para o processo principal.

Afirma, ainda, o caráter cautelar da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, haja vista que seu cumprimento se dá em prisão especial, bem como pela expedição da carta guia para cumprimento da pena ser exigido apenas após o trânsito em julgado. Dessa forma, para Barros, seria indiscutível a finalidade cautelar da prisão imposta em lei, como efeito imediato da sentença condenatória, já que seu escopo seria garantir o resultado do processo principal.¹⁴⁵

Não obstante, não parece que essas características sejam determinantes para diferenciar a medida cautelar da pena ou mesmo que possam definir sua natureza. Primeiro, porque não há jurisdição cautelar exclusiva, basta ver que a legislação brasileira, em matéria penal, trata a prevenção como forma de fixação de competência. Desse modo, o juiz de conhecimento decretará medidas cautelares; segundo, porque o que difere, nessas medidas, ainda que todas estivessem vigentes, é tão-somente o momento da decretação, mas, tendo em vista as disposições constitucionais, em qualquer uma delas, a presunção é de inocência, tanto do recurso quanto da pronúncia, e dela pode advir uma absolvição; terceiro, o lugar de

¹⁴³ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 196.

¹⁴⁴ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 206.

¹⁴⁵ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 276.

cumprimento não é suficiente para dar-lhes natureza cautelar, inclusive, em virtude de o espaço e a forma de submissão serem as mesmas.

Fernandes, distanciando-se, um pouco, da exposição dos autores anteriores, inclusive, por sua obra ser mais recente, propõe-se a fazer uma análise dos dispositivos do Código de Processo Penal à luz da Constituição de 1988. No que toca ao tema da tutela cautelar pessoal, para ele, a necessidade de medidas cautelares se justifica pela prevenção de determinados riscos que podem surgir no decorrer do processo até a sentença final. Essas medidas vinculam-se à finalidade instrumental do processo, revelada na prestação jurisdicional justa. Para Fernandes, há um processo cautelar, com autonomia limitada, que se dá paralelamente ao de conhecimento ou de execução, mas liga-se a um deles. Desse modo, a tutela cautelar tem também natureza instrumental.¹⁴⁶

No que toca à prisão cautelar, entende que, a fim de evitar ofensa ao princípio da presunção de inocência, esta deve ter natureza cautelar e não pode redundar em antecipação de pena. O autor não explica o que seja a natureza cautelar, contudo diz que para ter essa natureza, a prisão deve assentar-se sob dois requisitos: o *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti* e o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, o que é amplamente aceito na doutrina contemporânea sobre o tema.

Apesar de utilizar a nomenclatura atualmente mais recorrente nos Tribunais Superiores, há uma vinculação às categorias do processo civil, quando relaciona as categorias apresentadas como requisitos da fumaça do bom direito e da demora do julgamento.¹⁴⁷ O que denota, novamente, a matriz processual civil, dando os tons da construção do embasamento teórico processual penal em matéria cautelar.

Dando um salto temporal, passa-se, agora, à análise de autores com trabalhos mais recentes sobre cautelares. Inicia-se por Polastri, que escreveu sua tese de doutoramento acerca da tutela cautelar no processo penal, e assim como Fernandes, direciona a temática ao âmbito constitucional. Na mesma senda, o autor conduz a sua pesquisa a partir da matriz teórica do processo civil.

Polastri busca na Constituição Federal o fundamento da tutela cautelar e a define como uma garantia, afirmando que as medidas cautelares têm seu fundamento atrelado ao princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição e ao direito de ação: “deflui a tutela cautelar de um

¹⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 323-324.

¹⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 328.

princípio constitucional geral, que, por sua vez, é desdobramento dos princípios constitucionais fundamentais.”¹⁴⁸ Sob esse enfoque, dentro da garantia à tutela jurisdicional e do direito de ação, conseqüentemente, estaria inserido o direito à ação cautelar.

Na visão do jurista, a tutela jurisdicional é dotada das características da adequação, efetividade e tempestividade, a garantia desse modelo deverá ser resguardada mediante o emprego de medidas, entre elas, encontram-se as atinentes à tutela de urgência. Seja no âmbito do processo civil ou do processo penal, as medidas cautelares são destinadas a proteger a eficácia de uma futura decisão judicial, que possa ser prejudicada pela demora do seu advento, com fundamento no art. 5, XXXV, da CRFB. Insere a espécie de tutela como respaldada constitucionalmente – tendo em vista a previsão expressa da modalidade de prisão anterior ao trânsito em julgado de sentença – e apresenta garantias que incidem sobre a medida, entre elas: art. 5, LXI, LXII, LXIII, LXV, LXVI, CRFB.

Inclusive da garantia constitucional prevista no inciso XXXV do art. 5, o autor retira a possibilidade de um poder geral de cautela, de modo a garantir os direitos do homem, sempre que inexista o remédio próprio de proteção.¹⁴⁹ Para tanto, faz aplicação analógica das disposições do processo civil – que traz essa previsão de forma expressa – contudo, limita a sua aplicação às medidas cautelares não prisionais. Dentro dessa concepção, classifica as cautelares pessoais como uma garantia social da seara coercitiva estatal, que objetiva preservar direitos individuais de possíveis abusos.

O autor sustenta sua análise, assim como Marques e Barros, com base na compreensão de um tronco comum entre as espécies de processo, sendo possível definir conceitos e princípios válidos em quaisquer de suas formas, pois é o meio que o Estado utiliza para desenvolver a atividade jurisdicional. Todavia, não afirma uma identidade absoluta entre as espécies, mas, sim, a possibilidade de uma leitura a partir da teoria geral do processo.¹⁵⁰

Tendo como sustentáculo teórico a teoria geral do processo, aduz a existência de um processo cautelar. Com o intuito de examiná-lo, parte da classificação das ações, que possuem como expectativa uma determinada tutela jurisdicional, dividindo-as em ação de conhecimento, execução e cautelar. Conseqüentemente, serão três as espécies de processos.¹⁵¹ “O processo cautelar também é um processo de conhecimento, mas com causa de pedir diversa, ou seja, tem o objetivo de assegurar e garantir a futura efetividade da tutela no processo de conhecimento

¹⁴⁸ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 25.

¹⁴⁹ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 27-28.

¹⁵⁰ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 33-42.

¹⁵¹ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 53.

comum.”¹⁵² Dessa forma, nos moldes do trabalhado por Calamandrei, aduz que a finalidade atribuída ao processo cautelar não é idêntica àquela presente nas duas outras espécies, encontrando sua razão na demora da prestação jurisdicional. Em síntese, traz consigo as funções dos dois outros processos, agregando o caráter da prevenção.

Polastri reconhece a existência de uma ação cautelar, medidas cautelares e um processo cautelar, sendo o processo cautelar a relação jurídica, que possui procedimento próprio, do qual advém a aplicação de medidas. Contudo, ressalta que nem toda medida é aplicada em processo, já que poderão advir no próprio processo de conhecimento ou de execução,¹⁵³ enquanto outras adviriam de simples procedimento sem atingir uma relação processual, como ocorreria com a notificação.¹⁵⁴ Esse posicionamento é o mesmo dos autores Cintra, Pelegrini e Dinamarco.

Em suma, sustenta o autor que, no âmbito civil, não há uma previsão expressa da necessidade de processo cautelar autônomo para a aplicação de medidas cautelares – medidas de segurança para a execução. Estas poderão dar-se de modo incidental no processo, como ocorre na seara penal, ocasião que perdem a autonomia. Contudo, ainda dependem de características e pressupostos do processo cautelar, sendo, em grande medida, aqueles definidos, ainda na década de quarenta, por Calamandrei, conforme se verá abaixo.

A autonomia é característica do processo cautelar, que se desenvolve de modo independente do processo de conhecimento e do de execução; possui instrumentalidade qualificada, pois sua existência se dá em função de outro processo; acessoriedade em relação ao processo principal, já que visa a assegurar seu resultado prático; e a provisoriedade, que diz respeito à duração, aproximando-se da temporariedade; revogabilidade, em face da cognição sumária da qual decorre; não definitividade, produzindo coisa julgada formal, desde logo mutável; referibilidade a um direito acautelado, não coincidindo com a satisfatividade.¹⁵⁵

Apesar de se concordar como sendo essas as características, em regra, atribuídas às medidas cautelares, entende-se que não há que se falar em um processo cautelar autônomo. Conforme explicitado anteriormente, incabível a divisão da análise da matéria cautelar entre condições da ação e mérito. Ademais, no modelo processual atual, essa prestação jurisdicional, com enorme dificuldade, será uma jurisdição cautelar com cognição sumária da matéria, já que cuida de um mesmo julgador, num mesmo espaço de tempo, que tem acesso amplo aos elementos probatórios, mas que, por ocasião da decisão da medida cautelar, não deverá expô-

¹⁵² POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 54.

¹⁵³ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 61.

¹⁵⁴ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 61.

¹⁵⁵ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 68-74.

los nesta. É uma contradição nos próprios termos, fala-se em cognição sumária, mas há a ausência de uma estrutura que garanta essa espécie de cognição.

Polastri, contemporaneamente, é um dos poucos autores que, em matéria processual penal, sustenta a existência de um processo penal cautelar, ou quando trata de tutela cautelar por medidas, aduz a necessidade de observar os requisitos e os fundamentos do processo. Isso se justifica pela proposta teórica do autor de atualizar a obra de Campos, da década de 80, intitulada *Do processo penal cautelar*.

O segundo autor encontrado que sustenta uma estrutura de processo cautelar para aplicação de medidas é Nicolitt. Para tanto, aduz que a ação “é o poder jurídico de promover a atuação jurisdicional”, de modo que o Delegado de polícia e o Ministério público, quando postulam pela prisão, possuem o *ius postulandi*. Em consequência disso, instaurar-se-ia um procedimento em contraditório, por vezes, diferido. E, por ser a atividade jurisdicional una, não haveria por que negar a existência um processo propriamente.¹⁵⁶ Todavia, tratando a partir dessa generalidade a constituição de um processo, muitas outras atividades postulatórias também redundariam no estabelecimento de um processo autônomo, o que não ocorre.

Por outro lado, estão os autores que examinam a matéria partindo da existência de medidas cautelares autônomas, apesar de utilizarem categorias da obra de Calamandrei, que desenvolveu um procedimento para definir a tutela cautelar. Esse caminho é percorrido por Badaró. Este último apresenta como característica principal da tutela cautelar a instrumentalidade hipotética, pois a medida é o instrumento que assegura o resultado de uma hipotética condenação, pautada em uma decisão não exauriente.

Ainda, alega que a providência cautelar é dotada dos seguintes caracteres: de dupla instrumentalidade, uma vez que ligada à realização do direito material; de acessoriedade, já que o provimento cautelar não é um fim em si mesmo; de preventividade, buscando prevenir a ocorrência de um dano, conservando-se um estado de fato ou constringindo determinados direitos do acusado; de provisoriedade, presente na durabilidade do provimento, que está condicionado à superveniência de provimento definitivo; de sumariedade, que diz respeito à urgência como premissa da medida cautelar, de modo que não é possível ao magistrado realizar juízo mais profundo e exauriente, ocasião que se verificará a probabilidade do direito; de referibilidade a uma situação concreta de direito material, ao direito acautelado, que é o direito hipotético de punir alguém por um delito; e a proporcionalidade, que estabelece que o gravame

¹⁵⁶ NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar**: prisão e demais medidas cautelares. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 22-23.

causado pela medida cautelar deverá ser proporcional à constrição que se atingirá, em tese, com o provimento final.¹⁵⁷

Nessa senda, Lopes Jr. sustenta que “é importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir o processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional.”¹⁵⁸ Por isso que as medidas para garantia da ordem pública e econômica não seriam cautelares, constituindo atividade tipicamente de polícia: medidas de segurança. Ainda, assim como a maioria dos autores já trabalhados, Lopes Jr. entende que a espécie de juízo que deverá ser empregada para a decretação de uma medida, que restringe previamente a liberdade, é o de probabilidade, não bastando o juízo de possibilidade, sendo necessário o predomínio de razões positivas à hipótese trazida ao processo.¹⁵⁹

Com o propósito de compatibilizar a prisão preventiva e a presunção de inocência, Lopes Jr. traça uma base principiológica. Arrola como princípios: a jurisdicionalidade e motivação; o contraditório; a provisionalidade; a provisoriedade; a excepcionalidade; a proporcionalidade. As medidas só teriam legitimidade se observados esses princípios. O autor tem como fundamental a sistematização daquilo que é imprescindível à leitura dessas providências, mas isso não tem sido o suficiente para alterar a racionalidade presente na aplicação e compreensão delas, pois, segundo o próprio autor:

A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofre uma grave degeneração, que dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa como a presente. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional.¹⁶⁰

Partindo dessa citação, percebe-se que o mecanismo prisão cautelar se legitimou a partir do argumento da cruel necessidade, instituindo-se a motivação de que os fins justificam os meios, sendo que esse meio é naturalizado, ou seja, deixou de ser necessária a sua justificação, para apenas ser explicado. Nesse exato sentido é o posicionamento de Tourinho Filho, quando

¹⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 938-944.

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 645.

¹⁵⁹ LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 852.

¹⁶⁰ LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 810.

assevera que a prisão preventiva é uma injustiça necessária, reservada aos casos excepcionais. Sustenta que não se admite, à luz do texto constitucional, prisão provisória sem cautelaridade, que é posta no sentido de meio que assegura o processo penal, isto é, resguarda a consecução dos fins do processo. Todavia, não há uma análise mais aprofundada do que seja essa cautelaridade, que ultrapasse a indicação dos fundamentos da garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal.¹⁶¹

Percorrendo outro caminho, Barros e Machado rejeitam a necessidade de criar-se um novo arcabouço principiológico para a leitura da medida cautelar, conforme o fez Lopes Jr., já que a base uníssona presente na Constituição, em termos processuais, já teria respondido às necessidades de uma teoria cautelar.¹⁶² Imperioso esclarecer que, para os autores, há uma teoria geral do processo que pode ser extraída do texto constitucional e, observando as disposições próprias ao subsistema do processo penal, aplicada. Nicolitt desenvolve um raciocínio semelhante ao passo que afirma que devem ser buscados princípios às figuras processuais para criar uma teoria geral do processo, que teria como marco o processo como direito fundamental, consagrado no art. 5, inc. LIV, da CRFB.¹⁶³

Para Barros e Machado, com a reforma efetuada pela lei nº 12.403/2011, criou-se uma base legal que permite o início da construção de uma teoria sobre cautelaridade específica para as medidas cautelares pessoais. Apoiando-se em Tommaseo, diferenciam o processo cautelar, figura autônoma, das medidas cautelares, figuras incidentais, não no que toca à substância, mas quanto à sua localização, já que o conteúdo das decisões, em ambos, é mutável e disso decorre o seu caráter instrumental e provisório. Em suas palavras: “a cautelaridade no processo penal não permite aproximação com a execução provisória e com o caráter satisfativo de uma antecipação de um possível mérito do processo de conhecimento.”¹⁶⁴

Giacomolli, apesar de também sustentar a existência de medidas cautelares autônomas, nos moldes realizados pelos autores supracitados, faz uma análise que se pauta nas diretrizes internacionais sobre a prisão para limitá-la. Narra que o Pacto internacional dos direitos civis e políticos¹⁶⁵ arrola garantias vinculadas à restrição de liberdade de ir e vir, são elas: a motivação

¹⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 34. ed. rev. e de acordo com a lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 550.

¹⁶² BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – lei 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 42.

¹⁶³ NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 25.

¹⁶⁴ BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – lei 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 16.

¹⁶⁵ O Brasil aderiu ao pacto no ano de 1992 e este passou a vigorar no mesmo ano. (BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 jun. 2016.)

da decisão; a legalidade da prisão, que se desdobra em previsão de fundamento em lei e respectivo procedimento; informação sobre as razões da segregação; celeridade do procedimento; audiência imediata, com a condução à presença de juiz; a liberdade como regra; hipóteses de condicionamento da liberdade; direito a impugnar a decisão e a reparação por prisão ilegal.¹⁶⁶

Na mesma esteira vai a Convenção dos Direitos Humanos, que traz critérios orientadores da liberdade pessoal muito próximos dos descritos pelas Nações Unidas no pacto supracitado: legalidade; motivação; dever de informação; audiência imediata; julgamento em prazo razoável; impugnabilidade da prisão; salvo-conduto; efetividade do meio impugnativo; legitimidade pessoal para impugnar; controle jurisdicional da prisão.¹⁶⁷

Giacomolli, assim como Barros e Machado, aduz que a funcionalidade da prisão preventiva, como extrema *ratio*, dirige-se ao afastamento de seu uso como sanção material antecipada, com finalidade de prevenção geral ou especial, distanciando os requisitos da cautelaridade do processo civil, de verossimilhança, com caráter de acessoriedade ao processo principal, nos termos empregados por Marques, Tornaghi e Barros. Conforme o autor, a prisão processual é assecuratória, acautelatória, desvinculando-se do resultado final do processo.¹⁶⁸

Ou seja:

o paradigma de que a medida cautelar criminal vincula-se ao processo principal, ao processo de conhecimento, em grau de acessoriedade ou antecipatório do provimento final, não encontra guarida na esfera criminal. A base da cautelaridade penal é a segurança e a urgência no que tange às pessoas, provas e coisas, com funcionalidade assecuratória e acautelatória, mas não de asseguramento do resultado final ou de sua antecipação.¹⁶⁹

Nessa senda é a tese de doutoramento de Pujadas, que pugna pelo tratamento da tutela cautelar no processo penal de forma autônoma da tutela cautelar do processo civil, pois cada uma dessas searas é informada por princípios diversos. Diz a autora que, no caso espanhol, o fundamento constitucional das medidas cautelares civis está conectado à tutela efetiva,

¹⁶⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 357-358.

¹⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 358.

¹⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 360.

¹⁶⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 361.

enquanto a tutela cautelar penal deve estar relacionada à presunção de inocência – conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional daquele país.¹⁷⁰

Pujadas distingue os pressupostos materiais (imputação; perigo cautelar; periculosidade processual potencial e imputação) dos formais (legalidade, jurisdicionalidade, motivação e audiência), ambos aplicados em observância às regras da proporcionalidade (idoneidade da medida de modo que elimine o risco suscitado; lesividade ou intervenção mínima diz com a eleição de medida de menor gravidade e proporcionalidade em sentido estrito, que indica que a medida tem que ser conforme a qualidade e quantidade da pena prevista para crime praticado).¹⁷¹

Entende a autora que, com intuito de evitar o arbítrio na aplicação de medidas cautelares, o juiz deve, na apreciação da periculosidade processual, embasar sua decisão nos indícios cautelares constatáveis na realidade, de forma objetiva e livre. Deve iniciar a análise pelos pressupostos materiais; seguindo a ordem da imputação; risco de frustração processual; e periculosidade processual potencial do sujeito passivo do processo. E na sequência, utilizando as regras da proporcionalidade, verificar a necessidade efetiva do uso de medidas. Desde a ótica da presunção de inocência, como regra de tratamento do sujeito passivo do processo penal, compreende-se que deverá ser motivada toda consideração geral diferente da presunção de inocência e de todo ato que imponha um tratamento diferenciado ou especial.

Portanto, a decisão que decreta a prisão deve ser fundamentada, o que significa que precisará encontrar amparo no substrato fático presente nos autos – elementos atuais e concretos que atendam aos requisitos autorizadores – somado aos motivos de direito – hipótese jurídica prevista em lei. No que tange ao nível probatório da autoria, que deve ter a decisão que aplica uma medida cautelar, aduz o Giacomolli que:

A potencialidade demonstrativa indiciária vai aumentando, na seguinte ordem: recebimento da acusação, pronúncia, sentença condenatória. Mas, em que patamar estaria a exigência da autoria para ser decretada a prisão preventiva? Abaixo do juízo condenatório, mas acima das demais decisões, por implicar restrição da liberdade, encarceramento e aproximar-se dos efeitos de um juízo condenatório.¹⁷²

¹⁷⁰ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral - Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 491.

¹⁷¹ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 497-498.

¹⁷² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 372.

Por outro lado, no que diz respeito aos fundamentos, para o autor, a preservação da ordem pública é atividade das autoridades policiais, portanto atribuição da administração pública e não do Estado-juiz. Ainda, que é usada e “colocada em patamar superior aos direitos-garantias do investigado ou do processado, com conteúdo potencializador do punitivismo, da antecipação da tutela penal, substitutiva da ideologia da segurança pública.”¹⁷³ Contudo, entende como legítimo o fundamento, mas, tão somente, se for utilizado para afastar o risco gerado à organização estrutural de uma instituição do Estado de Direito.

No que toca ao fundamento da ordem econômica, questiona o autor se não seria mais adequada a aplicação de medidas reais e chama os outros dois fundamentos presentes no art. 312 do CPP de tipicamente cautelares: a conveniência da instrução criminal por garantir a não obstaculização dos atos processuais até a sentença penal e o asseguramento da aplicação da lei penal por garantir a execução penal.¹⁷⁴ Em contrapartida, Giamberardino tencionará os limites, inclusive, dos fundamentos endoprocessuais da segregação cautelar. Sustenta que eles acobertam a lógica inquisitiva da gestão da prova, reificando o acusado, para poder retirar-lhe a verdade mediante o uso do cárcere: é a gestão do indivíduo concentrada nas mãos do julgador.¹⁷⁵

No ponto, no que tange à garantia da ordem pública como fundamento, tem-se como precisa a lição de Gomes Filho:

Apesar dessa apontada nebulosidade, o recurso à “ordem pública” em matéria penal e processual penal tem uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais. À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente dita, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social.¹⁷⁶

Imprescindível é essa colocação, por caracterizar o fundamento da ordem pública como medida de repressão, meio que permite que os interesses punitivos prevaleçam sobre as garantias individuais, sob o subterfúgio de dizer-se cautelar. Esse é o artifício teórico que

¹⁷³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 373.

¹⁷⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 373-376.

¹⁷⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 2008. 200 f. Dissertação (Mestrado em direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 95.

¹⁷⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67.

permite um *continuum* nas práticas do Estado, pois materializa a possibilidade de segregar sujeitos como forma de defesa social. No histórico recente do Brasil, foi empregado para neutralizar os indivíduos tidos como contrários aos ideários da segurança nacional, período no qual se criaram inimigos do Estado que deviam ser combatidos, e atualmente é usado para fins de segurança pública.¹⁷⁷

Nesse cenário, é fundamental destacar que a presunção de inocência é forma de tratamento extra e endoprocessual, de modo que não pode ser limitada apenas ao não tratamento do acusado como condenado, porque lhe seriam preservados os direitos e as garantias processuais, como se seu âmbito de incidência fosse tão somente a prisão-pena. A presunção de inocência se relaciona intimamente à aplicação de medidas cautelares pessoais e reais.

Nesse sentido, parece bastante equivocada a colocação de Polastri sobre o tema, que reduz a garantia constitucional ao espaço da pena propriamente dita. Com um giro linguístico simplório, a prisão processual passa a ser legitimada sem maiores dificuldades, pois, em não sendo a medida uma antecipação punitiva, poderá ser empregada. Ou dito de outro modo, tendo natureza cautelar, poderá ser empregada sem grandes entraves.

Para Pujadas, a presunção de inocência admite tanto a previsão quanto a adoção judicial de medidas cautelares. Contudo, deve-se concretizar o seu significado a partir dos termos da *consideração de perigo processual*. Essa é a qualidade dada pelo Estado ao sujeito, a quem é atribuído um fato e um processo penal, de modo que afirma a possibilidade de ele ser o autor do fato delitivo ajuizado; o tratamento é o conjunto de direitos atribuídos e suscetíveis de limitação associados a uma determinada consideração; o motivo é a razão pela qual se dispensa determinado tratamento ao imputado; o fim, aquilo que é perseguido com o tratamento.¹⁷⁸

Dessa regra de tratamento, extrai-se a necessidade de que, para atingir direitos do imputado, é necessário que o Estado tenha uma razão e que essa razão seja a expressão teleológica do motivo. “Avanzando algunas conclusiones: el motivo que justifica la adopción de medidas cautelares penales es la existencia de un <perigo cautelar> y la consideración que há de predicarse del sujeto pasivo es la <peligrosidad procesual>.”¹⁷⁹

¹⁷⁷ O *continuum* punitivo e o não rompimento entre as etapas históricas é um pressuposto do qual parte a pesquisadora, apoiando-se em outros autores (tais como Casara, Andrade, Batista e Neder), que conduziu a decisão de reconstruir algumas das permanências autoritárias na gestão penal – entre elas, o uso da tutela cautelar – buscando dar os contornos ao populismo punitivo, que está presente não apenas no controle social, pela via penal formal, mas também no informal.

¹⁷⁸ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 491-492.

¹⁷⁹ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 493.

Por conseguinte, a autora restringe o campo das medidas cautelares, diferenciando-as daquelas que são para a estrita prevenção criminal, de modo que as cautelares seriam as que se afirmam na consideração especial de periculosidade processual potencial do sujeito passivo e respondem à existência de um perigo cautelar. Este último seria composto de um elemento objetivo, que é o risco de frustração processual e de um elemento subjetivo que é a periculosidade processual potencial do sujeito passivo, agregando-se, por fim, o elemento básico da imputação de crime.

De acordo com Pujadas, são cautelares as medidas que visam a evitar a fuga do imputado; evitar a destruição ou ocultação de provas; e evitar a insolvência provocada pelo sujeito passivo. Com isso, conclui que as medidas são preventivas, pois antecipam a materialização do risco a essas situações, afastando-o. Em suma:

la peligrosidade procesal potencial es aquella aptitud e actitud (expresadas en términos de probabilidad) del sujeto materializar el <riesgo de frustración procesal> advertido en el concreto proceso. Pormenorizadamente, se compone de: (a) la disposición material, aptitud o capacidad de acceso y alteración al objeto específico de protección cautelar y (b) la disposición anímica o actitud para materializar un riesgo de frustración procesal (para materializar aquella posibilidad de acceso y alteración). El grado en que se aprecien ambas disposiciones informará la aplicación de la regla de “menor lesividad” o “alternativa menos gravosa.”¹⁸⁰

Pujadas faz uma construção diferente dos autores até então apresentados, já que cria uma divisão entre o que chamou de medidas cautelares, que respondem a um perigo cautelar somado à “periculosidade” processual do sujeito, que previnem o risco, e as medidas de prevenção criminal, que abdicam dessas duas disposições, incorporando postulados alheios à ótica processual penal. Distanciam-se os significados de prevenção e cautelaridade, abrindo-se um importante espaço para que se verifique que nem tudo que é colocado no significante cautelar pode estar ali, como queriam crer Tornaghi e Marques: não se pode partir da “nomenclatura” para definir a medida como cautelar.

¹⁸⁰ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 496.

2.5 A BUSCA POR UMA FORMA DE CONSTRUIR UMA TUTELA CAUTELAR PRÓPRIA AO PROCESSO PENAL

Com base no exposto até agora, pode-se dizer inconstitucional a prisão *ante tempus*? Por evidência, não, haja vista que sua existência decorre do próprio texto constitucional. E por sua vez, pode-se dizer cautelar a prisão *ante tempus* nos moldes atuais? Aqui reside o grande problema. Com a importação de concepções do processo civil, diz-se que sim.

Naquela seara, cautelares são as medidas que se dão antes ou durante o processo, subsidiárias ou acessórias a ele, e que visam a evitar a perda do objeto do conflito pelo transcurso do tempo, podendo, inclusive, ter caráter satisfativo – antecipando a tutela pretendida com o processo. Todavia, no processo penal, os riscos não podem ser mensurados da mesma forma, mas pautados pela liberdade do sujeito, já que a presunção de inocência, conforme já dito, é mais do que a incerteza.¹⁸¹

Encetadas, inicialmente, as ideias de que há uma identidade entre cautelaridade e medida de segurança; que a medida cautelar serve à defesa social; que a finalidade do processo é descobrir a verdade real; que a liberdade deve ceder pelo bem comum; que a presunção de inocência é apenas a incerteza do resultado do processo: as prisões denominadas cautelares têm desempenhado funções de defesa social, absorvendo o constructo teórico da escola positiva, que norteou, por exemplo, as disposições teóricas de Marques, Tornaghi e Barros.

A inserção da categoria periculosidade, que se projeta ao futuro – somada aos excessos punitivos, a estigmatização de determinadas classes sociais –, possibilitou a criação de regras e técnicas ilegítimas de controle social. Não obstante, não se trata de uma função anômala desempenhada pelas medidas, mas da sua gênese.

A cautelaridade, no Brasil, foi desenhada desde o Código de Processo Penal de 41 para ser medida de segurança, a inspiração italiana residiu no emprego de medidas de polícia, para sempre subordinar a liberdade ao direito, num viés de subserviência do direito à tradição autoritária. O que se assentou em mitos como o da verdade real, da neutralidade do órgão julgador e do órgão acusador, da finalidade de pacificação social do processo penal, e do resguardo do interesse comum.¹⁸²

¹⁸¹ Barros, aproximando-se das afirmações de Tornaghi, posiciona-se pela ausência de uma presunção de inocência ou culpa, frisando que o que existiria é a incerteza. Apoiando-se na doutrina de Leone, entende que a presunção de inocência, em relação ao *status* do imputado diz respeito à não consideração do acusado como inocente ou culpado, numa situação que dependerá exclusivamente do resultado do processo (BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 182.)

¹⁸² O ponto será melhor desenvolvido no segundo capítulo desta tese.

Os construtos teóricos dos autores do período, no que tange à prisão preventiva, estão permeados por categorias, em tese, jurídicas, mas destinadas a funções administrativas, de controle e prevenção social, mediante um juízo provisório. Emergem reiteradamente conceituações amorfas, que permitem a inclusão no significante cautelar de atuações pautadas pelo defensivismo periculosista. Como exemplos, citam-se a periculosidade, a defesa da sociedade, o bem comum e a garantia social.

Não era outra a intenção explanada na exposição de motivos do Projeto de lei nº 156 de 2009 – Anteprojeto de CPP –, senão o de atualizar o conteúdo da prisão preventiva. Principalmente, quando discorre sobre a ruptura da marca ideológica do CPP da década de 40, já que, nesse texto, inexistia sequer o vocábulo cautelar, buscando-se uma maior consistência sistemática sobre prisão e demais medidas.¹⁸³

A doutrina de Barros, por exemplo, traz uma reiterada aproximação entre medida cautelar e interesse público ou segurança pública,¹⁸⁴ o que não dista das colocações dos demais autores contemporâneos a ele já apresentados. Não obstante, uma medida, decretada por um órgão que tem como escopo uma atividade contramajoritária, sem aprovação por processos eleitorais, não pode ter seus atos enlaçados com um objetivo absolutamente contrário à sua função. O processo é o afastamento desse interesse público, que dá ao magistrado um terceiro imparcial a capacidade de decidir o caso concreto.

Encobre-se que a prisão cautelar é o exercício de violência institucionalizada: é a forma com que se logra impor imediatamente uma punição ao sujeito. Com Schietti, afirma-se que é uma lógica perversa que não tem trazido ganhos de nenhuma ordem, mas, ao contrário, duplica a violência ao mesmo tempo em que reduz ainda mais os valores éticos necessários à coexistência social.¹⁸⁵ “Qualquer intervenção estatal na esfera jurídica do imputado é, em maior ou menor grau, antecipação de eventuais efeitos da condenação. Disso decorre sua excepcionalidade.”¹⁸⁶ A contradição insuperável existirá sempre, pouco importando o fundamento. É uma contradição lógica existente.

A prisão cautelar propaga uma violência opaca. Há uma articulação velada da violência sob o fundamento da instrumentalidade, que gera uma totalidade de controle. Existe uma gestão

¹⁸³ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 158-159.

¹⁸⁴ BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 103.

¹⁸⁵ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 8.

¹⁸⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 373.

absolutamente racional daquilo que aparentemente é irracional. Não é possível transformar uma questão estrutural, ou seja, habita a própria ideia de cautelaridade penal, numa questão conjuntural, como se fosse um problema incidental decorrente do uso adequado ou não, como queria crer Tornaghi, de que o instrumento criado para garantir o processo era perfeito, mas os homens o degeneravam.

A questão, aqui, reside no ocultamento da discussão que envolve a tutela cautelar em dogmas desde sempre empregados e reproduzidos acriticamente. O primeiro, e mais corriqueiro, diz respeito à prisão como mal necessário. Não se encontrou outra forma de resguardar o processo e a prisão, que era de custódia, presente desde tempos remotos, foi judicializada, e é mantida, até a atualidade, como forma de justificar uma segregação antecipada. Para Illuminati, a chamada “injustiça necessária” é o sintoma do mal-estar sentido para sistematizar racionalmente a matéria, pois é, na aplicação prática, que se revela a natureza da medida coercitiva.¹⁸⁷

O segundo argumento trata da instrumentalidade qualificada ou hipotética das medidas cautelares, como um instrumento a serviço do processo, de forma que estaria legitimado o seu emprego desde que respeitados requisitos e fundamentos. As tentativas de limitar a prisão dizendo que só é cautelar o que for instrumental não ultrapassa o espaço da retórica, do teleológico. Concorda-se com Silva quando assevera que dizer a medida instrumental é dizer nada, uma vez que todo ato é instrumental em alguma medida para algo.

E, a instrumentalidade, pelo menos, nos moldes delineados por Calamandrei – amplamente aceita e utilizada pela doutrina – tem permitido que se trabalhe com uma presunção de culpa, já que se faz um prognóstico do resultado que advirá ao final do processo. Um juízo de probabilidade sobre a condenação inserido na cognição cautelar, que é sumária, independentemente do modelo processual que se adote (processo; procedimento; medida), conduzirá à subordinação da liberdade ao poder de cautela, já que extrapola os limites desse juízo.

Ademais, dizer que é instrumental, pois não tem um fim em si mesma, tem permitido a incorporação de escopos que fogem à solução do caso penal concreto. A depender da funcionalidade atribuída ao processo penal, a tutela cautelar, como instrumento do instrumento, tem legitimado a incorporação de práticas voltadas ao resguardo de fins alheios à ótica processual, afinados com o âmbito administrativo, com a seara penalógica, com atividades de ordens diversas do Estado.

¹⁸⁷ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atipica. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978.

O que deve ocorrer é uma análise dos requisitos materiais e formais para o uso da tutela cautelar, dirigido pelo perigo cautelar ou necessidade cautelar – a depender da escolha teórica seguida. O objeto cautelar deve ganhar, no âmbito teórico, mais autonomia e ser a nota diferenciadora do que é cautelar ou não. Ainda que conexo ao processo penal para observar os limites em termos de crime, se doloso ou culposos, e ao *quantum* de pena. Afasta-se, portanto, a acessoriedade para centrar a análise da situação de perigo processual.

O terceiro problema está no uso não satisfativo da medida, em que não se alcançaria o direito pretendido em si, mas apenas a sua preservação a partir de um juízo de probabilidade. As bases da nossa tutela cautelar são trazidas do processo civil, que, como regra, trabalha com medidas cautelares reais, que permitem falar em uma via assecuratória, pois preserva determinada situação, criando-se uma contraprestação ou restituindo o objeto acautelado ao final do processo.

Em âmbito do processual penal, o uso da medida, inevitavelmente, confunde-se com a própria antecipação do resultado pretendido no processo de conhecimento e não é passível de ser restituído, salvo nas hipóteses de medidas cautelares penais reais. Tampouco deve prosperar o argumento dos estabelecimentos diferentes de cumprimento de uma ou outra medida para circunscrever as naturezas, pois, em regra, além de cumpridas no mesmo estabelecimento, atingem o *status libertatis* do sujeito, de modo equivalente.

A compreensão desse braço do controle penal deve ir além do quadro patológico do uso da prisão dita cautelar – apesar de constituir um elemento indicativo importante da propagação do populismo punitivo e do uso agigantado da principal das medidas cautelares. Veja-se que “quanto mais altos os índices mais se acentua uma sensação de distanciamento da realidade para com um ideal modelo aderente ao Estado de direito do qual, reiteradamente apregoado, o processo penal é um de seus maiores termômetros.”¹⁸⁸

A cautelaridade está a desempenhar papel de medida de segurança, porque foi pensada no CPP para tal fim. Absorve funções que são atribuídas a uma senda dita cautelar, inchando-a até não lhe sobrar nenhum traço dessa necessidade, restando apenas uma estética de cautelaridade legal – por ser definida como tal. A importação da cautelaridade civil se amolda com perfeição a esse fim, em virtude de trazer categorias que, no âmbito do processo penal, acobertam uma atuação sem limites, autoritária.

¹⁸⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. As medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro: panorama dos três anos da lei nº 12.403/2011. In: GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere**: anais do IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal – Ibraspp. 1. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2016. p. 50.

Ademais, constatou-se que não há sempre identidade entre uma medida processual pessoal, anterior à sentença penal condenatória, e uma medida cautelar. A preventividade pode englobar muito mais do que a prevenção de riscos ao processo. Conjecturando critérios de prevenção criminal e próprios da prisão-pena, por exemplo.

Uma citação de Nietzsche se enquadra com precisão na análise até agora elaborada. Primeiro, lançaram-se as medidas que eram julgadas como necessárias para manter o controle social, judicializáveis mediante um instituto jurídico. Depois, foram buscadas as justificativas para legitimá-las:

Ainda uma palavra sobre a origem e finalidade do castigo – dois problemas distintos, ou que se deveria distinguir: infelizmente se costuma confundi-los. Como procederam neste caso os genealogistas da moral? De modo ingênuo, como sempre -: descobrem no castigo uma ‘finalidade’ qualquer, por exemplo a vingança, ou a intimidação, colocam despreocupadamente essa finalidade no começo, como causa *fiendi* [causa da origem] do castigo, e – é tudo. Mas a ‘finalidade no direito’ é a última coisa a se empregar na história da gênese do direito: pois não há princípio mais importante para toda ciência histórica do que este, que com tanto esforço se conquistou, mas que também deveria estar realmente conquistado – o de que a causa da gênese de uma coisa e a sua utilidade final, a sua efetiva utilização e inserção em um sistema de finalidades, diferem *toto coelo* [totalmente]; de que algo existente, que de algum modo chegou a se realizar, é sempre reinterpretado para novos fins, requisitado de maneira nova, transformado e redirecionado para uma nova utilidade, por um poder que lhe é superior; de que todo acontecimento do mundo orgânico é um subjugar e assenhorear-se, e todo subjugar e assenhorear-se é uma nova interpretação, um ajuste, no qual o ‘sentido’ e a ‘finalidade’ anteriores são necessariamente obscurecidos ou obliterados.”¹⁸⁹

Nesse sentido, as justificativas instrumentais revelam a forma de legitimação do instituto, como ocorre no caso da tutela cautelar. Nota-se que os procedimentos ligados à aplicação das punições antecedem sua finalidade e utilidade. Desse modo, utilizando uma analogia com a punição, é ínsita ao homem a vontade de punir, e as justificativas objetivam, tão-somente, uma legitimação dessa vontade que habita o sujeito.

No ponto, com acerto, ensina Zaffaroni que precede ao extermínio um discurso legitimante. A situação das medidas cautelares pode ilustrar isso. Primeiro, porque sua legitimidade se dá pela função que lhe foi atribuída dentro do processo penal, a qual sequer possibilita questionamentos, já que se parte da tese do mal necessário e da sua instrumentalidade processual. Importante frisar que, quando algo já é dado como ponto de partida, impede-se o questionamento anterior do seu porquê.

¹⁸⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**: Uma polêmica. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009. p. 54.

Num segundo momento, já assentada a sua legitimidade como instrumento duplamente qualificado – seguindo o ensinamento de Nietzsche, esposado acima, despreocupadamente lhe foi atribuída uma causa de origem –, agora já pode desempenhar o extermínio que está camuflado no seu emprego, mediante um ajuste interpretativo. A tutela cautelar extrapola semanticamente aquilo que, em tese, engloba, pois, em termos legais, não é possível delimitar o seu objeto, bem como a sua própria elaboração não está circunscrita a esse objeto. Uma breve observação da sua aplicabilidade forense lhe retira qualquer legitimidade como último mecanismo a ser empregado, como instrumento do processo que garante aplicação correta e justa do direito.

Autores italianos, como Del Pozzo, De Luca e Amodio, já na década de cinquenta e sessenta, trabalharam a equivalência substancial entre a prisão cautelar e a prisão-pena, haja vista que o sacrifício do direito à liberdade é idêntico nas duas modalidades de prisão. A diferença reside na função teleológica que é atribuída a cada uma delas pela lei, a segurança de que não se está a punir antecipadamente emana, tão somente, de uma construção dogmática.¹⁹⁰ Amodio destaca a irrelevância em se dizer que a finalidade provém do risco de reiteração ou da destruição de elementos probatórios, pois a instrumentalidade da prisão preventiva mescla-se com os fins de prevenção da pena, num movimento que presume a culpa do sujeito.¹⁹¹ O meio utilizado para afastar esse dano não traz efeitos qualitativamente diversos dos da pena, de modo que seu fundamento é de prevenção criminal e não cautelar, numa antecipação de efeitos do próprio provimento final, conforme afirmado como possível por Marques, Tornaghi e Barros.

Para De Luca, o custo dessa tutela é inevitável, por antecipar alguns efeitos jurídicos do julgamento definitivo e ser concedida em “moeda de justiça”. Entre fazer rápido e fazer bem, escolhe-se a última com o sacrifício da justiça pela exigência da celeridade (e vice-versa). A exigência de celeridade se afirma pela ponderação do juízo, por isso o provimento cautelar carrega uma não eliminável dose de erro. O provimento cautelar ataca o futuro, o juiz faz uma prognose e antecipa o efeito jurídico que deriva do acertamento do direito. Segundo o autor, não se pode excluir que uma antecipação da pena se resolva na prisão preventiva, apesar de se relutar em reconhecer a identidade estrutural entre elas. “A detenção preventiva injusta não pode ser cancelada”. Não cabe a retroatividade, haja vista a irreversibilidade do tempo.¹⁹² Para

¹⁹⁰ AMODIO, Ennio. La tutela dela libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, Anno X, Fasc. 3, 1967. p. 882-883.

¹⁹¹ DEL POZZO, Carlo Umberto. **La libertà personale**: nel processo penale italiano. Torino: Torinese, 1962. p. 58-59.

¹⁹² DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti dela tutela cautelare penale**: la carcerazione preventiva. Padova: CEDAM, 1953. p. 192.

o autor, esse é o grande problema da cautelar, o direito não consegue destruir o passado, aqui, o processo dá os sinais da sua imperfeição. Isto é, o punir para saber se se deve punir representa um grande perigo. A consequência é que, próxima à potestade punitiva, está uma potestade coercitiva; próxima à ação executiva nasce a ação cautelar; próxima à responsabilidade própria, está a aparente.¹⁹³ Cria-se uma situação intermediária entre o cidadão livre e o condenado.

Nesse sentido, Illuminati questiona se os fins declarados da prisão processual e da prisão-pena são compatíveis com a sua utilização de fato. Em sua aceção, há uma tendência de estruturar as medidas cautelares, a partir dos seus pressupostos e critérios ou da sua ausência, para concretizar fins de imediata punição, como um elemento sancionatório atípico.¹⁹⁴ Ademais, ao passo que não se garante uma uniformidade no tratamento dessas medidas, torna-se inviável orientar o magistrado a incorporar valores constitucionais.¹⁹⁵ Se a Constituição autoriza o encarceramento preventivo, é necessário definir qual é o escopo efetivamente perseguido com o instrumento. Só tendo em conta as finalidades que articulam a aplicação da medida, será possível verificar que o tratamento do imputado não parte de uma identificação como culpado.¹⁹⁶

O poder instrumental coercitivo constitui um aspecto estrutural do processo, essencial ao seu funcionamento. O uso de tal poder, ainda que sem significado sancionatório, impõe ao acusado formas de sujeição e sacrifício. Julga-se para punir, mas, antes, pune-se para julgar, mediante o uso de medidas que se justificam por razões práticas, criando uma situação intermediária, conforme referido por De Luca.¹⁹⁷

Apesar da acrobacia, não há como distinguir a prisão preventiva da prisão-pena, já que, em ambas, há a privação total da liberdade, que é a sanção máxima permitida no ordenamento. A definição das finalidades cautelar e de prevenção/reeducação são critérios que representam a racionalização a posteriori das funções do instituto. Para a compatibilização da matéria, sugere Illuminati que devem ser excluídas as funções ligadas diretamente à defesa social, como

¹⁹³ DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della tutela cautelare penale**: la carcerazione preventiva. Padova: CEDAM, 1953. p. 193.

¹⁹⁴ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atipica. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 950/951.

¹⁹⁵ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atipica. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 925.

¹⁹⁶ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atipica. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 958.

¹⁹⁷ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atipica. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 952.

exemplo público e de prevenção do crime, porque realizaria um trabalho substancial, análogo ao da pena.¹⁹⁸

Não obstante, no Brasil, ainda está ausente uma estrutura procedimental que rompa com o processo penal de modelo inquisitório, que encontra na prisão preventiva, como medida autônoma, o viés perfeito ao exercício absolutamente vertical de poder, para além das partes, haja vista a possibilidade de decretação de ofício, independentemente de audiência, para tanto.

Ao lado do silente Código sobre o procedimento, as únicas disposições são sobre requisitos e fundamentos, sendo que o fundamento da ordem pública é aquele que garante o amorfismo necessário ao emprego sistemático da prisão processual. Há uma manutenção do pensamento inquisitório, que se transmutou e perpetuou, e esse é o paradigma de atuação das instituições.

Ainda que se perceba, por trabalho já desenvolvido, que a inserção de mecanismos que objetivam alterar a centralidade da prisão é frustrada pela permanência de uma cultura punitiva e uma leitura dos institutos a partir de lentes que, preferencialmente, tendem ao uso da prisão, numa espécie de neutralização do sujeito. É imperativo estabelecer outro modelo de aplicação das medidas cautelares pessoais.

Num Estado que trabalha com a lei como expressão máxima de segurança jurídica, mostra-se inviável pensar apenas em mecanismos de alteração cultural ou alterações legais, sobremaneira, esses devem ser combinados. Nos termos delineados por Illuminati, é fundamental que se uniformize a aplicação dessas providências cautelares, inclusive, como forma de orientar o magistrado na incorporação de postulados constitucionais.

À medida que se avançou no estudo da cautelaridade, tornou-se visível, no direito processual cível, até a reforma de 2015, a existência de um processo cautelar, com previsão de procedimento próprio, que aplica uma medida cautelar mediante uma sentença ou de, pelo menos, um procedimento cautelar. No processo penal, a estrutura de aplicação de medidas é diferente (ou ausente). Na doutrina, verifica-se uma divisão – entre processo e medidas – sendo majoritária aquela que afirma que se têm medidas autônomas, aplicadas independentemente de uma estrutura mais complexa. Foram, principalmente, os autores que compuseram a doutrina cautelar inicial que sustentaram a ideia de um processo cautelar penal. Este último, nos moldes como ocorre na seara civil, composto por uma ação própria – limitada pelas condições da ação –, com desenvolvimento processual sumário e sentença, ao final, aplicando a medida.

¹⁹⁸ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 947.

Considerando-se a impropriedade de transferir as discussões da seara civil sobre ação cautelar, jurisdição cautelar exclusiva e medidas de antecipação de tutela para o processo penal, o que ocorreu, com a importação daquela tutela cautelar, foi que esta se limitou a arrolar quais são as medidas, seus fundamentos e requisitos. No processo penal, os próprios mecanismos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para alterar o teor de uma decisão sobre aplicação ou não de medidas cautelares – *habeas corpus* e recurso em sentido estrito – não permitem que se fale em sentença propriamente dita. Está-se frente a uma decisão judicial, que aplica uma medida em determinada etapa processual, mas não faz coisa julgada material, tendo em vista a mutabilidade do teor dessa decisão.

Concorda-se com Giacomolli, quando explica que a estrutura do processo penal é eminentemente dialética, diferenciando-a dos demais procedimentos, por isso “a impossibilidade de um contraditório pleno, prévio ou concomitante à constrição leva a doutrina a situar a cautelaridade do processo penal, fora da compreensão estrita de processo (medidas cautelares)”.¹⁹⁹ Contudo, isso não é suficiente para dizer que não é possível a participação dialética dos sujeitos na construção de decisão que aplica medidas. O autor lança, no ponto, questão sugestiva, ao dizer que a previsão constitucional e ordinária enceta uma evolução na discussão do reconhecimento de um verdadeiro processo penal cautelar – partindo do art. 282, §3, do CPP.

Não se acredita que se possa falar num processo propriamente dito, pois a espécie de cognição não permite digressões sobre condições da ação cautelar, nem recortes entre o que integraria as condições e o mérito – se estariam no *fumus commissi delicti* ou no *periculum libertatis* –, ou mesmo numa sentença como decisão. Contudo, partindo da referida disposição legal, sustenta-se a necessidade de um procedimento que reduza os custos advindos de uma segregação anterior à condenação transitada em julgado.

Concorda-se com Choukr, ao afirmar que a forma de produção da decisão cautelar permanece a mesma desde a década de 40, uma vez que a reforma de 2011 não alterou nada nessa seara. Há um pedido escrito, sem contraditório, e o advento de uma decisão escrita por parte do juiz. Diz-se que a cognição cautelar é superficial e sumária, não tão vertical como ocorre em sentença condenatória ou absolutória. Todavia, no Brasil, não foi desenvolvida a extensão dessa forma de cognição, haja vista que a procedimentalização do CPP não traz critérios para tanto.²⁰⁰

¹⁹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.

²⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 742.

Deve-se frisar que a funcionalidade como medida de segurança é acobertada e corroborada por uma estrutura legal e *modus* de aplicação afinado com o modelo inquisitivo de processo. Existe um novo paradigma lançado pela Constituição Federal de 1988, há 30 anos, embora ainda não esteja incorporado. Os reflexos que surgem desse paradigma “são inúmeros e impõem a releitura de várias de suas normas, mormente no que concerne ao embasamento, processamento, cumprimento e prazo de duração da prisão provisória”.²⁰¹

Tratando da não incorporação dos postulados constitucionais, veja-se o exemplo de Polastri, para quem é incabível o contraditório nas medidas cautelares no âmbito do inquérito policial, pois como a escrita do art. 282, § 3º, do CPP, faz referência à parte contrária, essa “parte” não existiria na investigação, tão somente no curso do processo. E, neste último, o contraditório realizar-se-ia mediante intimação, quando não colocar em risco a eficácia da medida, de forma a garantir a ciência do postulado e a possibilidade de reação.²⁰²

Bastante infeliz são os posicionamentos que mantêm o contraditório num plano burocrático e formal, restrito à forma escrita, em franca oposição à disposição do Pacto San José da Costa Rica no que diz respeito ao tema, quando impõe a necessidade de levar o sujeito acusado à presença do Magistrado. Nesse sentido, “a decisão não é produto somente do juiz, mas do esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é princípio da influência e da não surpresa.”²⁰³

Existe a ausência de uma decisão técnico-racional, criando-se a impossibilidade de formação de uma base de cognição oponível por parte da defesa frente ao pedido de medida cautelar. Ainda, para além de enquadrar a medida nos requisitos e em algum dos fundamentos do art. 312 do CPP, é expressivo o problema que decorre da fungibilidade *ex officio* dos fundamentos, que tornam ainda mais incontrolável a decisão do juiz. Nesse sentido, “o contraditório na cautelar (art. 282, § 3º, do CPP) abre um espaço de argumentação e de diálogo, de modo a diminuir o risco de uma decisão tomada na única base da produção de elementos incriminatórios.”²⁰⁴

Deve-se buscar uma ruptura metodológica da construção da decisão da prisão preventiva. Acrescendo um elemento procedimental, que seja típico da acusatoriedade, como é

²⁰¹ DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.

²⁰² POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 308.

²⁰³ BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – lei 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 23.

²⁰⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 365.

a audiência para aplicação,²⁰⁵ que incorpora um rito oral, quebrando o *ethos* inquisitivo, elaborando-se um outro ambiente de cognição, diverso da procedimentalização escrita, ou apenas escrita.

Não é compatível uma audiência de instrução para fins de aplicação ou rejeição de medida, mas trazer o sujeito à estrutura judiciária, dando-lhe a possibilidade de manifestar-se frente ao julgador é fundamental a fim de criar a paridade de armas entre as partes. Dessa forma, amplia-se a concepção do contraditório para além da informação e da reação.

Martins é preciso quando sustenta que é a observação imediata que altera e desenvolve o sentido das palavras, o que, em termos de conteúdo, poderá ser favorável ou prejudicial ao sujeito, contudo é fundamental.²⁰⁶ Esse passo é inarredável para o uso do processo penal como limite, nos moldes delineados por Da Rosa e Sylveira Filho. Portanto, concorda-se com a posição de Lopes Jr., quando aduz que a melhor forma de dar eficácia ao contraditório e ao direito de defesa, é mediante audiência.²⁰⁷

O procedimento deve ser o elemento intermediador e minimizador da evidência e do imediatismo, uma forma de constrangimento.²⁰⁸ A prisão está ligada à evidência, que se dá pelo preenchimento de uma expectativa, anulando o elemento intermediador. Dessa forma, a introdução de um procedimento cautelar seria esse mecanismo apto a minimizar a evidência. O contraditório é um elemento contraintuitivo, de modo que o procedimento pode dar-lhe uma introdução com maior nível de eficácia. Considera-se um importante passo a inserção de uma forma processual delimitada. Algo que, por si só, no âmbito processual, eleva-a à garantia, o que conduz a discutir a temática num outro nível epistemológico.

Há uma convergência entre a prisão preventiva e a periculosidade da medida de segurança, e a não estrutura cautelar atual permite o desempenho de funções, que se refletem em decisões de mérito, tornando a prisão um elemento de prova propriamente dito. A forma de delimitar o teor da decisão de aplicação de uma medida é tormentosa, pois exige um determinado grau de convencimento e uma limitação cognitiva do julgador. Há a necessidade de se criar um procedimento que controle a racionalidade presente na aplicação dessas medidas, que limite a cognição que se espera apenas na sentença final, entrando na seara de uma cognição cautelar, sumária e limitada.

²⁰⁵ Mais adiante, abordar-se-á a audiência de custódia e a sua insuficiência para alterar a centralidade do uso do cárcere cautelar.

²⁰⁶ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

²⁰⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 587.

²⁰⁸ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 29.

Contudo, parece bastante claro que não há como exigir do próprio julgador que estabeleça limitações mentais, para não ultrapassar um determinado nível da apreensão dos dados expostos, de modo a evitar a contaminação do processo. Haverá uma contaminação com todo o material que for apresentado, do qual o juiz não conseguirá livrar-se para o posterior julgamento. Disso, decorre a necessidade de uma estrutura procedimental que garanta essa limitação, externa aos quadros mentais do homem julgador, bem como da inclusão de uma segunda figura: um juiz para julgar as medidas cautelares.²⁰⁹

Explica Gloeckner que a manutenção de um mesmo juiz que decida sobre o mérito do processo e a aplicação de medidas dá substrato a uma tendência confirmatória das decisões inicialmente tomadas, tornando-se um atalho cognitivo, condicionado por crenças inerentes a cada sujeito. A chance de reduzir a tendência confirmatória repousa em uma audiência para que o julgador possa decidir sobre eventual prisão regida pelo contraditório.²¹⁰ Aduz o autor que, para a concretização de um processo penal difluente, é necessária a permuta de versões e atos processuais, evitando que um fragmento se acomode na impressão inicial do julgador.

A audiência que se pretende não cabe no espaço de uma medida, a qual, por sua natureza, é um ato jurídico isolado, decorrente de uma decisão do magistrado, avessa ao contraditório, de sorte que não exige a manifestação da defesa para se concretizar e, por vezes, sequer a do órgão acusador.

Portanto, com o fito de que se possa falar de uma audiência para fins de decretação de medidas cautelares, bem como de inclusão efetiva de contraditório no espaço da sua aplicação, é imperioso o alargamento temporal entre a postulação por aplicação de medida e a decisão que a aplica ou rejeita. Esse interregno deverá dar-se mediante a incorporação de um procedimento cautelar. Este carregará, ao mesmo tempo, o reflexo da construção dialética entre defesa e acusação e a fundamentação necessária à restrição de liberdade ou de outro direito, de modo antecipado, chegando-se a uma decisão que não adentre no conteúdo probatório do processo principal, nem como ele se misture.

²⁰⁹ Se observada a experiência de outros países, apontando um exemplo latino-americano e outro europeu, Chile e Itália, há uma procedimentalização que acompanha a aplicação de qualquer medida que vise a restringir a liberdade do sujeito presumidamente inocente. No CPP italiano, o livro quarto trata das medidas cautelares e no CPP chileno estão as disposições no livro quinto. (CHILE. **Lei nº 19.696/2000**. Código de processo penal. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&r=1>. Acesso em: 05 set. 2016; ITALIA. **Codice di procedura penale**. Disponível em: www.altalex.it. Acesso em: 05 set. 2016.)

²¹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 277.

3 A CAUTELARIDADE BRASILEIRA E SUA FUNCIONALIDADE DEFENSIVISTA-PERICULOSISTA

Neste capítulo, estudar-se-á o pensamento criminológico que se amolda às categorias empregadas na construção teórica das providências cautelares. Essa opção criminológica denota que a tutela cautelar é organizada para extrapolar o espaço do perigo processual e, assim, inserir-se na seara do controle social formal mediante significantes que, pela sua vacuidade semântica, tornam-se ilimitados. Dessa forma, será estudada essa intersecção entre o discurso processual e o discurso do periculosista, advindo da criminologia positivista de Ferri e Garofalo.

Para tanto, examinar-se-á, inicialmente, como, em tempos ditos democráticos, permanecem atuando discursos autoritários, advindos de um patrimônio não democrático. O Brasil possui características próprias no exercício do controle penal formal e informal, haja vista seu passado-recente de sucessivas implantações de sistemas políticos autoritários.

É possível, inclusive, afirmar que não houve rupturas, mas acomodações econômicas e político-sociais na transição de formas de governo. Esse contexto gera reflexos no modelo de processo penal adotado e no cumprimento de escopos delineados para esse instrumento. Constata-se um *continuum* de práticas punitivas, seletivas e estigmatizantes, apesar de se viver um período de (re)democratização, regido por uma carta política que aponta para um Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo estabelecimento de direitos fundamentais e limites ao exercício do poder.

Delineado esse panorama, estudar-se-á a funcionalidade da tutela cautelar como uma medida que carrega atributos para além da instrumentalidade qualificada. Um mecanismo que atua afinado com uma concepção autoritária de processo penal, própria a um modelo processual de cariz inquisitorial. Desempenha escopos, ainda que subterrâneos, criados a partir do ideário de defesa social e do eficientismo penal.²¹¹

Observar-se-á que, mediante a tutela cautelar, jurisdicionizou-se a categoria periculosidade, incompatível com um processo penal acusatório de bases democráticas. Nessa ótica, a referida tutela coincide com as principais características de um dispositivo policialesco, que transita entre a seara administrativa e a judicial.

²¹¹ Emprega-se o termo eficientismo no viés criminológico. Eficientismo penal como crença, desprovida de qualquer respaldo empírico, de que é necessário recorrer, mais e mais, ao emprego da prisão para sanear questões de ordens diversas – controle social em simetria com o controle penal. Ou seja, como se os problemas que perpassam a Justiça criminal estivessem ancorados não no uso abusivo da segregação, mas numa suposta subutilização do instituto. Ademais, deve-se destacar que em nada diverge essa conceituação com a possibilidade de o processo penal ganhar legitimidade/eficiência a partir da concretização de um núcleo de garantias.

3.1 OS RECURSOS QUE SERVEM À TUTELA CAUTELAR PENAL

Seguindo os ensinamentos de Wolkmer, ao se resgatar a historicidade jurídica, o direito será observado como fenômeno sociocultural, e dentro desse universo, está o processo penal. Portanto, tem-se como ponto de partida a hipótese de que as instituições jurídicas, nos diversos períodos da história, reproduzem, de forma ideológica, representações que sustentam a retórica normativa, bem como o senso comum legislativo e os seus procedimentos judiciais ritualizados.²¹²

Nesse sentido, a análise de alguns dos recursos que dão corpo ao processo penal contemporâneo, mediante elementos que integram o passado-recente (observado de forma não linear), dá-se como a avaliação de uma experiência consolidada e não como fonte de autoridade, num sentido crítico do fenômeno jurídico que é responsável por aproximadamente 40% dos presos no Brasil, chegando, em alguns estados, a representar 60% e 70% da totalidade dos encarcerados.²¹³

Deve-se esclarecer que, embora não seja o único viés pelo qual o populismo punitivo se manifesta, tem-se o encarceramento como seu principal instrumento, sendo um consistente indicador daquele. Conforme sustenta Laraurri, o crescimento sistemático dos índices de encarceramento autoriza seguir utilizando-o como tal.²¹⁴

Não obstante, esse dado será utilizado como elemento que diz mais do que o crescimento da criminalidade ou a tentativa de contê-la, já que está intrinsecamente ligado à forma de agir do Estado, que se revela em decisões legislativas, atuação judicial, e mesmo nos limites em processar os delitos.²¹⁵ Portanto, os índices de aprisionamento (penal ou cautelar), apesar de constituírem forte indicativo de como o Estado gera a questão criminal, não permitem, de forma isolada, compreender a dinâmica da cultura²¹⁶ punitivista e sua permanência.

²¹² WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 2-7 p.

²¹³ O número total de indivíduos presos é 716.324. Somando-se presos provisórios, em prisão domiciliar, em regime fechado, semiaberto e aberto. O número de presos provisórios totaliza 241.014. (BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **GEOPRESÍDIOS**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 12 fev. 2019.)

²¹⁴ PIJOAN, Elena Larrauri. Populismo punitivo...y como resistirselo. **Revista de estudos criminais**, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 25, p. 1-19, abr./jun. 2007. p. 15-16.

²¹⁵ PIJOAN, Elena Larrauri. Populismo punitivo...y como resistirselo. **Revista de estudos criminais**, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 25, p. 1-19, abr./jun. 2007. p. 14.

²¹⁶ Por cultura entende-se a herança social de uma sociedade, que se traduz no acervo criado de formas padronizadas de adaptação à natureza; de regras e instituições que regulam as relações sociais, como expressão de valores e crenças com que os indivíduos explicam suas experiências, atividades e fundamentam suas ações, com patrimônios culturais singelos ou mais complexos, conforme a sociedade e o período histórico. (RIBEIRO, Darcy. **Os brasileiros**: 1. Teoria do Brasil. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 127-128.)

Tem-se como relevante uma primeira justificativa sobre as escolas jurídicas do país, que será esclarecedora da opção feita no texto, pelo exame, principalmente, da doutrina desenvolvida por autores pertencentes à chamada Escola paulista. Esta última é, e foi, um centro irradiador de teorias jurídicas postas em prática legislativamente²¹⁷, o que não foi diferente em termos de estudos sobre processo penal como instrumento e medidas cautelares.

Destaca Wolkmer que a emancipação da cultura jurídica do país se inicia com a instalação de duas escolas jurídicas, no século XIX, situadas em Recife e São Paulo, respectivamente. A primeira desenvolveu uma ética científica, ao passo que incorporou doutrinas deterministas. Já a segunda, muito em razão do espaço estratégico (político e econômico) ocupado, tornou-se um dos centros privilegiados para formação de intelectuais, do qual surgiam diretrizes políticas que logo eram convertidas em textos legais ou medidas. Nesse sentido, São Paulo passava a formar a fala oficial, ao incorporar indivíduos pertencentes a uma elite econômica em ascensão, formando políticos e burocratas de Estado.²¹⁸

O significativo de localizar a especificidade da tradição legal brasileira é o quanto há nas suas bases uma formação elitista (pelo acesso de alguns indivíduos pertencentes a determinados setores) e formalista (afincada na lei) que, se somada à compreensão de uma história que congrega elementos díspares (e, por vezes, antagônicos), permite entender como se engendram práticas punitivas com maior facilidade. Mesmo se observado o abismo entre os objetivos prometidos e os cumpridos.

O Brasil tem na sua história um *modus operandi* violento, de exclusão de grande parte das camadas sociais, sendo seletivo e hierarquizado, restando dúvida sobre o manejo do munus público, já que tratado como se privado fosse. Esses aspectos foram transpostos ao processo penal, que foi um instrumento de racionalização da violência por parte do Estado, mas que, nitidamente, está moldado pelo tempo e espaço no qual é empregado. O processo não é construído para além da sociedade, mas incorpora os traços culturais desta última.

Enquanto, por exemplo, nos Estados Unidos, os autores falam em uma transição de um período a outro,²¹⁹ no Brasil, há uma grande continuidade nas atividades estatais que são acomodadas conforme o surgimento de demandas mais significativas. De modo que não ocorreram rupturas históricas, que permitissem um reinício, mas a coexistência, em grande medida, de engenhos incompatíveis. A forma de punir, nesse contexto, insere-se como uma

²¹⁷ MARQUES, José Frederico. **O direito processual em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 1-4.

²¹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 80-85.

²¹⁹ Está-se a fazer referência à transição de um Estado de bem-estar social para um Estado policialesco e punitivo, que compensa sua ausência no plano econômico e social. (LOÏC, Wacquant. **As prisões da miséria**. Tradutor Andre Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 7.)

continuidade da violência. O processo penal tornou-se um instrumento formalmente acreditado como mecanismo de redução de danos para a aplicação do direito, mas que adquiriu postulados para além dessa lógica, tais como a instrumentalidade para fins de segurança pública e de defesa social.

Seguindo a definição de Sulocki, a ideologia de defesa social foi, com o passar do tempo, sendo sofisticada, sem, contudo, abandonar a sua principiologia elementar afincada no princípio da legitimidade (punição mediante instâncias oficiais), do bem e do mal (o delito representa um dano ao corpo social), da culpabilidade (atitude individual reprovável), da prevenção (função preventiva da punição), da igualdade (direito penal é igualmente aplicado a todos os criminosos) e do interesse social (direitos protegidos são comuns a todos). Contemporaneamente, congrega os matizes do direito penal do inimigo, do exercício do biopoder com a incorporação de características biológicas, como estratégia das técnicas de neutralização de indivíduos indesejáveis e dos discursos contra o “mal”.²²⁰

Destaca Amaral que é no valor da defesa social que se camufla e reatualiza a ideia de guerra vinculada ao discurso de segurança pública (anteriormente tida como segurança nacional) e “agora substituída, por vezes, por uma falaciosa segurança cidadã, nada mais fez que transferir e repontuar o poder das agências militares para as polícias.”²²¹

Não é novidade dizer que no contexto brasileiro convivem discursos democráticos com práticas autoritárias, que foram desenhadas em períodos autoritários. Explica Casara que o reflexo mais patente disso é que o caso penal, dado para apreciação ao Judiciário, é acomodado em descumprimento ao projeto constitucional: a supressão de direitos e garantias fundamentais é posta como “a” garantia da eficácia do sistema penal. O uso de determinados mitos, no processo penal, recria um ambiente autoritário, naturalizando-o.²²² Nesse sentido:

Diante da ordem constitucional que projeta um Estado Democrático de Direito, a utilização de mitos autoritários no discurso jurídico surge conjugada à supervalorização das legislações infraconstitucionais (que são, não raro, meras respostas emergenciais às crises conjunturais da sociedade brasileira) como reação às promessas de mudança encartadas na Carta Magna. Nesse contexto, a possibilidade de o processo penal contribuir na

²²⁰ SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 36-38.

²²¹ AMARAL, Augusto Jobim. **O dispositivo inquisitivo**: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2014. 498 f. V. 1. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 205.

²²² CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 140.

concretização/transformação da sociedade desenhada pelo legislador constituinte esbarra na mitologia processual penal.²²³

O autor explica que a mitologia processual integra um conjunto de elementos discursivos fundados na crença e na eliminação da história, de modo que possibilita a permanência e reforça a natureza conservadora do direito positivado, que logra sacralizar o elemento ali posto. “Ao identificar/paralisar um dado significado para um mutante significativo (função ideológica), o mito mascara a temporalidade, a facticidade, inerente ao fenômeno hermenêutico.”²²⁴ Com isso, naturalizam-se as significações, que são descoladas do seu caráter histórico e contingente.

É o que ocorre com as medidas cautelares pessoais no processo penal, especialmente, a prisão cautelar que, por ter naturalizado o significado da instrumentalidade, mantém-se como mecanismo fundamental ao controle penal. Com isso, dá legitimidade às práticas estatais, pois haveria amplo respaldo legal para o uso da medida, desde que observado o seu caráter instrumental.

Não se pode esquecer que mesmo nos ordenamentos nos quais “o princípio de legalidade é formalmente respeitado o monopólio penal e judiciário do uso da violência pode ser esvanecido pelos poderes paralelos mais ou menos verificáveis em tema de liberdade conferidos pelas mesmas leis às forças policiais.”²²⁵

Casara elenca como mitos,²²⁶ aqui tratados como recursos, que mantêm o processo penal no estágio atual: a neutralidade do julgador; a imparcialidade do Ministério Público; a verdade real como objetivo processual; e o processo como instrumento de realização do direito à segurança.²²⁷ Iniciando com algumas considerações sobre este último, entende-se que a função do processo penal é a de limitação do poder punitivo estatal e não seu alargamento a partir de um direito abstrato à segurança pública. “No mundo-da-vida o processo não serve à pacificação

²²³ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 140-141.

²²⁴ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141.

²²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 705.

²²⁶ Por não ser seu objeto de análise, o presente trabalho não entrará na discussão sobre a propriedade de empregar o mito como categoria para a análise de elementos do processo penal. Dessa forma, o exame crítico feito por Casara à abordagem estruturalista não será observado. (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 41-44) Não obstante, arrola-se uma conceituação, feita por Gauer, desde Lévi-Strauss, para nortear a leitura. Diz a autora que o mito coincide com a poesia por seus processos vinculados à função poética, com a ciência por sua lógica de funcionamento e com a filosofia pela ambição de trazer uma ideia de universo. “É uma narrativa que pretende explicar a lógica do universo.” (GAUER, Ruth M. Chittó. **Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo)**. **Revista de História das ideias**, Coimbra, v. 23. Ano 2002, p. 85-96. 2002.)

²²⁷ O autor arrola outros mitos, mas citam-se aqui os que interessam a esta pesquisa.

da sociedade, ou seja, o conflito social, a luta de classes e as tensões intersubjetivas não deixam de existir em razão da persecução penal.”²²⁸

O poder punitivo tem a função contemporânea de canalização racional da vingança e da violência difusa. O que é corroborado e legitimado por um suposto direito abstrato à segurança, que faz emergir um discurso autoritário e catastrófico de escolha entre a liberdade e a segurança. Cuida de um recurso retórico que permite a captação de direitos e realidades, pois as vítimas não têm um suposto direito à segurança afetado, mas um direito real (vida, patrimônio, integridade física, etc.).²²⁹

O processo penal, visto como instrumento de segurança pública ou de pacificação social, permite que somente se respeitem formas processuais se forem adequadas ao fim da eficiência punitiva. Nessa ótica, o juiz criminal passa a ocupar um espaço administrativo, assim como o faz a polícia. Conforme destacado por Giacomolli, invertem-se as competências, uma vez que a segurança pública é incumbência da seara administrativa, dos órgãos policiais, e não do poder judiciário.²³⁰

Contudo, esse juiz congrega mais poderes do que aqueles atribuídos às autoridades administrativas, por ser o sujeito que detém a possibilidade de restringir liberdades e garantias. Explica Amaral que o índice de inquisitorialidade se situa nos mecanismos que autorizam qualquer atuação *ex officio* do juiz, já que o conduzirá à posição de parte.²³¹

Dito de outra forma: potencializa-se a figura do juiz-julgador e, empregando-se da mesma via, gera-se epistemologia autoritária, pois se concentra na mão de um a função de vários.²³² À luz desse recurso, criam-se políticas criminais altamente repressivas, aumentando o uso do poder por parte do Estado.

O processo penal foi o instrumento encontrado como forma de atingir uma justiça penal ética e democrática, a partir do respeito de um núcleo de garantias orgânicas do julgador e de garantias procedimentais, o que reflete o respeito às conquistas civilizatórias da humanidade, de modo a assegurar uma decisão legítima advinda do poder punitivo estatal.

²²⁸ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142.

²²⁹ ZAFFARONI, Eugenio. **La cuestión criminal**. Disponível em:

https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf.

Acesso em: 15 jan. 2018. p. 23.

²³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

²³¹ AMARAL, Augusto Jobim. **O dispositivo inquisitivo**: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2014. 498 f. V. 1. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 131.

²³² CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195.

Aduz Illuminati que é somente com a devida consideração pelos direitos da pessoa que se pode alcançar a eficiência do processo, desde que o que se busque não seja a justiça sumária, mas um resultado civil aceitável. O processo, como meio autônomo de controle social, destaca o fenômeno da luta contra a criminalidade, que é o pretexto para uma ofensiva que se dá em duas frentes: a primeira é a ampliação da repressão imediata; a segunda, tornar a atividade da magistratura homogênea, mediante o uso de restrições que atuam em uma direção pré-determinada.²³³

Por conseguinte, percebe-se que alguns dos mitos trabalhados por Casara tocam diretamente a matéria da cautelaridade. Aquele referente à neutralidade do julgador que, por exemplo, ignora que o juiz pertence a um contexto histórico, detendo uma bagagem ideológica e valorativa, de sorte que o direito não pode ser revelado – como um meio que anula o próprio sujeito –, mas decidido. Nessa realidade, a norma jurídica é criada no processo, ao lado da cognição (subsunção lógico-formal) há a hermenêutica (o criar).²³⁴ É imperioso perceber que o juiz não faz apenas a historiografia do caso penal, mas também faz a história.²³⁵

É absolutamente imprescindível um juiz que seja imparcial e aparente essa imparcialidade, dando o máximo de transparência ao exercício da sua função, pois, sem imparcialidade, não existe possibilidade de contraditório efetivo. Há uma diferença entre as atividades atribuídas constitucionalmente ao Estado-Juiz e ao Estado-Acusador, e é essa diferença que garante a imparcialidade do julgador na decretação de quaisquer medidas restritivas de liberdade ou direitos diversos *ante tempus*.

A legitimidade do atuar de ambas as figuras não advém da representatividade pelo sufrágio popular, mas por uma carta política que delimita suas atribuições. Desse modo, para começar a construir um novo sistema de aplicação de medidas, que é o objetivo, em parte, das audiências de custódia regulamentadas pelo Conselho Nacional de Justiça, essas duas narrativas devem ser abandonadas.

Contudo, parece que o recurso que mais atinge o tema cautelaridade é o da verdade real. É através dela que se respalda a produção de provas pelo magistrado, uma vez que há algo a ser revelado e não apenas criado – como num poder-dever dado ao julgador de encontrar o fato que melhor responda à sua realidade –, respaldado na defesa da sociedade.

²³³ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atípica.

Rivista italiana di diritto e procedura penale. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 922-923.

²³⁴ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 149.

²³⁵ DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti dela tutela cautelare penale:** la carcerazione preventiva. Padova: CEDAM, 1953. p. 192.

Quando a verdade real se torna o epicentro do processo, o juiz, nesse quadro, ganha ativismo probatório. Existe uma crença de que o descobrimento da verdade real é uma possibilidade humana, remontando ao protagonismo do inquisidor no sistema de busca pela verdade, no qual é criada a hipótese e as demais etapas passam a ser decorrência lógica da sua comprovação. Não há caminho que possa ser seguido para alcançar a atividade hercúlea de correspondência entre o que é a coisa e aquilo que é dito sobre ela, esse é o caminho torturante de “apreender aquilo que não é apreensível”.

É premissa saber que o conhecimento é sempre parcial e a apreensão será sempre de parte e nunca do todo, que se encontra no campo do ideal. Por melhores que sejam as técnicas de reconstrução de fatos pretéritos – e o processo penal é isso, o refinamento da técnica, é linguagem –, não há como atingir a total correspondência. Sempre haverá a falta, inclusive como constitutiva do próprio objeto.

Mas o que exatamente a verdade real tem a ver com a cautelaridade? Diz respeito ao uso do mecanismo cautelar como forma de descobrimento daquilo que não pode ser descoberto. Partindo-se da ideia de que é possível a exata reconstrução do passado a partir de sujeitos envolvidos nele, e crendo, ingenuamente, na neutralidade dessas partes (pois apenas, assim, a narrativa do pretérito, talvez, não fosse moldada pelas pré-compreensões), as medidas cautelares se sustentam como meios justificáveis pelos fins almejados.

Nessa ótica, atualmente, umas das funções presentes na prisão preventiva é a de constranger o indivíduo a produzir elementos probatórios, confessando ou colaborando de outra forma. Atuação de cariz inquisitório: um “meio de intimidação e de pressão sobre o imputado é tipicamente policialesco. Os métodos “de polícia” no sentido pejorativo – forçar o suspeito torturando-o e impondo-lhe sofrimentos e expiações – entram através dele no costume judiciário.”²³⁶

A custódia cautelar, independentemente de requisito e fundamento, é empregada como forma de extrair a verdade do sujeito. É mais um instrumento que é colocado à disposição do julgador como forma de fazer brotar o fato.

Explica Casara que:

limitar o poder punitivo do Estado: essa tem sido uma das principais preocupações da dogmática processual penal crítica. Para fazer frente a uma tradição autoritária, fruto de práticas legislativas, judiciais e policiais que apostavam na ampliação do poder penal, como forma de solucionar os mais variados problemas (do controle de populações indesejadas às questões de

²³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 717.

moradia e saúde pública), o processo penal se apresenta como o instrumental teórico capaz de limitar a opressão estatal e racionalizar o procedimento de aplicação de respostas estatais (penas) aos desvios etiquetados de crime.²³⁷

Nessa compreensão não há amparo para as medidas cautelares, ao passo em que ampliam hiperbolicamente o controle penal formal de sujeitos, que ainda não podem ser considerados culpados, pelo mecanismo empregado como limitador do poder penal. Percebe-se que atuam como uma válvula de escape da lógica punitiva que, por vezes, não logra concretizar-se plenamente nos limites do processo penal em si, mas o faz mediante o uso de medidas que são cunhadas de instrumento do próprio instrumento. Racionaliza-se a atividade estatal com construções jurídicas.

Em nenhum outro espaço é tão verdadeira a afirmação de Cordero acerca do primado da hipótese sobre o fato. A seara cautelar é campo privilegiado para essa análise, na qual a supressão de garantias é tratada como estratégia para assegurar a eficiência do sistema penal. Quando se diz que o processo penal serve à segurança pública, logicamente, as medidas instrumentalmente qualificadas não têm outro caminho que não aderir ao mesmo substrato teórico de medidas de segurança. Contudo, o mesmo não ocorre quando se fala em processo penal como instrumento racional de aplicação de punição e de implementação do projeto constitucional, de limitação do poder punitivo e efetivação de garantias, em virtude de não ser possível respaldar as medidas cautelares de forma coerente a ele, salvo no aspecto de punir.

Então, ponto fundamental é que o sistema penal, e dentro dele, a tutela cautelar traz um discurso ideal, de finalidades declaradas, alheio às funções latentes desempenhadas, ditas reais. “Não gera surpresa que, a cada dia mais se agrave a tentativa de justificar as distorções do sistema penal real, mais precisamente, admitindo que, pelo processo penal apareçam as chamadas ‘situações emergenciais.’”²³⁸

A questão é de tal relevância que, para Illuminati, no processo penal, está em jogo o próprio futuro das instituições democráticas, apesar de ter ganhado maior crédito o posicionamento de que uma situação excepcional de criminalidade deve ser resolvida com leis excepcionais, deixando de lado as garantias constitucionais. Para o autor, esse posicionamento está acometido por dois erros básicos: o primeiro, de que a criminalidade é um problema exclusivamente policial e judiciário, e o segundo, de que a legislação mais repressiva seja o instrumento mais adequado para combatê-la. Em momentos de crise política, o direito e a liberdade individual são sacrificados conforme a exigência do conflito. Contudo, é apenas com

²³⁷ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 180.

²³⁸ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 201.

a recolocação do processo penal, nos moldes da disciplina imposta pela Constituição, que será possível restituir-lhe uma atividade autêntica, iniciando uma solução para aquilo que o atormenta.²³⁹

Essa dinâmica de emergência referida se torna regra. Regra que admite o rompimento de quaisquer garantias que figurem como óbice à eficácia punitiva. Ademais, a fim de concretizar-se, são utilizados conceitos indeterminados e indemonstráveis empiricamente. A cautelaridade ocupa o lugar de algo que não pode ser dito, preenche o lugar da falta. É um vazio estrutural cheio de concepções do senso comum, uma representação do próprio, que adquiriu legitimidade ao ser disposto na legislação. Não obstante, não é fato dado, mas construído por processos sociais, que encobrem inconsistências do sistema processual.

O fundamental é que o vazio é constitutivo da própria cautelaridade – ou de qualquer teoria –, não obstante, esse espaço não pode ser preenchido por qualquer coisa, haja vista o Estado democrático de direito.²⁴⁰ Segundo Casara:

o sistema penal não é instrumento democrático ou de respeito à alteridade. Isso porque é impossível dissociar o sistema penal de sua marca excludente: a seletividade. Porém, na tentativa de reduzir os danos do seu funcionamento concreto, deve-se considerar a Constituição Federal como a estrutura legal que funda o Estado Democrático, especialmente, por conter as diretrizes necessárias à contenção do poder e à articulação que deve existir entre política, os direitos e garantias individuais, o poder de punir e a atividade das agências estatais envolvidas na persecução penal (pré-processual e em juízo).²⁴¹

A aceitação de práticas autoritárias, ainda que num ambiente democrático, justifica-se pela matriz autoritária do direito, no Brasil, que permanece norteando as atividades dos atores jurídicos e ornamenta o espaço social como um todo. Não existem alguns sujeitos que acreditam no poder punitivo mais violento e mais seletivo como forma de combate à criminalidade, mas há uma cultura punitiva que perpassa o imaginário de boa parte dos atores envolvidos no processo penal e da sociedade como um todo.²⁴²

Um bom exemplo para o narrado é a recente pesquisa da Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) do ano de 2015. Assim como ocorrido na pesquisa anterior, no ano de 2006, os julgadores replicaram a crença na expansão do controle penal.

²³⁹ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica.

Rivista italiana di diritto e procedura penale. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 920.

²⁴⁰ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 329.

²⁴¹ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 210.

²⁴² CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 220.

Seus resultados mostram que 48,1% (totalmente favoráveis e favoráveis) dos entrevistados é a favor da diminuição da maioria penal; 85,1% (totalmente favoráveis e favoráveis) sustentam o aumento do tempo de internação de adolescentes infratores. Além disso, 90,2% (totalmente favoráveis e favoráveis) entendem como necessário o aumento de tempo de cumprimento de pena, para fins de progressão de regime, no que toca a crimes graves; 84,4% acreditam no aumento de tempo de cumprimento de pena para fins de livramento condicional.

No que toca às investigações, 78,5% apoiam a ampliação das hipóteses de investigações sigilosas em crimes graves. O aumento da pena mínima para os crimes de tráfico de drogas é apoiado por 71,7% e 67% apoiam a proibição de liberdade provisória (com ou sem fiança) para estes delitos. Outrossim, 94,8% concordam com o emprego de penas mais severas para agentes políticos, nos casos de corrupção e improbidade administrativa, e 69,5% concordam com o aumento, de modo geral, do limite máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade.²⁴³

De forma geral, os juízes e juízas aduzem que a contenção da criminalidade passa pela expansão do controle penal formal, mediante a ampliação do tempo de internação em instituições totais, com o aumento do *quantum* de penas e a restrição de hipóteses de liberdade. A aposta permanece a mesma, a crença é na prisão como solução dos mais variados problemas.

Nessa linha é o posicionamento do Ministério Público da União que, mediante pesquisa conduzida por Azevedo no ano de 2010, realizou um retrato do que pensam os integrantes do órgão em matéria penal. Dos dados, extrai-se que mais de 40% dos entrevistados entendem que a idade de imputabilidade penal deve ser reduzida para 16 (31,7%), 14 (9%) e 12 (1,2%) anos.²⁴⁴ No que toca à legislação penal e sua relação com a contenção da criminalidade, 40,1% sustentam que essa legislação é excessivamente branda e 27,5% estão mais de acordo com essa afirmação.²⁴⁵ Quando questionados sobre a expansão do direito penal a fim de abranger os novos riscos sociais, 71,2% dos entrevistados se dizem favoráveis. Contudo, mais de 50% afirma que essa medida também vulgariza o direito penal e reduz a eficácia do mecanismo de controle social.

²⁴³ BRASIL. **Pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros 2015**: a AMB quer ouvir você. Disponível em: http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Revista_Resultado_Pesquisa_AMB_2015_para_site-6.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 42-44.

²⁴⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola superior do ministério público da união, 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/perfil-socioprofissional-e-concepcoes-de-politica-criminal-do-ministerio-publico-federal>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 42.

²⁴⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola superior do ministério público da união, 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/perfil-socioprofissional-e-concepcoes-de-politica-criminal-do-ministerio-publico-federal>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 43.

Quando questionados sobre correntes político-criminais aderidas, 34,7% aderem à chamada defesa social e 12,6% à tolerância zero; 22,8% não aderem a nenhuma corrente; 15% ao funcionalismo penal; 13,2% ao garantismo penal; 0,6% ao abolicionismo penal e 1,2% a outra corrente.²⁴⁶ No que toca às questões procedimentais, 82,6% dos entrevistados (adesão total ou parcial) entendem que o Ministério Público deve coordenar as investigações preliminares e 95,8% (adesão total ou parcial) sustentam a condução de investigações paralelas ou complementares.²⁴⁷ Ademais, 34,7% discordam totalmente da participação da defesa durante o inquérito policial e 46,7% manifestam mais desacordo nessa participação.

Do exposto, constata-se que 45,3% dos entrevistados aderem a correntes político-criminais de predominância ideológica punitiva, de ampliação do controle penal, o que coincide com a crença na expansão das condutas criminalizadas pelo direito penal e a redução da idade para imputabilidade penal. Há um desprezo pela concepção da forma como a garantia e o limite ao arbítrio estatal se fazem presentes, na opinião da maioria, já que sustentam o uso de provas ilícitas. Outro resultado interessante mostra que 24,6 % (total desacordo) e o 37,7% (mais em desacordo) não concordam com o descarte desses elementos. Ainda, a ampla maioria concorda com a ampliação do princípio da oportunidade para a ação penal, criando-se novas hipóteses de negociação da pena entre órgão acusador e acusado (65,5% totalmente favorável e 31,5% mais de acordo).

Quando questionados sobre a prisão preventiva, 37,7% (totalmente de acordo) e 44,3% (mais de acordo) são favoráveis ao emprego das categorias periculosidade do agente, manutenção da paz social e da ordem pública como balizas para a aplicação da medida. Não obstante, 19,2% (totalmente de acordo) e 49,1% (mais de acordo) sustentam a excepcionalidade da medida.²⁴⁸

Das pesquisas acima, percebe-se um compartilhamento de concepções entre órgão julgador e acusador quanto à matéria criminal. Mais uma vez o encarceramento é visto como instituição privilegiada na contenção da criminalidade e elucida um sintoma, ainda mais grave,

²⁴⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola superior do ministério público da união, 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/perfil-socioprofissional-e-concepcoes-de-politica-criminal-do-ministerio-publico-federal>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 52.

²⁴⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola superior do ministério público da união, 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/perfil-socioprofissional-e-concepcoes-de-politica-criminal-do-ministerio-publico-federal>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 54-55.

²⁴⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola superior do ministério público da união, 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/perfil-socioprofissional-e-concepcoes-de-politica-criminal-do-ministerio-publico-federal>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 73.

da propagação do populismo punitivo, que é a identidade punitiva presente em órgãos que possuem finalidades absolutamente diversas no âmbito do processo penal.

3.2 COMO SE TRATA A QUESTÃO CRIMINAL NO BRASIL: A PERMANÊNCIA DE UM PATRIMÔNIO AUTORITÁRIO EM TEMPOS DEMOCRÁTICOS

O Brasil tem um Código Processual Penal datado de 1941, com inspiração político-ideológica do fascismo italiano, e esse é o diploma atual, que, apesar de inúmeras vezes reformado, permanece com uma matriz que remonta ao Código Rocco. No período da sua promulgação, no país, estava em andamento o governo Vargas, que se iniciou em 1930 e perdurou até 1945. Foi um período que se fez notório pela centralização de poder, uma vez que dissolveu o Congresso Nacional, nomeou interventores federais e limitou a atuação dos governos de estado.²⁴⁹

Em 1933, foram realizadas eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, que foi responsável pela promulgação da Constituição de 1934. O texto trazia três títulos inéditos com relação à carta anterior. Eram eles: ordem econômica e social (nacionalização progressiva); família, educação e cultura (legislação trabalhista, educação primária obrigatória, etc.); e segurança (Conselho superior de segurança nacional integrado pelo presidente, ministros e chefes do exército e da armada). Por voto indireto da Assembleia, Getúlio foi eleito presidente de 1934 a 1938.²⁵⁰

Num contexto de paralisações de serviços e de um fantasma comunista, nacional e internacional, abriram-se as portas para uma escalada autoritária, que teve início com a promulgação da lei de segurança nacional, a aprovação de todas as medidas excepcionais postuladas pelo executivo, inclusive, a decretação de estado de sítio no final de 1935 (duraria até junho de 1937) e a criação de um Tribunal de Segurança Nacional. Este último voltado ao julgamento dos insurgentes de 35.²⁵¹

A negativa a um novo estado de sítio e a abertura para a disputa político-eleitoral não durou muito. Em outubro, era aprovado, novamente, um período de estado de sítio de 90 dias. E, pouco tempo depois, o Congresso seria dissolvido e o Estado Novo implantado, com uma nova carta política, de autoria de Francisco Campos.

No preâmbulo da Constituição, era declarada a necessidade de proteção contra uma infiltração comunista que colocava em risco a unidade do país. Nas disposições finais e

²⁴⁹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14 ed. atual. ampl., 2 reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015. p. 283-285.

²⁵⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14 ed. atual. ampl., 2 reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015. p. 300-301.

²⁵¹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14 ed. atual. ampl., 2 reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015. p. 306-309.

transitórias, era concedido ao presidente o poder de expedir decretos-lei em todas as matérias de competência da União, além do poder de aposentar compulsoriamente funcionários civis e militares. Ainda, os mandatos dos governadores dos estados deveriam ser confirmados pelo presidente como aptos.²⁵² O estado de emergência confirma a tendência centralizadora e a acumulação de poderes iniciadas na década de 30.

Explica Moraes que, nesse contexto (social, político e econômico), as ideias positivistas e o referido Código Rocco foram tidos como modelos legais e doutrinários.²⁵³ Ocorreu um processo sociopolítico de recrudescimento das instituições e violação das de cunho democrático. Houve uma sintonia entre o sistema político autoritário e o código de processo penal usado para implementar seus desígnios.²⁵⁴ Ou seja, o CPP foi “forjado estruturalmente com base na concepção de que o que há é uma “presunção de culpa” e sempre um “inimigo” a ser perseguido e punido.”²⁵⁵ Esse código foi redigido para rejeitar a presunção de inocência sob os influxos ideológicos e políticos autoritários.

Na exposição de motivos desse texto legal está a primazia do interesse público sobre as garantias individuais. Existe uma leitura binária da sociedade, que coloca o indivíduo em situação inferior à coletividade, de modo que, sempre, no choque entre um interesse abstrato coletivo e o interesse individual concreto, este último cede. Essa divisão é absolutamente insustentável, pois parte da premissa de uma sociedade sem indivíduos, como se o um não pertencesse ao todo e o todo não fosse também formado por esse um.

Esse é o texto que traz mecanismos que permitem práticas autoritárias numa época dita democrática,²⁵⁶ “e que naturalmente retrata, reproduz e retroalimenta a lógica autoritária da mentalidade jurídica do país, alheia às formas constitucionais de 1988.”²⁵⁷ Ao que se soma o aval social, pois “em uma sociedade autoritária, não há como pensar um processo penal

²⁵² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁵³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 155.

²⁵⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 157.

²⁵⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159.

²⁵⁶ Autoritarismo no sentido de atividade que deixa de pautar-se no conhecimento e sustenta-se na força, que se dá em nome ou para além da lei. (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 268.)

²⁵⁷ AMARAL, Augusto Jobim. **O dispositivo inquisitivo**: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2014. 498 f. V. 1. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 116.

democrático; eis que um processo penal autoritário atende aos interesses de uma cultura punitivista e uma sociedade excludente, que autoriza um processo penal seletivo.”²⁵⁸

No mesmo sentido, os atores jurídicos estão inseridos nesse quadro, sua formação se constrói com esse pano de fundo, e são, portanto, condicionados por ele e tendem a reproduzir o aprendido (o que ficou demonstrado pelas pesquisas apresentadas anteriormente). Ademais, a partir da criação de um Estado de exceção que se fez usual, é fácil perceber a necessidade de incrementar o princípio da autoridade e do poder do Estado em detrimento da cognição, pois estaria delineada uma situação que clamaria por essa pronta solução.

Não obstante, esse Estado de exceção tornou-se a normalidade, e, portanto, é a ótica constante pela qual os problemas trazidos à senda jurídica são observados e resolvidos. Isso permite a extrapolação de limites que restringem o poder: “pode-se afirmar que os mitos processuais autoritários integram o “patrimônio” que atende às necessidades que não conseguem ser satisfeitas com o recurso ao instrumental “geneticamente” democrático.”²⁵⁹ Veja-se a precisa explicação de Martins sobre o traslado de traços de um patrimônio para o outro:

Quer o eixo ditatorial, quer o eixo democrático, designam, cada um deles, um sistema complexo, intrinsecamente plural, de referências doutrinárias, mecanismos de ação, funções ideológicas e experiências históricas concretas, interagindo e agregando-se de forma dinâmica. Cada um desses conjuntos, à medida em que vai sendo requisitado e em que vai incorporando novas formas históricas, devém patrimônio, património ditatorial e património democrático – e é nessa condição patrimonial que ele é recebido, encarado e utilizado por cada momento histórico. [...] A historicidade desse relacionamento incorpora portanto a possibilidade da contaminação, a aquisição de elemento de um pelo outro.²⁶⁰

Ainda, para delinear essa comunicação de influxos de ambos os patrimônios, é imprescindível verificar o papel que a mídia primária, secundária e terciária desempenha na projeção da insegurança. Assim, induz medos ou pânicos coletivos de próxima vítima ou de vitimização coletiva por um único crime, uma vez que logra canalizar essa sensação de insegurança como decorrência dos sujeitos já estereotipados como criminosos, o que conduz ao “senso comum penal forjado pelos meios de comunicação de massa”. Ocupa espaço privilegiado o setor midiático terciário, pois combina a eliminação de limites físicos da comunicação, de modo que os sujeitos podem abdicar do contato direto e pessoal com outros

²⁵⁸ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 241.

²⁵⁹ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 299.

²⁶⁰ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84.

sujeitos, o que poderia reforçar primados como o reconhecimento do outro e a solidariedade para com o outro.²⁶¹

Para Illuminati, a imprensa contribui enormemente para a formação da opinião pública e sua intervenção é incisiva nas etapas iniciais do processo, quando, pela lógica, são momentos de máxima incerteza e da preservação da presunção de inocência.²⁶² Ainda, sustenta o autor que, se os cidadãos não têm forte consciência dos princípios, é vã a esperança de que o legislador possa sentir-se a eles vinculados de modo substancial. A política de governo se faz do alarme social, transferindo o problema à esfera judicial, num jogo demagógico de leis excepcionais em direção diametralmente oposta ao teor das disposições constitucionais. Contudo, o enfraquecimento de garantias do processo penal equivale apenas a uma confissão de impotência estatal.²⁶³

Explica Choukr que “quando esses medos são projetados sobre a sociedade de forma intermitente e o discurso do caos se propaga, a perda dos valores culturais (que já com sérias dificuldades servem de base para o contexto da normalidade) é a primeira grande baixa dessa guerra.”²⁶⁴ Há um raciocínio autoritário no que tange aos períodos de crise, que perpassaram e perpassam o processo civilizatório, constituindo-se numa prática jurídica reiterada. Com precisão, afirma o autor que o homem teme demônios que são essencialmente criados por ele próprio, procurando, no âmbito jurídico, soluções contingenciais para problemas que são contextuais.²⁶⁵

A emergência na seara penal manifesta-se mediante leis de exceção no que diz respeito à Constituição ou alterações legais, indo mais além: “a emergência repressiva acaba se protraindo sem fronteiras e infiltra-se no seio cultural da normalidade com evidente prejuízo desta [...]”²⁶⁶

Dito isso, há uma derrogação dos padrões culturais adotados na normalidade para a incorporação de medidas emergenciais que fogem à regra, criando-se um subsistema, que se caracteriza pela mitigação de garantias fundamentais. Ademais, o quadro emergencial é um estado de fato, reconhecido no aspecto retórico e político, muito mais do que mediante

²⁶¹ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 4 e 7-8.

²⁶² ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atipica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.** Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 928.

²⁶³ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atipica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.** Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 929.

²⁶⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 212.

²⁶⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 34-35.

²⁶⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 4.

alterações legislativas.²⁶⁷ Sobrepujando, Casara sustenta que “o que chamam de “crise” é, na verdade, um modo de governar pessoas.”²⁶⁸

Ensina Choukr que não é acidental o uso da nomenclatura militar para "reestabelecer" a normalidade que a criminalidade contemporânea atinge. É dela que se extrai a manutenção do poder independentemente dos meios, aderindo à dicotomia amigo x inimigo – ordem x desordem –, que permite o abandono das normas pré-estabelecidas, atribuindo-lhes a carga dos problemas contemporâneos.²⁶⁹ Conforme já mencionado, não é possível sustentar uma dicotomia segurança individual e segurança social, pois a primeira advém do respeito aos direitos individuais e coletivos que, assim, fazem surgir a segurança social, que se interpelam num processo dialético, ambos tendo previsão de tutela constitucional.²⁷⁰

Observa-se, como sintoma desse quadro, uma postulação nostálgica de retorno ao passado, com pedidos públicos de parte da sociedade por governos militares, ampliando-se o poder nas mãos do Estado, como forma de parar o caos anunciado. Contudo, dois erros básicos devem ser evidenciados: o primeiro é o fato de ser impossível ao ser humano repetir o passado, o que pode ocorrer é um governo semelhante numa sociedade totalmente diferente, que ampliou enormemente seu viés individualista e a complexidade de suas relações; segundo, esse período tido como afluente, pode até ter sido um lapso temporal privilegiado em termos de ascensão econômica, mas, apenas para alguns, e, paralelo a um crescimento da economia do país, ocorreu o aumento da pobreza e da desigualdade.²⁷¹

Nascimento, apoiando-se em dados do IBGE, explica que o aumento da produtividade do país, bem como o crescimento econômico gerado nas décadas do “milagre econômico”, não redundou em aumento de renda dos trabalhadores e melhores indicadores sociais, permanecendo grande parcela da sociedade abaixo da linha da pobreza, com salários estagnados.²⁷² “A má distribuição de renda era uma característica estrutural do sistema, sem a qual o dinamismo econômico do período não seria possível.”²⁷³

²⁶⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 4.

²⁶⁸ CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1. ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2017. p. 16.

²⁶⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 39-40.

²⁷⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 12.

²⁷¹ PRADO, Luiz Carlos Delorme; EARP, Fábio Sá. O “milagre” brasileiro: crescimento acelerado, integração internacional e concentração de renda (1967-1973). In: **O Brasil republicano: o tempo da ditadura, regime militar e movimentos sociais em fins do século XX**. Org. FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 228-230.

²⁷² GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2018. [Apresentação à edição brasileira]. p. 13-14.

²⁷³ PRADO, Luiz Carlos Delorme; EARP, Fábio Sá. O “milagre” brasileiro: crescimento acelerado, integração internacional e concentração de renda (1967-1973). In: **O Brasil republicano: o tempo da ditadura, regime**

Nesse sentido, as postulações por adoção de controles mais efetivos e respostas rápidas como solução são apresentadas sem respaldo de pesquisas de impacto, de avaliações estruturais e econômicas. Portanto, tem como único objetivo responder à demanda popular e restaurar um pouco da credibilidade do sistema penal, mas ambas são preocupações de natureza política e que, em larga escala, tendem a retroalimentar a insatisfação e a insegurança.²⁷⁴ Isso, porque são medidas simbólicas, que não têm capacidade de alterar a violência urbana, de gênero, de raça, o núcleo seletivo penal, por exemplo.

Pode-se dizer que são características dessas medidas adotadas: a) a punição como expressão do sofrimento, voltada para a gestão do risco; b) o cunho político, pois privilegiam a opinião pública e tendem a não se sustentar em pesquisas prévias de seu uso; c) possuem uma imagem construída da vítima, que está para além dos seus interesses particulares e toda a tentativa de racionalizar o procedimento penal é vista como uma ofensa a ela e aos seus familiares.²⁷⁵

Nas palavras de Choukr, a degeneração dos direitos fundamentais tem-se dado pela via, especialmente danosa, do emprego simbólico do processo penal, como uma técnica de dominação e reprodução do poder, via preferencial para a regulação social. A finalidade última do sistema penal passa a ser apenas a sua manutenção, haja vista o não cumprimento das funções prometidas, e a destruição da normalidade (tida como um complexo de garantias e direitos fundamentais), que sequer teve oportunidade de se estabelecer como padrão, não transcende o aspecto formal.²⁷⁶

Em curto espaço de tempo, constata-se que a situação que, teoricamente, buscava-se alterar, permanece da mesma forma ou agravada. Seja porque as ações não são voltadas para alterar a violência real (aquela que é fruto de atos materiais concretos), seja porque se tem um largo espaço ocupado pela violência virtual, por uma sensação de insegurança (que não permite o trabalho empírico) introjetada a partir de imagens, estereótipos. Há um senso comum no que tange à violência, que torna grande parte da sociedade refém de um medo canalizado e propagado pelos meios de comunicação.

O somatório desses elementos cria um discurso de eliminação de determinados sujeitos e de legitimação de quaisquer meios para alcançar esse fim. Permanece uma construção de

militar e movimentos sociais em fins do século XX. Org. FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 231.

²⁷⁴ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 263-266.

²⁷⁵ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 316-317.

²⁷⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 46 e 48.

indivíduo, como ocorria na escola criminológica positivista, deixando-o como único responsável pela criação da sua história, de modo que, se não atinge determinado *status* social, é porque lhe faltou capacidade cognitiva, e se comete delitos ou condutas desviantes, é porque isso é parte da própria composição biológica daquele sujeito. Dito isso, o conceito de criminalidade elaborado pela criminologia positivista, apesar de desconstruído teoricamente pelas escolas criminológicas posteriores, mantém-se hegemônico, porque dá sustento ideológico a essa forma de “combate à criminalidade”, que se legitima como defesa social.²⁷⁷

Esse paradigma faz daquele sujeito que não alcança metas ou que comete condutas criminosas a razão do mal-estar dos demais, criando-se o papel de vítima como modelo de pessoa comum, enfraquecendo características que são fundamentais para instituições democráticas.²⁷⁸ O paradigma se mantém, mas pelo cumprimento de funções diversas das declaradas.

O crime torna-se elemento central ao exercício de poder, que o legitima ou que fornece conteúdo a sua prática. Nesse sentido, a prisão cautelar consegue dar visibilidade ao “trabalho” do Estado ao passo que reforça a ideia de que, a partir da segregação de alguns sujeitos, diminui-se a sensação de insegurança: “evidenciando a face meramente propagandística do sistema repressivo que empregará a prisão como forma de satisfação pública”.²⁷⁹ A referida ação sugere a impressão, nas palavras de Garland, de que algo está sendo feito, ou seja, não há questionamento sobre o potencial de efetividade da ação, mas há um ato soberano estatal, que angaria, em regra, pouca ou nenhuma oposição política, pois é reflexo de uma experiência coletiva do crime, do medo e da insegurança e de uma forma de controle penal de base compartilhada.²⁸⁰

Gera-se, assim, o uso do delito como uma lente para analisar condutas que, com ele, não se relacionariam. Amplia-se a ideia de Wacquant de governo dos pobres mediante o crime, para incluir uma remodelação que envolve outros centros de poder que não o Estado, de modo que se estende o espaço do controle penal formal e informal.²⁸¹ São somados outros “aparelhos de

²⁷⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos de violência na era da globalização. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 45.

²⁷⁸ SIMON, Jonatha. **Governing through crime**: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. New York: Oxford University Press, 2007. p. 6-7.

²⁷⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 149.

²⁸⁰ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 285.

²⁸¹ SIMON, Jonatha. **Governing through crime**: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. New York: Oxford University press, 2007. p. 14.

hegemonia”, tais como as escolas e universidades, ao aparato estatal responsável pela repressão e coerção de condutas, tornando valores específicos em normas sociais.²⁸²

Seguindo esse ideário, o processo penal absorve a finalidade da pacificação. Pode-se dizer que a incorporação no Brasil de paradigmas externos auxiliou a retirar o caráter histórico do delito e dos fenômenos que o envolvem. Com isso, mantiveram-se paradigmas, que se legitimaram por serem ditos científicos, a partir dos quais é definida a criminalidade, o que, no caso brasileiro, tende a tornar ainda mais vulneráveis alguns setores da sociedade.²⁸³ Del Olmo, ao desenvolver o pensamento criminológico latino-americano, logra justamente mostrar a impropriedade de tratar questões locais, fruto de uma realidade que tem seu espaço e sua temporalidade, com mecanismos pensados para outros contextos.²⁸⁴ Desse modo:

o estado atual dos cárceres diz da forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação da alteridade. Diz da violência hiperbólica das instituições, criadas no projeto moderno para trazer felicidade às pessoas (discurso oficial), mas que reproduzem – artificialmente, mas com inserção no real – a barbárie que a civilização tentou anular.²⁸⁵

Há uma lógica punitiva sequencial, pois as políticas criminais dadas pela “vontade de punir” não se interromperam, mas são apontadas, por Andrade, como simbióticas a uma lógica genocida, que mescla controle penal formal e informal, público e privado, sistema oficial e oculto.²⁸⁶ Veja-se que, no período ditatorial, havia o discurso da manutenção da segurança nacional, pautada na garantia do progresso econômico iniciado. Essa doutrina, de origem norte-americana, é recepcionada e teorizada pela escola superior de guerra, que fornecerá conteúdo doutrinário e ideológico para a tomada do governo pelos militares em 1964.²⁸⁷ Sob uma ótica

²⁸² PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no brasil contemporâneo**: discurso democrático e prática autoritária. São Paulo: Ed. Unesp, 2009. p. 33.

²⁸³ DEL OLMO, Rosa. **A américa latina e sua criminologia**. Tradutores Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

²⁸⁴ DEL OLMO, Rosa. **A américa latina e sua criminologia**. Tradutores Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 151.

²⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 256.

²⁸⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 107.

²⁸⁷ BORGES, Nilson. A doutrina de segurança nacional e os governos militares. *In*: Org. FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Org.). **O Brasil republicano**: o tempo da ditadura, regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2003. p. 17. Explica Borges que a intervenção dos militares, no “reestabelecimento” da ordem institucional, ocorre desde o Brasil no império, mas em 1964, partindo da doutrina de segurança nacional instrumentalizada pela escola superior de guerra, os militares transformaram-se em verdadeiros atores políticos.

belicista, toda política era orientada em razão da segurança e, com isso, estabeleceu-se uma guerra interna como estratégia de eliminação do inimigo.

Foi a doutrina posta em andamento que, partindo de uma concepção funcionalista da sociedade, passou a tratar os dissidentes políticos, os interesses conflitantes, os conflitos sociais, como situações a serem eliminadas, definindo os sujeitos neles envolvidos como inimigos “internos”, pois colocavam em risco os programas do novo sistema político.²⁸⁸ Apostava no totalitarismo, ou seja, na eliminação do diferente que fosse representado por movimentos sociais, correntes políticas diversas, imprensa crítica, mediante o uso da tortura e da instauração do terror como forma de controle, pondo em clandestinidade tudo que se referia à dissidência ao sistema de governo militar.

Esse é um dos legados que persiste, e foi deixado pelo período relacionado à forma de tratar/eliminar o “inimigo” que coloca em risco o que se tem em andamento, só que desta vez, o discurso se dá mediante o emprego da retórica de segurança pública.²⁸⁹ Pode-se concluir, com Pastana:

aqui, nossa última abertura política substituiu a segurança nacional pela segurança pública, e o que antes incomodava o cidadão, ou seja, a violência institucional, passou a ser mostrada como a única forma de proteção. O cidadão passou a aceitar um controle mais ostensivo temendo não mais o Estado opressor, mas sim o marginal.²⁹⁰

Destaca-se que a alteração quantitativa e qualitativa do crime, no Brasil, só começou após o período ditatorial, no início da década de 90. Anteriormente a esse período, houve uma estabilidade no que toca à criminalização de condutas no viés formal, apesar de, como tem sido usual, houvesse um sistema subterrâneo para a gerência dos “inimigos” do sistema político em andamento, as práticas residiam nos poderes executivo e judiciário. Portanto, é:

interessante notar certo paradoxo entre a estrutura jurídico-penal e a atuação das agências da punitividade. Enquanto a relativa estabilidade legal era

²⁸⁸ “Trata-se de aniquilar moralmente o inimigo e separá-lo dos demais cidadãos e, de outra parte, de assegurar a não oposição ativa contra o projeto político da Doutrina. As técnicas psicossociais e os meios de comunicação adquirem uma grande importância na manifestação das massas. Com base numa tipologia que distingue os inimigos, os indecisos e os neutros dos engajados, o esforço da doutrina de segurança nacional visa a desmoralizar o inimigo, a produzir deserções, a criar o silêncio, a fazer cooperar (delatar) e a fazer aderir às políticas do Estado.” (BORGES, Nilson. *A doutrina de segurança nacional e os governos militares*. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Org.). **O Brasil republicano: o tempo da ditadura, regime militar e movimentos sociais em fins do século XX**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 28.)

²⁸⁹ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2018. [Apresentação à edição brasileira]. p. 7-30.

²⁹⁰ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático e prática autoritária**. São Paulo: Ed. Unesp, 2009. p. 246-247.

mantida – inclusive com a participação de experts de tradição liberal e humanitária na reforma da parte geral do Código Penal e na elaboração da Lei de Execução penal em 1984 –, a atuação do sistema repressivo, sobretudo o policial e o carcerário, incorporou a ideologia (de segurança nacional) e as estratégias militarizadas de combate ao crime político (repressão do inimigo interno).²⁹¹

Paradoxalmente, a partir da chamada redemocratização, iniciada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os conflitos sociais passaram a ser tratados de modo mais severo pela legislação, sendo o processo penal o instrumento para colocar em prática políticas criminais de lei e ordem.²⁹²

Quando se iniciou o período de transição controlada, essa transição ocorreu de modo gradativo, tendo como objetivo uma espécie de democracia restringida ou limitada às searas sociais, uma vez que a economia capitalista e a fragilidade da expansão econômica não conseguiriam responder a todas as camadas. Esse movimento foi coincidente com o esfacelamento do estado de bem-estar social que havia se iniciado no mundo ocidental,²⁹³ haja vista um novo ciclo da crise financeira, que elevou as taxas de juros dos empréstimos tomados pelo país para manter o crescimento econômico. Com isso, o Brasil iniciou essa transição com uma dívida externa agigantada, que recortou a possibilidade de sua construção efetiva no país.²⁹⁴

Para Sader, tratava-se de um novo sistema político, híbrido, que misturava o velho ao novo. A nova carta política trazia a eleição do parlamento por voto direto e universal, ampliava as liberdades individuais e as garantias; criaram-se direitos sociais. Todavia, o plano teórico novo não alterava a negação de direitos básicos à grande maioria da sociedade, permaneceram em alta as práticas discriminatórias, que demonstravam o abismo entre a previsão legal e sua efetivação no plano material. A situação social desigual se perpetuava, pois, “um modelo econômico que exclui a maioria da população como mercado essencial de consumo e marginaliza grande parte dela como força de trabalho excedente é incompatível com uma estrutura social equilibrada.”²⁹⁵

Constata-se que, em momentos de tensões político-sociais, muitas vezes por pressão de alguns sujeitos, ocorreram pactos ou acomodações, que inviabilizaram rupturas históricas e

²⁹¹ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 33.

²⁹² GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 12-26.

²⁹³ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 51.

²⁹⁴ SADER, Emir. **A transição no Brasil: da ditadura à democracia?**. 3. ed. São Paulo: Atual, 1990. p. 32-37.

²⁹⁵ SADER, Emir. **A transição no Brasil: da ditadura à democracia?**. 3. ed. São Paulo: Atual, 1990. p. 72.

garantiram permanências na forma de proceder. O que, inicialmente, parece ser uma postulação “de baixo para cima”, termina por ser uma acomodação “de cima para baixo”. A transição negociada do período ditatorial brasileiro para uma era democrática é um exemplo disso. Apesar de movimentos populares postulando uma nova forma de gerir o Estado, foram tão-somente algumas parcelas da sociedade que participaram dessas mudanças, que negociaram e garantiram a continuidade política.²⁹⁶

Concorda-se com Pastana, a qual afirma que as manifestações, pós-abertura política, foram incapazes de criar uma maior participação da sociedade na gestão política, pois se revelaram em acontecimentos efêmeros, quase sempre frutos de manipulações midiáticas – favoráveis ou contrárias – revelando uma falta de amadurecimento para fiscalizar as atividades das instituições do Estado.²⁹⁷

Sader destaca o preço que se paga pela não resolução dos problemas de fundo do país, inclusive, sustenta que a própria ausência de rupturas históricas cria a falta de identidade, apontando que a história do país se encontra repleta de episódios nos quais as elites se antecipam à constituição de uma vontade popular criada de baixo, e estruturam pactos por cima, que terminam por frustrar as aspirações dessa vontade.²⁹⁸

Essa ausência de rupturas reflete diretamente na estrutura processual penal, que legitima uma série de atos, procedimentos ou mesmo a falta deles, por manter um paradigma autoritário. Existe uma primazia do uso do poder exclusivamente vertical, que remonta à figura do juiz-pai, detentor de todas as respostas e com a capacidade de realizar o descobrimento da verdade material do fato (diga-se: poderes sobre-humanos). Por isso ele é autorizado a decretar prisões sem pedido do órgão acusador para tanto; desprezar medidas cautelares diversas à prisão, uma vez que o corpo do réu não fica totalmente disponível; buscar elementos probatórios para comprovar a sua hipótese, entre outros exemplos.

Dessa forma, em 1988, quando finalmente se “chegou” à “era democrática”, com uma carta política que assegurava e ainda assegura garantias individuais e direitos sociais, criou-se uma expectativa de alteração substancial social e política no país. Todavia, não havia condições de dar-lhe concretude material. Explicam Rosa e Marcellino Jr. que ocorreu finalmente a incorporação do Estado de bem-estar social no Brasil, mas essa incorporação se deu no âmbito

²⁹⁶ DA SILVA, Francisco Carlos Teixeira. Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Org.). **O Brasil republicano: o tempo da ditadura, regime militar e movimentos sociais em fins do século XX**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 261-264.

²⁹⁷ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático e prática autoritária**. São Paulo: ed. Unesp, 2009. p. 40.

²⁹⁸ SADER, Emir. **A transição no Brasil: da ditadura à democracia**. 3. ed. São Paulo: Atual, 1990. p. 1-3.

formal, pois o país encontrava-se num período desenvolvimentista, que tinha como objetivo atingir o nível de desenvolvimento dos países centrais e, com isso, não lograria implementar políticas públicas que objetivassem o desenvolvimento social.²⁹⁹

É que a Constituição da República chega ao Brasil quando já predominava na América latina um modelo político-econômico absolutamente incompatível com os propósitos finalísticos da nova ordem constitucional, ou por isso mesmo tenha sido editada, porque se sabia que o condicionante econômico retiraria sua efetivação.³⁰⁰

Pode-se aduzir que o Brasil foi se desenvolvendo em cima da desigualdade, da seletividade e da punição como forma preferencial de controle social. Quando surgiu a nova Constituição que, em tese, marca o encerramento de um período de graus abismais de violência contra o ser humano (que se pautou na pena de morte; de banimento; de tortura³⁰¹), não havia viabilidade de concretizar um Estado nos moldes delineados no texto e ainda sobrava um abismo para redemocratização dos poderes do Estado e do sistema penal. O advento de um discurso conservador, nos demais países, voltado às macropolíticas punitivas, chegou à América latina, em forma de reflexos, que criaram conflitos e contradições que não permitiram a estruturação do projeto constitucional.³⁰²

O próprio texto constitucional tem servido para incrementar o punitivismo e embasar demandas que, em larga medida, distanciam-se do que seja um Estado Democrático de Direito.³⁰³ “O desaparecimento dos valores democráticos se deu em nome da “democracia”, o encobrimento “democrático” de movimentos antidemocráticos tornou-se uma constante desde o século passado.”³⁰⁴

²⁹⁹ ROSA, Alexandre Morais; MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direito patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 1, p. 7-23, Ago./Dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/1/art/art6.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

³⁰⁰ ROSA, Alexandre Morais; MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direito patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 1, p. 7-23, Ago./Dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/1/art/art6.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

³⁰¹ DA SILVA, Francisco Carlos Teixeira. Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Org.). *O Brasil republicano: o tempo da ditadura, regime militar e movimentos sociais em fins do século XX*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 260.

³⁰² ZAFARONI, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 558.

³⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Razões (?) do populismo punitivo. *Revista síntese: direito penal e processual penal*, Porto Alegre, n. 71, ano IX, p. 102-116, dez./jan. 2012. p. 113.

³⁰⁴ CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 23.

Ou seja, o termo democracia tem sido empregado para legitimar ações diversas, parte delas de cunho autoritário e violento, o que gera uma confusão no próprio preenchimento do seu conceito, uma vez que são erigidas concepções conservadoras de repressão, neutralização e exclusão, reduzindo seu papel aos períodos eleitorais e à cidadania, ao sufrágio universal, além de contrair as possibilidades de participação na vida pública.³⁰⁵ Nesse sentido:

É o momento em que a demanda por segurança pública pelas mãos do sistema penal e das políticas criminais e securitárias passa a colonizar a pauta dos partidos políticos de todos os matizes ideológicos, realizando a poderosa intersecção da esquerda e da direita punitivas, nos confins de um mercado eleitoral avidamente consumidor de criminalização primária (produção de leis penais). Diluindo ideologias partidárias, o hino à intolerância faz também seus reféns minimalismos reformistas, cujas reformas, ao invés de minimizar, têm paradoxalmente ampliado o sistema penal e controle penal.³⁰⁶

Em prol de um suposto ideal democrático, de uma ideia de segurança mediante o uso da lei, utiliza-se a Constituição como um mecanismo apto a propagar ainda mais o populismo punitivo. Observa-se, na atualidade, que o reconhecimento de demandas passa, quase sempre, pela criminalização de alguma conduta, ou pelo recrudescimento da pena, ou pela definição do já crime como hediondo. Todos os mecanismos que, se olhadas as estatísticas nacionais de cometimento de condutas delitivas, não promovem a redução da prática desse ou daquele crime.

Atualmente, é justamente partindo da proteção dos direitos humanos que se termina por restringi-los ainda mais. Seguindo os ensinamentos de Zaffaroni, a partir da difusão do autoritarismo *cool* norte-americano, na América latina, impõe-se um tratamento penal diferenciado às classes mais pobres e dessas classes se extraem os sujeitos clientes do sistema penal.³⁰⁷

No Brasil, especificamente, não é difícil compreender como convivem discursos e práticas que conflitam uns com os outros. A dualidade constitucional se insere nessa mesma lógica, pois a história recente do país demonstra um equilíbrio dinâmico. “O campo jurídico tem produzido e reproduzido, ideologicamente, em diversos momentos da história brasileira, montagens políticas e representações jurídicas que revelam uma estrutura normativa e

³⁰⁵ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático e prática autoritária. São Paulo: Ed. Unesp, 2009. p. 31.

³⁰⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 272.

³⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradutor Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 73-74.

sistematizada, com funções específicas de controle social autoritário.”³⁰⁸ A seara penal tem sido a ótica dominante na identificação e resolução de conflitos sociais, apresentando-se como resposta simbólica a eles, por ser desconexa da possibilidade de redução ou controle das condutas delitivas.

Há uma tradição de proceder com ajustes mais consensuais entre períodos e práticas, e essas compatibilizações, que podem, em princípio, não parecerem lógicas, são determinantes para que se mantenha a estrutura social e os arranjos econômicos assim como já estavam. Nesse sentido, em havendo um *continuum* no proceder, os processos, os procedimentos, os institutos, etc. são inevitavelmente lidos a partir da racionalidade punitiva, que, apesar de ganhar novos contornos, com o transcurso do tempo, pauta-se no mais do mesmo, ainda que ceda espaço para algumas atualizações.

Um exemplo é a recente reforma do título da prisão cautelar e da liberdade, produzida pela lei nº 12.403/2011, que não foi suficiente para romper a lógica binária que orientou o Código de Processo Penal desde 1941. A aplicação de algumas medidas cautelares diversas não alterou o quadro prisional, especificamente no que toca ao uso da prisão preventiva, uma vez que foram inseridas e lidas, desde a lógica atuante, que vê tão somente na prisão a forma de prevenção do risco e reestabelecimento da segurança. Dito isso, esses mecanismos diversos da prisão preventiva ocupam o espaço paralelo ao da prisão, que mantém o cárcere como instrumento central legítimo. As medidas do art. 319 do CPP não obstruíram o controle formal realizado pela prisão, mas o densificaram ao ampliar as hipóteses de controle penal formal e reduzir os casos de liberdade incondicionada.³⁰⁹

Com isso, há uma perpetuação dessa lógica de proceder, que ainda recobra vigor e legitimidade com a complementariedade de discursos, tanto progressistas quanto conservadores, que permitem a ampliação do eficientismo saneador, já que a lógica operante é essencialmente punitiva. Com base em Andrade, o Estado criminalizador é apoiado por setores politicamente conservadores, filiados a movimentos de lei e ordem, e progressistas, como os movimentos feministas, somando forças no polo de combate à violência mediante o sistema penal.³¹⁰

³⁰⁸ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático e prática autoritária. São Paulo: Ed. Unesp, 2009. p. 64.

³⁰⁹ CAZABONNET, Brunna Laporte. **Punitivismo e medidas cautelares pessoais**: uma análise criminológica e processual da expansão controle penal. 2013. 204 f. Dissertação de Mestrado em ciências criminais – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 179-181.

³¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos de violência na era da globalização. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 41.

A opção foi pela “fácil solução penal, não enxergam aqueles setores da esquerda a contradição (que, em tempos outros, se diria antagônica) entre a pretendida utilização de um mecanismo provocador de um problema como solução para este mesmo problema.”³¹¹ Em suma, sob a retórica da solidificação do Estado de direito democrático, optou-se pela edificação de um estado penal, em substituição ao ausente estado social.³¹²

É feita uma leitura de crise do sistema penal que parte da deficiência na repressão, questões conjunturais que descambariam na ineficácia do poder punitivo de defender a sociedade dos indivíduos perigosos, pois lhe falta densidade repressiva no âmbito legislativo (mais crimes, mais penas, etc.), administrativo (aparato policial) e judiciário (mais condenações, punições maiores, etc.).

Não obstante, o movimento delineado acima, entende-se com Casara, que há um novo “patrimônio” democrático a ser incorporado nas práticas como um todo, que deve ser extraído da Constituição. Essa carta política tem como função precípua disciplinar o exercício do poder estatal e representa limites formais, determinando os procedimentos que podem ser empregados, e materiais, delimitando o conteúdo do que pode ser realizado, e serve como instrumento de controle de normas já criadas. Portanto, a forma de afastar as práticas contemporâneas, primeiramente, diz respeito ao abandono de recursos autoritários que permeiam o processo penal, que passam a ideia de elementos naturalizados.

Em sequência, a exclusão do repertório, ou patrimônio autoritário, advindo de outras épocas da história, deve dar-se pela assunção de um novo patrimônio. Com isso, o texto constitucional dará unidade e coerência valorativa ao sistema, marcado por outra racionalidade e é nesses termos que traz um outro sentido ao sistema processual penal, dentro dele, ao processo, e, sucessivamente, à cautelaridade.³¹³

Como a produção teórica não pode ser desvinculada da sua historicidade e se entende a compreensão do modo como que se engendram e sustentam discursos punitivos como etapa imprescindível para reverter esse movimento e desnaturalizá-lo, foi feito esse superficial pano de fundo sobre o qual se elaborou a teoria cautelar.

³¹¹ KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/>. Acesso em: 16 jan. 2018.

³¹² MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: ed. Atlas, 2013. p. 107.

³¹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 17.

3.3 A IMPORTAÇÃO DE CATEGORIAS FUNDANTES EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL

Não é novidade que o Brasil é consumidor de legislações e diretrizes político-criminais de outros países, mas “a afinidade política e ideológica entre o Estado Novo brasileiro e o Estado fascista italiano permitiu que toda a produção doutrinária forjada na *scuola* positiva e desenvolvida pela doutrina técnico-positivista”³¹⁴ fosse trazida para o contexto brasileiro de forma acrítica. Nas palavras de Moraes, criou-se uma tendência punitiva sistêmica, que é reforçada pela ausência de uma estrutura de controle voltada para a fundamentação judicial. Com o fascismo, na Itália, a presunção de inocência entra em crise, tida como danosa em potencial à justiça, e o uso da prisão preventiva é escancarado.³¹⁵

Cordero destaca que a reforma da codificação processual de 30 é uma manifestação do autoritarismo fóbico de Alfredo Rocco, avesso às garantias individuais. Nesse código, o Ministério público ocupa lugar agigantado, equiparando-se ao juiz, são retiradas as hipóteses de prazos máximos da prisão preventiva, eliminando o instituto do desencarceramento pelo decurso destes, condicionando os mandados de soltura e de prisão à análise das qualidades pessoais do indivíduo.³¹⁶ Desse modo, é com essa legislação que a prisão ganha notória fisionomia de medida de prevenção voltada contra os sujeitos perigosos ou suspeitos.³¹⁷

Amaral destaca que:

O código faz parte daquilo que é costume chamar de legislação penal Rocco, não apenas pelo nome do ministro da Justiça que a inspirou, Alfredo Rocco como dito, mas de Arturo Rocco, chefe da Escola Penal Técnico-Jurídica, que lhe dirigiu os trabalhos. Mas é sobre as folhas do Trattato de Vincenzo Manzini que as razões orientadoras deste influxo se fazem claras.³¹⁸

³¹⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 158.

³¹⁵ Com apoio em Manzini e Ferri, semelhante foi a postura adotada no Brasil, uma vez que reduziu a presunção de inocência ao momento decisório do juiz. Quando a prova era insuficiente, o réu deveria ser absolvido. (TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Tomo III. José Konfino Editor: Rio de Janeiro, 1967. p. 1085-186.)

³¹⁶ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Colombia: Editorial Temis, 2000. p. 61.

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 510.

³¹⁸ AMARAL, Augusto Jobim. **O dispositivo inquisitivo**: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2014. 498 f. V. 1. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 102.

Embora explique Moraes que o desenvolvimento das bases da escola técnico-jurídica rejeitasse vínculos com a escola criminológica positivista, num viés de resgate da matéria jurídica, alguns pontos convergiam. Cita como exemplo a crença na prevalência do interesse público sobre a liberdade individual e o objeto do processo penal ser a realização de pretensão punitiva do Estado.³¹⁹ Ainda, Amaral aponta o notório desprezo de Manzini pela filosofia jurídica, principalmente, no que toca aos questionamentos que colocavam em xeque o estado das coisas naquele regime.³²⁰

Claramente, havia a necessidade do distanciamento entre as searas, considerando-se a disputa para definir os contornos do crime e do seu controle (seara jurídica ou médica). Contudo, a construção dogmática se valeu de elaborações criminológico-positivistas que lhe foram úteis e a antecederam, e permaneceram camufladas sob o manto da legalidade, na área jurídica cinzenta, acobertando permanências e opções políticas.

Para Marques, semelhante à organização da matéria processual ocorrida na Itália, a qual chamou de renovação científica do processo penal, iniciada por Manzini e Rocco,³²¹ foi realizada por Tornaghi, no Brasil. Anteriormente a esse período, explica que a produção em matéria processual penal era bastante residual e assistemática no país.³²² E, no ano de 1945, com a sua tese sobre a relação processual penal, a renovação se daria por ela.³²³

Contudo, compulsando a obra de Tornaghi, verificar-se-á aquilo que chamou Prando de dogmatismo colonizado pelo eixo da defesa social, já que o autor, apesar de se debruçar sobre os institutos jurídicos (natureza jurídica; função; requisitos; etc.), inclusive recorrendo a diplomas processuais de outros países e à publicação da ONU sobre o “direito de todo indivíduo de não ser arbitrariamente detido, preso ou desterrado”, mantém os pés afincados em primados do direito penal do autor. Ademais, a religiosidade também era matéria recorrente em sua análise processual penal.³²⁴ Exemplifica-se com o trecho abaixo:

³¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lmen Juris, 2010. p. 117.

³²⁰ AMARAL, Augusto Jobim. **O dispositivo inquisitivo**: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2014. 498 f. V. 1. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 102-103.

³²¹ MARQUES, José Frederico. **O direito processual penal em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 130.

³²² MARQUES, José Frederico. **O direito processual penal em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 143 e 146.

³²³ MARQUES, José Frederico. **O direito processual penal em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 149. Dito isso, nesta etapa do trabalho, ter-se-á a obra do autor supracitado como uma pedra angular na construção teórica processual brasileira, especialmente, no que toca à prisão e à liberdade.

³²⁴ TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963.; TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. v. II. Rio de Janeiro: livraria Freitas Bastos, 1963.

Os perigos que o réu poderia oferecer, para a ordem pública, para o processo ou para a execução dependem muito mais de sua personalidade, de seu caráter, de sua formação, que do crime. Em outras palavras: as condições subjetivas do agente e não a importância objetiva do crime é que permitem verificar ou até presumir a perigosidade do agente e a necessidade de prendê-lo.³²⁵

E, por mais que discordasse, em parte, das disposições do código processual penal da época (redação original), no que toca à coação processual, por entendê-la com traços do autoritarismo processual da política do Estado novo,³²⁶ não via óbice em sustentar a prisão preventiva como medida de segurança.³²⁷

O código de quarenta representou a unificação legislativa do processo penal, que se deu a partir do influxo de Francisco Campos. Sustentava Campos que, com o diploma processual, o objetivo era dar maior facilidade e energia à ação repressiva do Estado. Dessa forma, direitos individuais, que eram tidos como escrúpulos formalísticos, deixavam de ser um óbice à plena realização do bem comum.³²⁸

Nesse corte da história, pode-se afirmar que perpassa uma ideologia autoritária,³²⁹ que se caracteriza pela ideia de não igualdade entre os indivíduos e o seu papel para a preservação da ordem social; a crença na ordem e na segurança como bens sociais supremos e a banalização de direitos fundamentais individuais mediante a supervalorização do poder político.³³⁰ E esse Estado de polícia, pautado no princípio unificador da autoridade, acarretou ampla influência na produção jurídico-institucional.³³¹ O novo código de processo penal, para respaldar esse Estado, pressupunha uma presunção de culpabilidade e a fragilização das formas jurídicas. Tratava-se de uma busca pela verdade material.

³²⁵ TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. v. II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. p. 622.

³²⁶ TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. v. II. Rio de Janeiro: livraria Freitas Bastos, 1963. p. 1078.

³²⁷ TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. v. II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. p. 623.

³²⁸ CAMPOS, Francisco. **O estado nacional: sua estrutura seu conteúdo ideológico**. Livraria José Olympio Editora: Rio de Janeiro, 1940. p. 128 e 130.

³²⁹ Campos definia o Estado novo getulista como autoritário por definição e conteúdo, o que não contrariava os brasileiros, já que unia força e direito, ordem e justiça, e autoridade e humanidade. (CAMPOS, Francisco. **O estado nacional: sua estrutura seu conteúdo ideológico**. Livraria José Olympio Editora: Rio de Janeiro, 1940. p. 221.)

³³⁰ MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Org.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 10.

³³¹ MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Org.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 20-21.

Com Malan, entende-se que o ideário político de Campos, no que tange à centralização do poder na figura do presidente e o sistemático intervencionismo em todas as áreas sociais, foi transposto para o processo penal ao passo que insufla o magistrado com poderes para garantir maior eficiência na repressão.³³² Veja-se que Campos, na época da promulgação do Código, era Ministro da Justiça, e entendia as garantias processuais como fator criminógeno. Dessa forma, sustentava que os “interesses individuais” tinham que ceder frente à tutela social.³³³

Discurso embebido naquilo que pensava Manzini sobre a funcionalidade do processo penal e da tutela cautelar. O processo estaria voltado para a realização da pretensão punitiva advinda de um delito, no qual prepondera o interesse repressivo.³³⁴ Nessa ótica, aduz o autor que ser reconhecido como não culpável não equivalia a ser reconhecido como inocente, salvo raras exceções, pois as normas processuais penais não estão voltadas para a tutela da inocência.³³⁵ O interesse prevalente no processo penal é público (coletivo) e o objetivo que o conduz é a descoberta da verdade real. Para realizar essa descoberta, o juiz pode e deve produzir elementos probatórios.³³⁶

No que toca à prisão preventiva, Manzini definiu essa custódia com caráter essencialmente administrativo-processual, nos termos das medidas de segurança, por mais que sejam aplicadas jurisdicionalmente.³³⁷ Ou seja, a prisão tem a função de prevenir a prática de novos crimes. Além disso, a coerção pessoal é respaldada na acessoriedade, uma vez que o indivíduo-objeto do processo deve participar dos atos processuais e estar presente em caso da necessidade de execução da pena. Portanto, a prisão preventiva não se enquadra numa categoria processual unicamente.

Garcia, apoiando-se em Manzini, sustenta que se a “medida de segurança” não tivesse já um significado técnico preciso, poderia ser utilizada sua síntese para definir a custódia preventiva, por sua destinação de acautelar a apuração do crime e sua punição. Ademais, o autor tinha a detenção preventiva como um direito da sociedade, haja vista o interesse daquela na sua

³³² MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Org.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 56.

³³³ MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Org.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 44-45.

³³⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradutores Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América Chile 2970, 1951. p. 247.

³³⁵ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradutores Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América Chile 2970, 1951. p. 253.

³³⁶ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradutores Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América Chile 2970, 1951. p. 260-262.

³³⁷ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradutores Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América Chile 2970, 1952. p. 629.

segurança. Aduz, ainda, desde Garofalo, que a prisão era respaldada inclusive para fazer o suposto autor do crime confessar ou protegê-lo da vingança da vítima.³³⁸

Nessa senda é o posicionamento de Noronha, quando sustenta que a finalidade da prisão é tríplice: “é providência de segurança, é garantia de execução de pena e asseguradora da boa prova processual.”³³⁹

Ferrajoli considera essa a perversão mais grave sofrida pelo instituto “a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrita necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes”,³⁴⁰ pois cria uma presunção de periculosidade e de culpabilidade.

Para Manzini, a necessidade é o propulsor que autoriza a prisão em face do crime, em tese, praticado. Contudo, inúmeros eram os delitos de prisão obrigatória. Ademais, à figura do órgão ministerial era dada a atribuição de determinar a detenção ou o aprisionamento do indivíduo, alargando-se o poder da instituição acusadora. Ferrajoli critica essa postura e sustenta a necessidade de pensar se a custódia preventiva é realmente uma injustiça necessária ou “produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado.”³⁴¹

Os criminosos, para Manzini, são definidos nos moldes da escola criminológica de Ferri, entre habituais e ocasionais, não restando salvação para os primeiros.³⁴² Nessa determinação, são abertas as portas ao exame de critérios que se distanciam em muito do fato criminoso, em virtude de serem agregadas às qualidades pessoais e morais do sujeito como baliza. A presunção de inocência dependeria exclusivamente do acusado. Ou seja, em última análise, é observada a sua utilidade social.³⁴³ Tornaghi, nessa esteira de entendimento, destaca:

A verdade nessa matéria é que só o confronto com o que, no passado, normalmente aconteceu pode levar a uma presunção, pró ou contra. Ainda aqui a sabedoria antiga cristalizou num aforismo a regra a seguir: “pelas coisas

³³⁸ GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. v. III. Revista forense: Rio de Janeiro, 1945. p. 144-145 e 147.

³³⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 221.

³⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 509.

³⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 512.

³⁴² FERRI, Enrico. **Sociología criminal**. Tomo II. Centro editorial de góngora: Madrid, 1900. p. 321-334.

³⁴³ Essa mesma classificação é encontrada na obra de Basileu Garcia. (GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. v. III. Revista forense: Rio de Janeiro, 1945. p. 170.)

passadas, presumem-se as futuras” Neste sentido é que permanecem verdadeiras as palavras de Ferri (...) a presunção de inocência deve valer muito para os acusados de bons antecedentes e pouco para os outros (...).³⁴⁴

Para Ferri, a necessidade suprema é a defesa social. Nesse sentido, a presunção de inocência, de forma a equilibrar os direitos individuais e os da sociedade, deveria regular-se pelo critério da categoria do delinquente e não pelo fato.³⁴⁵ Constituindo-se de um único objetivo: abandonar o tratamento de objeto dado ao réu.³⁴⁶

Esse traço permanece atual. Foi extraído da criminologia positivista, importada e incorporada ao contexto brasileiro, na qual há uma prévia definição de caracteres, por vezes racistas, atribuídos ao âmbito biológico. Nesse interim, a periculosidade se liga a esses indivíduos (*temerità*), vinculando-se a um postulado de necessidade de ordem pública, que não se sabe, ao exato, o que é. O que deixa ainda mais evidente a marca da seletividade do sistema penal e seus dispositivos, que estão vinculados ao sistema econômico, bem como à necessidade das formas punitivas para as relações de produção.

Aduz Ferrajoli que a escola criminológica positiva italiana foi a que mais contribuiu para a inserção dessas medidas de defesa social no ordenamento jurídico italiano, que abrem espaço para o desenvolvimento de articulações policiais no sistema penal, pautados num tipo normativo de autor. O que interessa nesse modelo não é o cometimento do fato delitivo, mas a qualidade pessoal individual. A natureza dessa atuação está inserida num universo mais indeterminado, oriundo das praxes construídas à margem do direito penal.³⁴⁷

Assim como na Itália, no Brasil, com o código de 41, ampliaram-se as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, tornando-a obrigatória em crimes apenados com 10 ou mais anos, foi inserida a análise de categorias pessoais como a vadiagem e a reincidência, e foi reduzido o cabimento de liberdade provisória (redação original do texto).³⁴⁸

Em suma, pode-se visualizar o exposto da seguinte forma: se se amplia a via do subsistema penal preventivo (de polícia), reduz-se, conseqüentemente, a via do processo penal democratizado. De sorte que, em primeiro lugar, é absolutamente significativo definir esse subsistema e suas manifestações, para, no segundo momento, iniciar a contração do seu

³⁴⁴ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Tomo III. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 1083.

³⁴⁵ FERRI, Enrico. **Sociología criminal**. Tomo II. Centro Editorial de Góngora: Madrid, 1900.. p. 193 e 196.

³⁴⁶ TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. p. 274.

³⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 706.

³⁴⁸ GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. v. III. Revista forense: Rio de Janeiro, 1945. p. 162 e 165-166.

ambiente. O aprisionamento preventivo, aqui, insere-se como um dos grandes nós desse subsistema policial, que necessariamente deve ser redimensionado e articulado sobre outras bases que não a periculosidade individual.

3.4 DA PERICULOSIDADE: CATEGORIA ESTRUTURANTE DA CAUTELARIDADE PENAL

Com o trabalho de Prando, resta ainda mais nítida a aliança entre o dogmatismo penal e a periculosidade, de modo que a autora, fazendo uma análise do pensamento dos juristas no período anterior às codificações da década de 40, concluiu pela justaposição de categorias: legalismo perpassado pela periculosidade. A genealogia realizada permitiu avaliar como, na década de 30, no Brasil, não havia a transposição de um movimento criminológico positivista, pautado na defesa social, para um compromisso com a legalidade, mas, sim, uma sobreposição. Observa-se que “o eixo da defesa social submeteu a legalidade às suas exigências, que acentuavam a periculosidade e a desigualdade dos criminosos em sua versão correccionalista.”³⁴⁹

O suposto antagonismo gerado na academia é muito mais estético do que real, o paradigma etiológico se encontra dissolvido, na prática do controle social, com o paradigma dogmático penal. No período, somavam-se tecnicistas-jurídicos que acreditavam na periculosidade “como critério de orientação racional”.³⁵⁰

Na década de 30, período de demandas pela modernização do sistema penal e do controle penal no Brasil, os fundamentos preponderantes utilizados estavam ligados ao saber criminológico e ao controle penal relacionado à defesa social. “O tecnicismo jurídico, por sua vez, só veio a se afirmar em fins de 1930, quando os principais fundamentos criminológicos já haviam se tornado pontos pacíficos e inquestionáveis.”³⁵¹

Dessa forma:

A justaposição de argumentos de correntes teóricas diferenciadas e a tônica do discurso sobre o pragmatismo das reformas penais garantiam a adesão a um projeto político-penal único: a defesa da coletividade/sociedade. Tratava-se de um projeto específico no campo penal que não obedecia aos desdobramentos reformistas-iluministas da centralidade do indivíduo, mas antes fazia sobrepor a importância da “existência coletiva”, que deveria ser eficazmente defendida contra os mesmos daquela coletividade, que, de algum

³⁴⁹ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 17.

³⁵⁰ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 89 e 104.

³⁵¹ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 106.

modo (biológico, social ou cultural), se revelassem inadaptados às suas novas estruturas modernas.³⁵²

Preponderava uma retórica criminológica defensivista, afincada no positivismo criminológico. Por um lado, buscava-se a modernização do controle penal mediante a tecnicização do direito, centralidade da lei, e a uniformidade de sua aplicação, garantindo-lhe eficácia na aplicação das normas e, por outro lado, estava a eficácia do controle penal na defesa social. Dois saberes diversos, acomodados para funcionarem complementarmente.³⁵³ Portanto,

O tecnicismo jurídico surgiu enquanto uma aproximação intuitiva que trazia à tona a centralidade da lei, a necessidade da elaboração de uma técnica legislativa mais precisa e de conceitos dogmáticos a partir de um método jurídico próprio. Conceito que, entretanto, não estiveram livres de fundamentos retóricos dos saberes criminológicos responsáveis por definir o delinquente a partir dos parâmetros de desigualdade/temibilidade. Tratava-se, de um lado, de um movimento para a consolidação do modelo dogmático do direito, e, de outro, da permanência dos saberes híbridos que já estavam pacificamente consolidados no saber dos juristas à época.³⁵⁴

Prando constata, na análise das edições da Revista jurídica de direito penal, nos anos anteriores à reforma do Código Penal, que os autores do período manifestavam claro afã pelo método técnico-jurídico para elaborar o direito. Não obstante, não abandonavam o saber criminológico definido a partir do eixo penal da defesa social, ou seja, era a dogmatização do direito vinculada ao consolidado direito penal do autor.³⁵⁵

Critérios vagos não são rejeitados e postos à margem da legalidade, mas são juridicizados com a codificação, de modo que passam a ser objeto legal, e, com isso, tornam-se pauta dos juristas. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a periculosidade,³⁵⁶ que se tornou protagonista em matéria cautelar. Nessa senda é a pesquisa de Sulocki que, analisando o discurso judicial em *habeas corpus*, encontra fundamentações vinculadas à contenção de

³⁵² PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 117.

³⁵³ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 118.

³⁵⁴ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 135.

³⁵⁵ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 136.

³⁵⁶ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 146.

peças, afinadas com decisões administrativas e vinculadas ao ideário da defesa social, em detrimento dos direitos individuais.³⁵⁷

O jurista se torna o intérprete e ao mesmo tempo, produtor dos saberes atinentes ao controle penal. Prepondera o viés punitivo e repressivo entre a ordem e a liberdade.

A interação criminodogmática do saber do controle penal nos anos de 1930 impulsionou o processo de modernização em dois sentidos: no da burocratização, desenvolvida pela especialização do saber penal, e no da racionalização do poder punitivo, promovida pela centralização da lei na organização do saber e do controle punitivo. (...) dois aspectos fundantes da interação do saber criminológico e dogmático do controle punitivo: a sua organização a partir da legitimação pela defesa social e o seu conteúdo repressivo garantido pela centralidade dos juristas na operação do saber do controle penal. (...) Para além da racionalização promovida pela centralização da lei como fonte da produção do direito, foi o eixo da defesa social e da realização da “justiça” que definiu o processo de concretização dogmática e de poder do jurista em produzir o saber do controle penal.³⁵⁸

O emprego do discurso da defesa social se ampara na necessidade de reestruturação da ordem social no período, que passava por processos de industrialização, inclusão e exclusão de setores da população, trazendo seus reflexos também para a senda penal, que precisava uniformizar a aplicação do direito penal e desenvolver mecanismos de controle e centralidade do delinquente. A ideia de indivíduo não estava atrelada à de limite ao poder punitivo estatal, mas de um objeto passível de ser controlado. O discurso não estava voltado à limitação do poder de punir, mas, sim, como justificativa da intervenção a partir de medidas penais correcionalistas.³⁵⁹

Dito de outra forma, prepondera o critério de defesa social na sua função repressiva, por ser desenvolvida por juristas, afastando-se o caráter terapêutico e a medicalização do direito. O viés correcionalista só era utilizado como forma de ampliação do controle penal sobre o indivíduo e limitado ao ponto de não descaracterizar as funções repressivas.³⁶⁰ O discurso

³⁵⁷ SULOCCI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 17.

³⁵⁸ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 155.

³⁵⁹ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 162 e 201.

³⁶⁰ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 248.

terapêutico perdeu para o discurso da punição, a defesa social tinha o papel justificador e racionalizador do controle pelo viés penal, sendo este o eixo estruturador das reformas legais.

Entre a liberdade e a ordem, era essa última que deveria ser preservada. No discurso penal o delinquente inferior e desigual deveria se subordinar às necessidades da ordem. No discurso político, o indivíduo deveria se subordinar aos interesses da coletividade. Tratava-se da legitimidade pela defesa social subordinando a legitimidade pela legalidade em sua dimensão política.³⁶¹

É de absoluta relevância a pesquisa de Prando para este trabalho, pois, apesar do seu enfoque ser a análise do discurso que precedeu a elaboração do Código Penal, em data muito próxima, deu-se a promulgação do Código de Processo Penal, que finalizou com a regionalização dessa matéria. Ainda, a elaboração dos dois códigos foi dirigida sob a orientação ideológica de Campos.³⁶² Ao que se soma o fato da produção teórica em matéria processual penal ser bastante assistemática antes da década de quarenta, conforme aduz Marques, de forma que a revista jurídica de direito penal transborda um ideário defensivista que integra claramente o pensamento processual penal da época, conforme observado nas páginas anteriores.

Dito isso, o estudo do controle punitivo brasileiro está perpassando pelo uso centralizado da prisão cautelar e no “processo de administrativização da justiça penal que aposta no encarceramento como medida de controle social, demonstrando como a ideologia de defesa social que permeia a segurança pública se derrama sobre o judiciário.”³⁶³

Veja-se que, pelas análises dos trabalhos sobre tutela cautelar no processo penal, constatou-se que a prisão, quando chamada de cautelar, naturalizou-se de tal forma que se deixou de questionar o instituto, respaldando-se na suposta instrumentalidade ou acessoriedade, regulada pela necessidade.

A cautelaridade, nos termos com que é reproduzida atualmente, insere-se no quadro de ideias dominantes, que terminam por distorcer o que se vê e esconder o que não pode ser visto.³⁶⁴ Como que seguindo uma senda de ideias dominantes não explicitadas, ou melhor,

³⁶¹ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 201.

³⁶² CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**: sua estrutura seu conteúdo ideológico. Livraria José Olympio Editora: Rio de Janeiro, 1940. p. 151.

³⁶³ SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 22.

³⁶⁴ SOUZA, Jesse. **A inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015. [Prefácio]

naturalizadas. Delineando uma aparência de forma espontânea, o que não é verídico, já que os constructos jurídicos “são ideias-força de intelectuais e especialistas que se conectam a “interesses poderosos” e logram se “institucionalizar” como leitura dominante de toda uma sociedade sobre si mesma.”³⁶⁵

Claramente, com a citação acima, o que se pretende é a contextualização ao trabalho proposto, pois manter velada a funcionalidade originária da cautelaridade coincide com garantir-lhe a permanência acrítica, nos exatos termos pensados num quadrante da história movido por inspirações fascistas estrangeiras. Assim sendo, logram acobertar articulações de poder, dando opacidade ao seu funcionamento. Possui “caráter difuso e de difícil percepção que se atualiza em práticas institucionais e sociais concretas, mas que nunca ousam dizer de sua efetiva intenção e dinâmica.”³⁶⁶

A prisão preventiva é o mote que oculta uma série de práticas e diretrizes extrajurídicas, de caráter administrativo, que estão para além dos limites processuais. A sua instrumentalidade incorpora escopos alheios à ótica processual penal. Veja-se que utilizar o processo como instrumento de segurança pública, mecanismo de controle da periculosidade, coincide com o encolhimento do Estado e o reconhecimento de sua falência no exercício das suas funções, seja no âmbito das atribuições do poder legislativo ou do poder executivo.

Ao poder judiciário, em tempos nos quais o óbvio deve ser repisado, incumbe justamente a função contramajoritária, resistindo ao influxo midiático, efetivando um núcleo mínimo de garantias individuais. Essas garantias, não é excesso recordar, são historicizadas. “As garantias não são inventos para acobertar criminosos – como pretende a criminologia midiática –, senão o resultado das experiências massacradoras, anteriores aos estados policiais.”³⁶⁷

No Brasil, elas não estão na Constituição, pois representam apenas uma consagração de um modelo de Estado pelo transcurso do tempo. Estão ali ao custo de inúmeras violações aos direitos mais básicos individuais, ocorridas no período que as antecederam e, apesar de incorporadas a esse texto, apresentam uma enorme distância do campo da efetividade plena.

Numa espécie de insurreição dos saberes sujeitados, descortinando o elemento dado, naturalizado, é fundamental apontar que aquilo que parecia ser a excrescência do instituto é a

³⁶⁵ SOUZA, Jesse. **A inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015. p. 12.

³⁶⁶ SOUZA, Jesse. **A inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015. p. 190.

³⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio. **La cuestión criminal**. Disponível em: https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 15.

sua base de construção. Nesse sentido, explica Foucault que esse saber sujeitado, em síntese, coincide com:

(...) conteúdos históricos que foram sepultados, mascarados em coerências funcionais ou em sistematizações formais. Concretamente, se preferirem, não foi certamente uma semiologia da vida em hospício, não foi tampouco uma sociologia da delinquência, mas sim o aparecimento de conteúdos históricos o que permitiu fazer, tanto do hospício como da prisão, a crítica efetiva.³⁶⁸

Dessa forma, esses saberes sujeitados são conhecimentos históricos e estão inseridos e disfarçados dentro de conjuntos funcionais e sistemáticos. A fim de fazer esse resgate, é necessário, inclusive, incluir o saber das pessoas, que, regularmente, é compreendido como hierarquicamente inferior. Com isso, logra-se delinear uma genealogia, que cuida do acoplamento do conhecimento erudito e das memórias locais, criando um saber histórico.³⁶⁹

trata-se, na verdade, de fazer que intervenham saberes locais, descontínuos, desqualificados, não legitimados, contra a instância teórica unitária que pretenderia filtrá-los, hierarquizá-los, ordená-los em nome de um conhecimento verdadeiro, em nome dos direitos de uma ciência que seria possuída por alguns.³⁷⁰

Dentro da coerência do modelo cautelar como instrumento de um instrumento, e sua sistematização no diploma processual penal, foi sepultado o conteúdo histórico dessa espécie de tutela moldada na década de quarenta. Assim sendo, utiliza-se da genealogia, nos termos desenvolvidos por Foucault, como uma tática que intervém, mediante discursividades, despreendendo os saberes, como forma de reconstruir o próprio conjunto.³⁷¹

Destaca-se que não há óbice à discussão de como se formou a tutela cautelar contemporânea pelo fato de haver disposição constitucional autorizando o uso da prisão preventiva, ou mesmo, pelas disposições do Código de Processo Penal reformado. Com Foucault, entende-se que a criação de uma lei não coincide com a pacificação, inclusive temática, “pois, sob a lei, a guerra continua a fazer estragos no interior de todos os mecanismos

³⁶⁸ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 8.

³⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 9.

³⁷⁰ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 10.

³⁷¹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 11.

de poder, mesmo os mais regulares. A guerra é que é o motor das instituições e da ordem: a paz, na menor das engrenagens, faz surdamente a guerra.”³⁷²

Aventar o que move essa espécie de tutela é construir a sua genealogia, ou seja, trazer à tona elementos históricos, integrantes da sua formação que, atualmente, são mascarados dentro do significativo cautelar, que paralisou o seu significado na instrumentalidade processual. Nesse sentido, Tornaghi: “qualquer que seja a finalidade da prisão preventiva, é ela sempre cautelar e instrumental.”³⁷³ Em sentido oposto, destaca Ferrajoli a insuficiência da adequação terminológica como ocorreu na Itália, no ano de 1984, que passou a chamar a “custódia preventiva” de “custódia cautelar.”³⁷⁴

Fica evidenciado que existem caracteres, que se busca extirpar das medidas nominadas cautelares, que são constitutivos delas. Não são elementos anômalos, advindos de tempos de crise, que foram congregados com o passar dos anos a partir de uma formatação temporal e espacial do instituto. São integrantes da formação da cautelaridade penal, que se tornou o elemento discursivo com capacidade de acobertar seus traços estruturantes.

Por conseguinte, a escolha por medidas tem uma clara relação com a noção de segurança e imediatismo. Ao que se agrega o discurso emergencial como motor de demandas pautadas em políticas criminais mais e mais repressivas. Ao designar essas medidas de cautelares, torna-se possível deslocá-las do âmbito administrativo ao judicial. Com Zaffaroni, concorda-se quando aduz que:

La expresión medida cautelar –tomada del proceso civil– es un claro eufemismo, que siempre es una forma de lenguaje encubridor, propio de todo poder punitivo de modelo inquisitorial; Spee lo hacía notar cuando los inquisidores llamaban confesión voluntaria a la que prestaba la mujer después de haber sido colgada y descoyuntada, y no voluntaria sólo cuando se aplicaban otras torturas. Los nazis usaban tratamiento especial, alejamiento, internación especial, limpieza, solución. Nosotros escondemos la pena sin condena como medida cautelar.³⁷⁵

Aqui, destaca-se a simbiose entre medida cautelar e medida de segurança e a consequente incorporação na seara cautelar da periculosidade como seu fundamento. Alguns

³⁷² FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 43.

³⁷³ TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. v. II. Rio de Janeiro: livraria Freitas Bastos, 1963. p. 616.

³⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 712.

³⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio. **La cuestión criminal**. Disponível em: https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018.

autores apontam a relevância da substituição do termo preventivo pelo cautelar, de forma a delimitar a área de atuação, mas isso, por si só, não elimina a finalidade no uso de medidas voltadas aos indivíduos que se enquadram na categoria de “perigosos”.

Explica Zaffaroni que:

(...) O poder punitivo não se dedica a eliminar essa emergência, mas a alargar a verticalização do controle social. É um instrumento discursivo, que permite a permanência dos principais núcleos estruturantes: A gravidade do crime é exaltada como forma de legitimação do perigo da emergência e do poder para combatê-la. Essa só pode ser combatida mediante uma guerra. Explica o autor que a idade média não terminou, basta observar como se trabalha com medidas administrativas de segurança para os perigosos.³⁷⁶

Portanto, finalmente, assumir como constitutiva a faceta defensivista da cautelaridade, no Brasil, corresponde a uma mudança de paradigma. “La caída de la estantería” é fundamental para iniciar a construção de uma tutela cautelar afinada a um modelo processual penal que se quer democrático, já que, um grande indício que se está frente a um processo penal de cariz autoritário é o uso dado à prisão cautelar.

Por mais que possa se levantar o argumento de que as medidas cautelares possuem fundamentos de aplicação estritamente cautelares – como o resguardo do processo – se observada a operacionalidade da categoria periculosidade na aplicação dessas medidas, resta clara a sua responsabilidade preponderante no aprisionamento dito cautelar. Dessa forma, a sua funcionalidade, para além dos outros fundamentos, ancora-se em critérios de segurança pública. São medidas amorfas que, embora sejam judiciais, ou seja, pertencentes e dependentes da jurisdicionalidade do julgador, trazem como núcleo a gestão de uma periculosidade social.

Algo que, na análise mais rasa, sustenta-se pelas estatísticas oficiais de aprisionamento no Brasil. Apesar da inclusão de medidas cautelares diversas em 2011 e da realização de audiências de custódia desde 2015, o país permanece com um patamar de 40% de presos cautelares. Ademais, o controle de um contingente populacional, mediante essa espécie de tutela, ampara-se no fato de que esse *quantum* tem permanecido inalterado nos últimos anos, acompanhando o massivo crescimento da população carcerária, o que estabelece uma representatividade constante de presos controlados sob essa matriz.

Soma-se a esses dados o exame de quem se prende e por quais delitos. Pode-se afirmar que há uma construção de condutas e de sujeitos como elementos formadores de um núcleo da

³⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio. **La cuestión criminal**. Disponível em: https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018.

seletividade penal, composto pelos “outros”, os inimigos contemporâneos na acepção de Zaffaroni. Nesse sentido, é precisa a lição do autor quando destaca que “la peligrosidad es un elemento de todo discurso genocida: en base a los delitos que algunos cometen – o que se les imputan – se considera que todos los integrantes del grupo son peligrosos y conforme a eso se construye el ellos.”³⁷⁷

Nessa perspectiva, adentra a medida de polícia – o saber de polícia – que foi delineado numa ótica de segurança pública e gestão dos indesejáveis, da periculosidade de determinados grupos. Aqui, residem as práticas de administração e categorização. E a prisão surge como o formatador social, o grande mecanismo de exercício de poder que permite gerir a pobreza.

³⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio. **La cuestión criminal**. Disponível em: https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018.

3.5 O DISPOSITIVO DE POLÍCIA E SUA SIMETRIA COM O PAPEL DESEMPENHADO PELA CAUTELARIDADE

Camposi, quando analisa o dispositivo policialesco, estabelece a insuficiência de pensar a polícia como um aparelho voltado à prevenção e repressão do delito, uma vez que essa concepção não dá conta da experiência desenvolvida pela instituição, na história moderna da sociedade ocidental, nem da complexidade e vastidão das funções desenvolvidas.³⁷⁸

Explica o autor que a polícia é percebida como uma instituição estranha à sociedade civil, sobre a qual se impõe, com funções parajudiciais e repressivas, visando à preservação e conservação de uma ordem política e jurídica determinada. A noção de segurança traz exatamente essas dimensões. A instituição assumiu um papel crucial para além da simples defesa e preservação da ordem, mas na sua produção. Ela desempenhou o papel de tecnologia política chamada ao governo da população. É uma combinação de violência que põe o direito e o conserva e, dentro de certos limites, é sempre ilegítima e não sujeitável ao controle desse.³⁷⁹

Em suma, a polícia, pautando-se pela ideia de “segurança”, atua em casos nos quais não há uma clara situação jurídica. Ocupa uma posição ambígua entre o poder legislativo e o jurisdicional, o que acarreta que sua força, por vezes, manifeste-se em forma de pura violência. Essa ambiguidade apresenta uma ilegalidade latente, que tende a escapar ao monopólio do uso legítimo da força cristalizado no Estado de direito, que se dá mediante a observância da lei e o julgamento. O que a situa no âmbito de uma atividade política de governo.

Portanto, para Camposi, a evolução da noção de polícia reflete essa moderna razão de governo, centrada na disciplina dos processos econômicos e sociais iniciados pelo capitalismo. Essa noção sintetiza a evolução intelectual que, durante a idade moderna, vem se articulando em um jogo de apoios entre o saber político-jurídico e o saber político-administrativo.³⁸⁰ O que permite afirmar que o dispositivo policialesco foi criado em torno a dois processos intelectuais: o da emergente disciplina jurídica, que fixou uma esfera pública soberana, e o de um saber político-administrativo, que é o como proceder da ação soberana no espaço interno.

³⁷⁸ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre corte, 2009. [Introdução]

³⁷⁹ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre corte, 2009. [Introdução]

³⁸⁰ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre corte, 2009. p. 58.

Necessário, fazer um recorte para explicar o que se entende por dispositivo. Agamben sustenta que o dispositivo consiste em um termo geral, um conceito operativo universal.³⁸¹ É a “disposição de uma série de práticas e de mecanismos (ao mesmo tempo linguísticos e não-linguísticos, jurídicos, técnicos e militares) com o objetivo de fazer frente a uma urgência e de obter um efeito.”³⁸² Com isso, o dispositivo vem para assumir a esfera semântica da “oikonomia teológica”, isto é, refere-se “a um conjunto de práxis, de saberes, de medidas, de instituições cujo objetivo é de administrar, governar, controlar e orientar, em um sentido em que se supõe útil, os comportamentos, os gestos e os pensamentos dos homens.”³⁸³ Assim, estabelece um conceito bastante largo e impreciso.

Por outro lado, o conceito de Deleuze é mais elucidativo quando expõe que o dispositivo pode ser definido como um novo. E assim sendo, as suas linhas possuem naturezas distintas, direções variadas, que dão sustento a processos em desequilíbrio. Dessa forma, as instâncias, *poder, saber e subjetividade* não possuem contornos definitivos.

Os dispositivos são formados por “linhas de visibilidade, de enunciação, linhas de forças, linhas de subjetivação, linhas de ruptura, de fissura, de fratura que se entrecruzam e se misturam enquanto umas suscitam outras através de variações ou até mutações de disposição.”³⁸⁴ Pertence-se a certos dispositivos e se trabalha neles. Estes congregam o arquivo (o que se é e se deixa de ser) e o atual (esboço do que se está sendo).³⁸⁵ As linhas que os integram não possuem coordenadas constantes, por isso o repúdio aos universais:

O uno, o todo, o verdadeiro, o objeto, o sujeito, não são universais, senão que são processos singulares de unificação, de totalização, de verificação, de objetivação, de subjetivação, processos imanentes a um determinado dispositivo. E cada dispositivo é também uma multiplicidade na qual operam

³⁸¹ Agamben define o dispositivo como um termo técnico decisivo para a compreensão do pensamento de Foucault. Nesse sentido, o sintetiza a partir de três pontos: “1) É um conjunto heterogêneo, que inclui virtualmente qualquer coisa, linguístico e não-linguístico no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de segurança, proposições filosóficas etc. O dispositivo em si mesmo é a rede que se estabelece entre esses elementos. 2) O dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre em uma relação de poder. 3) É algo de geral (um *reseau*, uma “rede”) porque inclui em si a episteme, que para Foucault é aquilo que em uma certa sociedade permite distinguir o que é aceito como um enunciado científico daquilo que não é científico.” (AGAMBEN, Giorgio. **O que é um dispositivo?** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/download/12576/11743>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 9-10)

³⁸² AGAMBEN, Giorgio. **O que é um dispositivo?** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/download/12576/11743>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 11.

³⁸³ AGAMBEN, Giorgio. **O que é um dispositivo?** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/download/12576/11743>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 12.

³⁸⁴ DELEUZE, Gilles. ¿Qué es um dispositivo?. In: Balbier, E. et al. **Michel Foucault filósofo**. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 157-158.

³⁸⁵ DELEUZE, Gilles. ¿Qué es um dispositivo?. In: Balbier, E. et al. **Michel Foucault filósofo**. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 160.

esses processos em andamento, diferentes daqueles processos que operam em outro dispositivo.³⁸⁶

Retomando, o primeiro conceito de polícia, na Europa, estava vinculado ao espaço do governo local e ao da cidade. Referia-se às regras e às disciplinas essenciais ao desenvolvimento da vida econômica, à necessidade de governar um complexo de atividades econômico-sociais (diversamente da economia de subsistência presente anteriormente). É um novo âmbito da atividade pública que carrega a ideia de governo da sociedade, polícia de território, econômica e da população.³⁸⁷

As atividades da polícia, naquele período, estavam divididas nessas três grandes áreas. À polícia do território correspondia a disciplina do espaço da vida, ou seja, estava vinculada à potencialidade econômica e social da nação. Uma racionalidade pensada para a projeção de um ambiente artificial, capaz de favorecer o desenvolvimento econômico, e, ao mesmo tempo, minimizar os riscos do urbanismo (epidemia, crime, revolta).³⁸⁸ Por outro lado, a polícia econômica tinha o mercantilismo como uma filosofia de governo. Já a polícia da população devia controlar a população, que se tornou uma mistura de força militar e econômica. Portanto, devia garantir a saúde física e a capacidade produtiva da pessoa.

Conduzir o homem à felicidade e cuidar do bem-estar da alma com a disciplina da vida religiosa e dos costumes; o bem-estar do corpo mediante o controle sanitário e da fortuna com o controle da atividade produtiva e comercial. A polícia aparecia como um novo nível da ação de governo: um conjunto de conhecimentos e meios institucionais para fazer os lucros e as riquezas do Estado crescer.³⁸⁹

O dispositivo policial, de uma certa forma, integrava um objetivo político ilimitado. Fazer crescer a prosperidade do Estado implicava a capacidade de interferir, dirigir e regular qualquer atividade humana enquanto esta pudesse ter uma relação, ainda que indireta, com a riqueza e a prosperidade do Estado.

Na idade moderna, o campo de atuação da polícia é enorme e não se restringe apenas à garantia da segurança, mas também à da felicidade. Os campos de atuação eram os mais variados, entre eles: a religião; a disciplina dos costumes; a saúde; a alimentação; a segurança

³⁸⁶ DELEUZE, Gilles. ¿Qué es un dispositivo?. In: Balbier, E. et al. **Michel Foucault filósofo**. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 158.

³⁸⁷ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 82 e 94.

³⁸⁸ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 131.

³⁸⁹ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 108.

e a tranquilidade pública; a ciência e a arte; o comércio, a manufatura e a arte mecânica; os serviços domésticos; trabalhadores manuais e os pobres.³⁹⁰

Governar os potenciais de desordem e insubordinação, adaptando a população aos novos objetivos econômicos e produtivos do Estado era o foco da atuação. Para tanto, criavam-se critérios classificatórios, tais como os de distinção entre pobre habilitado ao trabalho, não habilitado e o ocioso/vagabundo. Sendo reservado a este último um tratamento punitivo, privando-o de qualquer compensação por trabalhos forçados, sujeitando-os, muitas vezes, ao antigo sistema de penas infamantes. A pobreza se tornou um fenômeno social que correspondia à falta de fibra moral individual. A legislação e o discurso sobre o pobre permitiram implantar um complexo policial disciplinar que ambicionava assegurar a produtividade e a participação na vida econômica do país. Em vias finais, visavam a eliminar a mendicância e a vagabundagem.³⁹¹ Nessa ótica:

A vagabundagem é o elemento a partir do qual os outros crimes se especificarão. É a matriz geral do crime, que contém eminentemente todas as outras formas de delinquência, não como virtualidades, mas como elementos que a constituem e a compõem.³⁹²

O risco está presente no vaguear, não estar fixado em um espaço e ser determinado pelo trabalho. Os criminosos são concebidos como inimigos sociais, haja vista a sua posição no processo de produção e recusa ao trabalho. As razões do internamento não estavam apenas nas exigências econômicas imediatas. Em sua base, havia também casos atinentes à regulação da moral e de razões disciplinares. No grande internamento de pobres e vagabundos, ocorrido durante a era moderna, certamente se tem o núcleo original das instituições disciplinares modernas.³⁹³

O relacionamento entre o poder de polícia e as classes populares traz à tona o laboratório de práticas administrativas que almejavam a identificação e categorização dos indivíduos. Evidencia um complexo instrumento de recolhimento e tratamento de informações que constituíram a base institucional para o saber de polícia.³⁹⁴

³⁹⁰ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 126.

³⁹¹ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 145-146.

³⁹² FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 43.

³⁹³ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 148.

³⁹⁴ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 148.

O projeto de ortopedia individual e social não se restringe aos espaços específicos de controle, pois agrega o espaço aberto e não disciplinar, logrando vigiar áreas a que nenhuma outra instituição chegaria. Com isso, consegue disciplinar o espaço não disciplinável.³⁹⁵ No projeto de disciplinamento e regulamentação social da idade moderna, o cerne é o dispositivo policial. Seu instrumento de atuação não estava ancorado no direito comum e em provimentos jurisdicionais, mas em uma tecnologia governamental chamada para moldar uma nova forma de convivência.³⁹⁶

A polícia aparece como uma instância necessária: “que vigie, não a aplicação das leis, mas, antes desta, a moralidade dos indivíduos. As leis então nada mais são que aquilo que dá a tais organismos de vigilância a possibilidade de intervir e agir no nível da moralidade.”³⁹⁷

Explica Foucault que “a partir do fim do século XVIII, tem-se a instauração de toda uma série de instituições que vão, precisamente, instituir o personagem do criminoso como inimigo social e defini-lo na prática como tal.”³⁹⁸ No mesmo período em que, dentro da instituição penal, era formulado e posto em prática o princípio do criminoso como inimigo social, aparecia uma nova tática punitiva: a reclusão.³⁹⁹

A prisão tornava-se o sistema de castigo, o bem sem o qual a vida se tornava um suplício, em relação à liberdade, somente com a sua privação ter-se-ia uma pena real, repressiva e duradoura. Ainda, essa pena poderia ser graduada conforme os graus de perversidade e nocividade da conduta:⁴⁰⁰

Pode-se dizer que ao fim dos vinte primeiros anos do século XIX o aparato estatal encarregou-se essencialmente do sistema coercitivo, que por sua vez se enxertou no sistema penal, de modo que se teve um sistema penal que, pela primeira vez, era um sistema penitenciário. Em suma, estamos diante de algo que eu chamo de sociedade punitiva, ou seja, uma sociedade na qual o aparato judiciário desempenha, ademais, funções corretivas e penitenciárias. Esse é o ponto de chegada.⁴⁰¹

³⁹⁵ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 153.

³⁹⁶ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 157.

³⁹⁷ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 102.

³⁹⁸ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 33.

³⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 58.

⁴⁰⁰ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 60.

⁴⁰¹ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 129.

Com o final do século XVIII, a era da polícia moderna chegava ao fim. O conceito de polícia começava a restringir seu escopo semântico – uma polícia em sentido estrito estava em formação. Esse desmembramento da polícia moderna desencadeou uma geral dispersão do poder policial, transformando radicalmente a natureza do dispositivo de polícia.

A um governo da periculosidade social cumulava-se a exigência de um governo dos riscos sociais, sempre crescentes, haja vista o processo de expansão demográfica e industrial. Perdida a função de direção da vida econômica, no século XIX, a polícia restringia-se a um instrumento fundamental de política social e governo das classes populares.⁴⁰²

Nesse período, surgia uma discursividade que amarrava o cotidiano, o individual, o íntimo, o corporal, o sexual definido por instâncias de sequestração.⁴⁰³ A prisão entrava aqui como uma inovação radical em termos de instrumento penal, que nascia disfuncional, por ser desprovida da capacidade de reduzir o número de criminosos e a reincidência. A sua justificativa encontrava amparo na formatação social: “forma segundo a qual o poder é exercido no interior de uma sociedade – a maneira como ele extrai o saber de que precisa para se exercer e a maneira como, a partir desse saber, ele vai distribuir ordens e prescrições.”⁴⁰⁴

Havia uma fissura entre os discursos, podendo ser considerada uma tática global, que cuidava da perpétua tentativa do sistema penitenciário de escapar à penetração do jurídico e da lei, bem como do esforço do sistema judiciário para controlar o sistema penitenciário. “A lei não penetra as prisões”, de forma que quem prendia, não punia, controlava:

A inserção da prisão no sistema das penas é um fenômeno que se entrecruza com estas, mas não foram estas que acarretaram, como consequência lógica nem mesmo como consequência histórica direta, a utilização quase exclusiva da prisão como instrumento punitivo. Há uma heterogeneidade entre esses dois processos: por um lado, o da derivação discursiva que leva a formular o princípio do criminoso como inimigo social e, por outro, o da punição.⁴⁰⁵

A única variável capaz de introduzir as modulações é o tempo. A prisão é o sistema que substitui todas as variáveis previstas nos outros modelos por apenas uma: a variável tempo. A pena responde à infração não em termos de reparação ou ajustamento, mas em termos de

⁴⁰² CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 158.

⁴⁰³ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 198.

⁴⁰⁴ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 206.

⁴⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 61.

quantidade de tempo de liberdade.⁴⁰⁶ “O tempo que resta para viver é aquilo de que a sociedade vai apropriar-se para punir o indivíduo.”⁴⁰⁷

A época da polícia geral se encerrava e se iniciava a época da polícia de segurança. Então, esta estava intimamente associada à função judicial repressiva. E numa função preventiva que ficava, mais ou menos, independente do poder judiciário, criando uma esfera de ação estritamente policial. Havia a polícia judiciária e a de segurança.⁴⁰⁸

Nesse contexto, a visão de polícia é desprovida de qualquer referência à regulação do comércio e da atividade produtiva, estando mais próxima de uma polícia de território, vinculada à limpeza do lugar, voltada aos riscos do crescimento demográfico das cidades, governo das classes populares. A pobreza figurava como elemento essencial à dinâmica do processo econômico. Ou seja, o trabalho da polícia não era eliminar a pobreza, mas a sua gestão.⁴⁰⁹

Essas pessoas que viviam do trabalho dos outros podem ser definidas como a primeira categorização europeia de uma classe perigosa.⁴¹⁰ Para cumprir o fim de governo da periculosidade social, a instituição gozava de amplos poderes de detenção. Existiu uma reversão da noção de polícia, mas que não teve o efeito de reduzir a polícia a uma instituição que serve ao Judiciário. A polícia era chamada para gerir os custos políticos e sociais de uma determinada dinâmica.⁴¹¹

Campesi conclui que, de um certo modo, foi posto ao centro da atividade de polícia a garantia da segurança. Dividida em polícia judiciária (atividade complementar e preparatória em relação à aplicação do direito); de segurança (age preventivamente, usando os meios específicos de coação); e municipal (correto governo da coisa e do lugar). Esse foi o modelo principal que inspirou a polícia dos países ocidentais, estabelecendo-se uma estreita relação da ação da polícia com a atividade jurisdicional, posta à tutela do ordenamento jurídico.

A polícia como uma tecnologia política da gestão do perigo que defendia o interesse público, de sorte que fica clara a natureza do poder de polícia como uma tecnologia de

⁴⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 65.

⁴⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 66.

⁴⁰⁸ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 175.

⁴⁰⁹ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 211-212.

⁴¹⁰ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 214.

⁴¹¹ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 221.

segurança,⁴¹² que não se encarregava apenas do fato e da ação perigosa (ação imediata), mas cuja função, acima de tudo, era o governo das pessoas perigosas (prevenção mediata).⁴¹³

A atividade preventiva da polícia era chamada a gerir a complexa relação entre perigo e segurança. Evitar a multiplicação do risco social, que incidia sobre a esfera pessoal, e neutralizar a periculosidade social de determinada classe de indivíduos. A atividade da polícia fugiu ao controle da instância judiciária, já que é impossível que a lei arrolasse, em abstrato, todos os casos nos quais a polícia deveria atuar e tratar de todas as circunstâncias e perfis de todas as pessoas perigosas. Dessa forma, ficam a critério da autoridade policial essas definições.⁴¹⁴

Há um discurso criminológico próprio. A tendência à delinquência, aquilo que se chama “periculosidade social”, é uma maneira de recodificar, em termos penais, uma espécie de categoria psicológica que não é seara dos Tribunais.⁴¹⁵ O que estava em andamento não era tanto a eliminação da delinquência, mas o objetivo do sistema penal era romper com um *continuum* de ilegalismo popular, organizando o mundo da delinquência. Para tanto, dois instrumentos foram empregados, o primeiro era ideológico: delinquente é inimigo social, somado ao instrumento prático: a prisão.⁴¹⁶

Ademais, pretender detalhar os critérios de sua ação desnatura o caráter prudencial que o governo da periculosidade social tem sempre assumido.⁴¹⁷ É o instrumento chamado, cotidianamente, a uma ação de fato contra o perigo e o risco que pode derivar do uso das coisas, da conduta ou do caráter das pessoas. O dispositivo da segurança pública, mais do que se voltar ao ilícito, é chamado a se encarregar da gestão do perigo, agindo de forma independente da lesão a um bem jurídico. A tecnologia de segurança fica responsável por um complexo de fenômenos que, com plasticidade e equipada com uma normatividade intrínseca, governa essa dinâmica e os gere dentro de limites tidos como toleráveis.⁴¹⁸

⁴¹² CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 223.

⁴¹³ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 225.

⁴¹⁴ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 226.

⁴¹⁵ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 164.

⁴¹⁶ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 139.

⁴¹⁷ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 226.

⁴¹⁸ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 227.

Nesse sentido, a coerção é aquilo que estabelece um nexo entre moral e penalidade.⁴¹⁹ Com a singularidade de poder criar aparatos para controle e fiscalização, que se encontram entre o judiciário e o não judiciário, livrando-os de observar formalidades da justiça. É justamente com a observação de alguns mecanismos criados no século XIX que se logra perceber a perfeita continuidade entre o punitivo e o penal:

A partir daí, ter-se-á uma trama ininterrupta que prolonga a justiça até a vida cotidiana; como capilarização da instância de julgamento, idas e vindas perpétuas entre o punitivo e o penal. (...) o setor punitivo era relativamente independente do sistema penal. (...) No século XIX tem-se um sistema muito sutil, que comportava continuidade entre o punitivo e o penal, apoiando-se em várias leis, medidas e instituições.⁴²⁰

A polícia perdeu o objetivo ambicioso de disciplinar cada aspecto da vida econômica e social da nação. A segurança pública representou, especificamente, a forma de racionalidade política, pensada pelo governo para a minimização dos riscos típicos do urbanismo e do industrialismo através da ação conjunta sobre o território e população.⁴²¹ O aparelho policial desenvolveu uma complexa rede de funções na sociedade liberal moderna, muito além da garantia do direito, produzindo as condições à existência da moderna sociedade industrial.

Com isso, tem-se um instrumento institucional que, no contexto político e social traçado pela cultura neoliberal, fica à margem da lei e da justiça e se torna o instrumento de governo da população e da insegurança nas sociedades contemporâneas.

É factível concluir que a atuação hodierna da polícia é espelho da sua construção como um dispositivo voltado ao controle da segurança, gerindo a periculosidade social. Nesse sentido, é que pode traçar-se uma simetria com a cautelaridade penal. Observá-la como uma das dimensões desse dispositivo, uma das linhas que integram, atravessam e arrastam esse conjunto.⁴²²

Esta última tem ocupado um lugar híbrido, pois representa uma racionalização técnico-jurídica para administrar categorias de indivíduos perigosos. A prisão, nos moldes atuais, inscreve-se numa prática judicial, contudo, de natureza administrativa, que governa uma suposta periculosidade.

⁴¹⁹ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 103.

⁴²⁰ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 179.

⁴²¹ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 228.

⁴²² DELEUZE, Gilles. ¿Qué es um dispositivo?. In: Balbier, E. et al. **Michel Foucault filósofo**. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 155.

Com Sulocki, compreende-se que é justamente no poder atribuído à polícia que se encontra a atribuição da manutenção da ordem e da prevenção de riscos, antecipando-se as barreiras da punição. Com isso, “o inimigo, em razão do risco futuro que seu comportamento pode trazer, está sujeito a medidas policiais de segurança.”⁴²³ Está-se no âmbito do direito penal do autor e a periculosidade individual é o foco de atuação.

A medida cautelar, nessa ótica, é utilizada como medida de contenção, com natureza mais administrativa do que judicial, ao passo que se funda na necessidade de defender a sociedade. Inclusive, termos biologizantes são empregados para fazer referência àqueles que praticam crimes e são passíveis de sofrer medidas de contenção administrativas.⁴²⁴

Sulocki, com precisão, explica o vazio jurídico criado pelo Estado de exceção, que admite medidas excepcionais em face do perigo iminente. Lembrando que esse artifício do discurso emergencial, de Estado de exceção, não é novidade no Brasil, sendo reiteradamente utilizado. Há uma intersecção entre o jurídico e o político, que se transmuta de medida excepcional em política de governo:

A operação jurídica que o estado de exceção faz, eliminando justamente o estatuto jurídico do indivíduo, condição básica para existir, inclusive político, leva à suspensão da própria vida, já que o indivíduo passa a não ter a multiplicidade de formas de vida, apenas a vida nua [não-pessoa ou vida biológica]. Neste espaço de ordem jurídica neutralizada abre-se um espaço de ação extrajurídica, embora reivindique a aplicação do direito, na qual a liberdade é restringida, até eliminada, para garantia de uma suposta segurança diante de uma sociedade de risco, na qual se está permanentemente exposto a perigo.⁴²⁵

Essa aproximação da cautelaridade é factível pela maleabilidade presente no dispositivo de polícia, que traz um repertório de competências que se dilatam para compreender um manancial de funcionalidades. E a sua solidez e permanência coincidem exatamente com a sua maleabilidade, capaz de conglomerar estratégias diversas, aptas a gerir as urgências punitivas, advindas do risco.

⁴²³ SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 83-84.

⁴²⁴ SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. 88-89 e 95.

⁴²⁵ SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 100.

No ponto, a codificação processual penal atua como o meio que viabiliza essa intervenção ao passo que inclui categorias estranhas à seara jurídica. Os instrumentos que permitiram e cancelaram o estreitamento das atividades policiais permanecem os mesmos, pois soma-se a construção ideológica do inimigo social ao meio prático de atuação que é a prisão.

Explica Ferrajoli que a Itália é um país-guia na duplicação do sistema punitivo e criou dois subsistemas: o estritamente penal e o de polícia, de ordem pública. Assim foi possível dissolver garantias individuais com jogos de palavras: “chamando “medidas” de prevenção, ou de segurança, ou cautelares, ou de polícia sanções restritivas ou limitações processuais à liberdade substancialmente similares às penas, liberando-as, contudo, de todos os impactos garantistas.”⁴²⁶

Então, se, por um lado, pode-se falar num direito penal e processual conduzido pela estrita legalidade e pela submissão à jurisdição, com observância às garantias inerentes a esse modelo, por outro, tem-se um “direito penal e processual penal administrativo, de atribuição em grande parte da polícia, mas também, em parte da magistratura, e dominado de forma ampla pela discricionariedade administrativa.” Este segundo é o direito penal e processual de polícia, que se direciona à prevenção do cometimento de crimes e se ocupa das turbações da ordem pública, elaborado através da defesa social, situado antes do delito ou para além dele, e de aplicação administrativa, voltado aos sujeitos definidos como perigosos ou suspeitos.⁴²⁷ Dito isso:

de um lado, periculosidade e suspeito são, pela sua natureza, incompatíveis com as formas de estrita legalidade, dado que fogem a uma clara predeterminação legal e deixam espaço a medidas em branco baseadas em valorações tanto opinativas quanto não controláveis. De outro lado, estas medidas não têm relação apenas com interesses gerais, legitimamente administráveis pelo Executivo por força de sua investidura majoritária, mas incidem em direitos e liberdades individuais, cujas limitações deveriam ser subtraídas do poder administrativo, ou da maioria, e sujeitas em via exclusiva às formas jurisdicionais.⁴²⁸

Evidentemente, não se desconhece que a custódia cautelar e as medidas de segurança são de competência da autoridade judiciária. Todavia, todas elas apresentam caracteres

⁴²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 705.

⁴²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 705-706.

⁴²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 707.

substancialmente administrativos e não jurisdicionais, primeiro pela “natureza não retributiva (de um fato antijurídico), mas preventiva, ou quando muito, cautelar; em segundo lugar, e conseqüentemente, por sua natureza em prevalência potestativa que, de fato, dela subtrai integralmente todas as garantias sejam penais ou processuais.”⁴²⁹

Com isso, o somatório dessas medidas cria um sistema processual preventivo, com tanta ou mais capacidade de repressão e controle social do que o sistema processual ordinário. De modo que se:

impõe tratar este instituto como uma medida preventiva e policialesca, pertencente por esta razão não ao subsistema penal e processual penal ordinário, mas àquele administrativo. É verdade que o encarceramento preventivo é o momento do processo ordinário e é ordenado por um juiz. Todavia, por causa dos seus pressupostos, da sua modalidade e da sua dimensão assumida, tornou-se o sinal mais vistoso da crise da jurisdição, da tendência a tornar mais administrativo o processo penal e, sobretudo, da sua degeneração no sentido diretamente punitivo.⁴³⁰

Ter um índice de encarceramento provisório, que permanece estável, com o passar dos anos, ainda que se tenham incluído, na legislação processual penal ordinária, outras medidas cautelares, que não a prisão, transcende a justificativa da “cruel necessidade” por finalidades processuais. Um percentual que permanece na casa dos 40%, apesar de todas as alterações legislativas voltadas ao desencarceramento, diz respeito à governabilidade de pessoas mediante o uso do cárcere, que prescinde de tramitação processual.

Ainda, tem relação com a funcionalidade subterrânea do instituto que de nenhuma forma pode ser pensada como algo acidental ou decorrência única do populismo punitivo e da vontade de punir, que perpassa a sociedade como um todo. O uso, para fins de defesa social da prisão cautelar, é parte fundamental da sua criação como mecanismo repressivo e de controle social. Dessa forma, esse esclarecimento do instituto parece pressuposto para que se possa pensar na construção de uma cautelaridade penal diversa da atual.

No próximo capítulo, buscar-se-á o respaldo, na prática forense, ao desenvolvimento teórico até o momento apresentado. Nesse sentido, verificar-se-á, com base nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, a operacionalidade de palavras-chave, permeadas pela ideologia da defesa social e do eficientismo penal, em sede cautelar, aproximando a atuação do judiciário, nessa seara, ao âmbito administrativo.

⁴²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 711.

⁴³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 711.

4 OS CONTORNOS DA TUTELA CAUTELAR NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Neste capítulo, examinar-se-á o emprego da tutela cautelar pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Com isso, mediante uma pesquisa empírica, empreendida entre os anos de janeiro 2013 e janeiro de 2018, pretende-se elaborar um panorama jurisprudencial, estudando o discurso presente na aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal.

Este capítulo, assim como o anterior, percorre a hipótese de que a periculosidade é elemento estruturante da cautelaridade penal no Brasil. Portanto, não se trata de um desvio de finalidade ou mesmo de uma função anômala, mas da complementariedade de dois discursos que precederam e integraram as codificações das décadas de 30 e 40 no país. São medidas que congregam a funcionalidade de uma medida de polícia, no sentido de que possibilitam o ingresso de categorias vinculadas ao pensamento criminológico da defesa social no âmbito legal.

Dito isso, questiona-se a aplicação dada à matéria cautelar penal pelo TJRS. Neste quadrante do trabalho, a partir dos capítulos erigidos anteriormente, pretende-se avaliar, após pesquisa doutrinária, a reunião dos vieses teórico-conceitual processual e defensivista-periculosista.

4.1 O CAMINHO PERCORRIDO E A CRIAÇÃO DO BANCO DE DADOS

Antes de avançar propriamente na exposição dos dados coletados, impende explicar o caminho metodológico percorrido para coletá-los e classificá-los, de forma a justificá-los e, assim, atribuir-lhes validade. É considerada etapa fundamental, para dar transparência às escolhas realizadas na estruturação da pesquisa empírica, a exposição da metodologia utilizada.

Prefacialmente, cumpre salientar que a realização de uma pesquisa empírica, que dê concretude à teoria de base erigida, sustenta-se no particular interesse da pesquisadora em dar vida ao trabalho, torná-lo um mecanismo apto a transitar entre as esferas da prática e da teoria. Um instrumento que se ampare na genealogia cautelar, e na teoria processual penal contemporânea, mas que não descuide de como essa tutela tem sido empregada. Com o propósito de encontrar soluções aos problemas estabelecidos, deve-se partir de dentro do sistema penal, ou seja, teorizar com os pés afincados não apenas nos fins declarados, mas, principalmente, fixá-los nos fins ocultos, subterrâneos. Senão, tratar-se-ia de um trabalho idealizado e voltado a um modelo inexistente.

Dessa forma, acredita-se na relevância da coleta de dados como meio de aproximação entre o embasamento teórico erigido e a sua manifestação na práxis jurídica. Tem-se nos julgados um *locus* privilegiado à análise de como um mecanismo, em tese, processual e com escopos vinculados ao andamento regular do processo penal, desempenha o papel de um dispositivo policialesco, pautado na periculosidade social e na contenção dos indesejáveis, como regra. Vale-se “da palavra “policial”, uma vez que é justamente no poder de polícia do Estado que encontramos a atribuição de, além da manutenção da ordem, prevenir os riscos passíveis de se concretizarem na sociedade.”⁴³¹

Feita essa explicação, um segundo esclarecimento é cabível. Este trabalho se insere numa espécie de *continuum*. Ele dá sequência à pesquisa realizada ainda no Mestrado em Ciências Criminais, concluído no ano de 2013, a qual analisou a aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere, um ano e meio após as alterações providenciadas pela lei nº 12.403/2011. Com isso, apesar de os objetivos de pesquisa terem sido alterados, este trabalho permitirá dar continuidade à observação da tutela cautelar, após o advento da referida lei.

Já naquela oportunidade, constatou-se que se estava frente de uma expansão do controle penal formal, sem qualquer sinalização de redução das estatísticas prisionais, em boa parte,

⁴³¹ SULOCCI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 83-84.

justificadas pelo encarceramento dito cautelar. Ademais, examinou-se que a fundamentação preponderante da aplicação de prisão distava, em muito, do que poderia ser atribuído à senda cautelar. Essas decisões, em mais de 90% dos casos, pautavam-se na garantia da ordem pública, ancorando-se em motivações de cunho periculosista, na simbiose perfeita entre um paradigma dogmático penal e outro criminológico-positivista. Contudo, até aquele momento, entendia-se que o uso dessa motivação era algo estranho à cautelaridade processual penal brasileira.

Hodiernamente, avançando no estudo sobre a matéria, conforme o capítulo anterior, compreendeu-se que é exatamente o avesso, esse cariz é constitutivo da cautelaridade desde o código processual da década de 40. Portanto, não se trata do fato de a cautelaridade extrapolar sua funcionalidade, mas de cumprir o papel que lhe foi atribuído e que permaneceu mascarado no desenvolvimento dos elementos processuais. E aqui, a categoria que permite esse trânsito é a ordem pública, que tampouco pode ser delimitada, como sustentam alguns autores, dado que é uma categoria que encontra seu fundamento de existência na vacuidade, na amplitude semântica, de modo que é um significante camaleão, capaz de absorver as demandas que lhe forem dadas.

Então, tem-se como pontos de partida, no contexto das reformas procedidas no que toca à prisão cautelar e à liberdade, atingidos pela pesquisa até aqui realizada e por estudos anteriores, que:

i) apesar de a previsão de medidas cautelares diversas da prisão, elas não lograram romper com a lógica do aprisionamento em massa e, por ora, indicam a permanência da colonização das alternativas à prisão pelo efficientismo penal, adensando o controle penal formal;

ii) a previsão de realização de audiências de custódia, apesar de ter reduzido, em alguns estados, significativamente a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, não lograram alterar o *output* do sistema. Ou seja, reduziu-se o *input*, em razão do flagrante, mas a saída do cárcere permaneceu bastante intocada, pois essa audiência tem se voltado, como regra, para o preso em flagrante delito. Dito isso, os sujeitos que são presos fora dessa hipótese tampouco passam por uma audiência;

iii) No Rio Grande do Sul a situação das audiências de custódia é ainda mais grave, já que a adesão tem sido reduzidíssima, comparando-se seu emprego ao de outros estados do país. Dessa forma, ainda mais significativa será a análise dos julgados deste estado.

iv) Apesar dos avanços e modernização da legislação, na matéria, buscando aproximá-la da lei de outros países, a permanência do fundamento da garantia da ordem pública segue garantindo o aprisionamento em mais de 90% dos casos.

O lapso temporal da pesquisa compreendeu os anos de 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, dando continuidade temporal à pesquisa anterior, que analisou dados até o ano de 2013. A tese fixou-se em julgamentos de *habeas corpus*, da seara criminal, realizados no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mediante o emprego do sítio on-line público do TJRS (www.tjrs.gov.br) com o propósito de realizar a coleta dos julgados.

A escolha do referido Tribunal se deve à localização da pesquisadora, bem como ao fato de o Tribunal congregar decisões de todo o Estado, de forma a estabelecer uma representatividade da racionalidade cautelar de modo mais abrangente. Também foi considerada a facilidade e uniformidade de acesso aos documentos, visto que, assim, prescindese do manuseio de volumes físicos, do deslocamento até as varas criminais e a subsequente, postulação por dados.

Justifica-se analisar o panorama do Rio Grande do Sul, porque se mostrou refratário ao emprego das audiências de custódia, conforme demonstram dados recentes, produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça, de sorte que é o estado que menos concede liberdade provisória nessas audiências. Enquanto nos demais estados, há a aplicação de prisão preventiva em, aproximadamente, 50% dos casos; no Rio Grande do Sul, essa foi a escolha em 84,71%.⁴³² Portanto, é um *locus* privilegiado para análise da fundamentação de decisões que privilegiam e centralizam o uso do cárcere em lugar de aderir à racionalidade constitucional da liberdade como regra.

No que tange à definição das palavras-chave, por se objetivar examinar a categoria periculosidade como elemento estruturante da cautelaridade penal, a partir dos argumentos empregados na aplicação de medidas cautelares pessoais, relacionando-as com a racionalidade do defensivismo periculosista e eficientismo penal, estabeleceram-se as expressões “prisão preventiva”, “cautelar” e “periculosidade” como critérios de busca.

Definiu-se como período exato da busca de 1 de janeiro de 2013 a 1 de janeiro de 2018. Com esses critérios, foram encontrados 4.540 julgados, dos quais, 2.026 são da Oitava Câmara, 534 da Sétima Câmara, 293 da Sexta Câmara, 499 da Quinta Câmara, 62 da Quarta Câmara, 214 da Terceira Câmara, 672 da Segunda Câmara, 240 da Primeira Câmara.

Impende destacar que, apesar de a pesquisa no site relatar a existência de 2.026 julgados atinentes à Oitava Câmara, apenas 1.000 deles estavam disponíveis para consulta e download.

⁴³² BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Coordenador-geral. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/4269e81937d899aa6133ff6bb524b237.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.

Mesmo quando se pesquisou individualmente pela Câmara Criminal, com as mesmas palavras-chave, a fim de confirmar o número de julgados no período de pesquisa, ainda que constassem 2.026 como número total, apenas 1.000 permaneciam disponíveis.

Observando o grande número de julgados encontrados e o tempo disponível à sua análise, buscou-se suporte da assessoria estatística da Escola de Ciências da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob orientação do Professor Sergio Kakuta Kato, para elaborar o banco de dados, seguiu-se, então, à coleta por amostragem. Trabalhando-se com a representatividade por Câmara Criminal, para atingir um nível de confiança de 95%, com margem de 5% de erro, proporção de 0,5 (50%), o seguinte número de julgados compôs a amostra:

Quadro 1 – Total de julgados e número da amostra

Câmara Criminal	Total de Julgados	Número da Amostra
Primeira Câmara	240	148
Segunda Câmara	672	245
Terceira Câmara	214	138
Quarta Câmara	62	54
Quinta Câmara	499	218
Sexta Câmara	293	167
Sétima Câmara	534	224
Oitava Câmara	1000	278

Fonte: a autora.

Os documentos encontrados foram arquivados em formato .doc, em oito pastas, seguindo uma categorização simples conforme a Câmara Criminal julgadora. Foram enumerados de um até o número encontrado. Utilizando o programa excel, mediante a função aleatório, sortearam-se os números necessários para compor a amostra.

Impende destacar que o TJRS, no âmbito criminal, divide-se em quatro Grupos Criminais, que contam com oito Câmaras Criminais, divididas por matéria a ser julgada. A primeira, segunda e terceira Câmaras julgam crimes contra a pessoa, de entorpecentes e contra a honra.

A quarta Câmara julga crimes de competência originária para as infrações penais atribuídas a Prefeitos Municipais (Constituição Federal, art. 29, inciso X) e tem competência recursal para as seguintes infrações: a) crimes de responsabilidade e funcionais praticados por ex-prefeitos; b) crimes contra a incolumidade pública (Código Penal - Título VIII); c) crimes contra a Administração Pública (Código Penal - Título XI); d) crimes de parcelamento de solo urbano (Lei n.º 6.766/79); e) crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137/90); f) crimes de abuso de autoridade (Lei n.º 4.898/65); g) crimes contra a economia popular e os definidos no

Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Leis n.º 1.521/51 e n.º 8.078/90); h) crimes ambientais; i) crimes contra licitações públicas (Lei n.º 8.666/93); i) crimes contra licitações públicas (Lei n.º 8.666/93); j) crimes contra a fé pública; k) crimes falimentares; l) crimes contra a propriedade intelectual; m) crimes da lei de armas.

A quinta, sexta, sétima e oitava Câmaras possuem a mesma competência. Julgam crimes contra a dignidade sexual, contra o patrimônio, crimes de trânsito e demais crimes.⁴³³

Após a leitura de cada julgado sorteado, preencheu-se um formulário individual, no qual constam as principais informações (modelo em anexo). Para separar os acórdãos sorteados, criaram-se oito pastas, conforme a Câmara julgadora, apenas com o documento do julgado sorteado e do seu formulário correspondente. Num segundo momento, realizou-se a análise qualitativa com a leitura direta dos formulários.

⁴³³ RIO GRANDE DO SUL. **Resolução nº 01 de 1998 (emendas regimentais nº 4 e 6 de 2016) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 16 out. 2018.

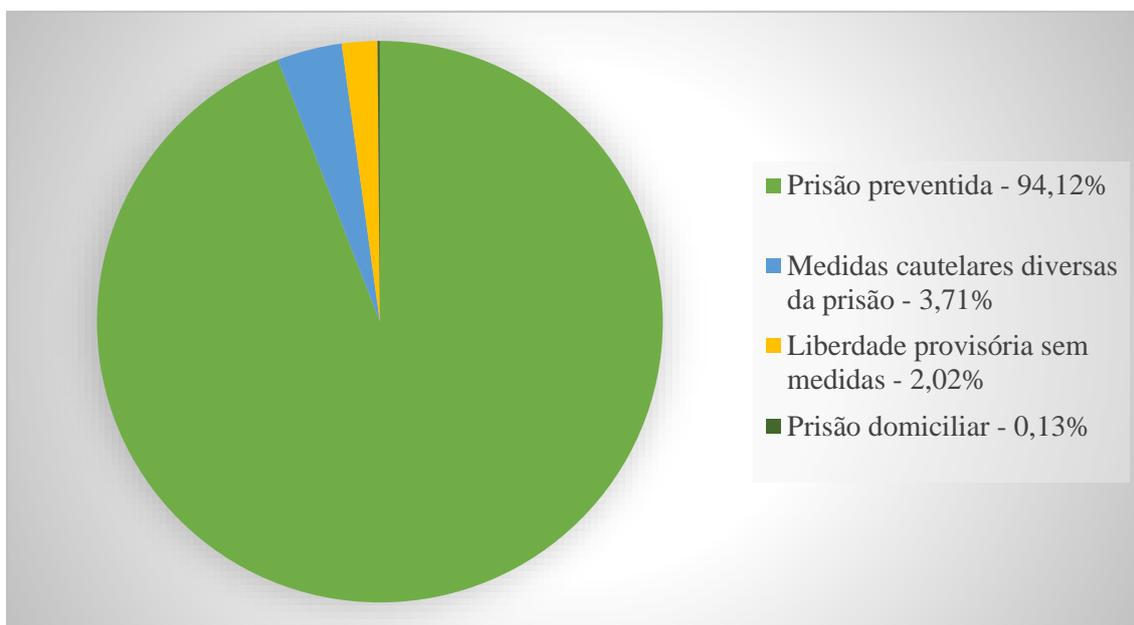
4.2 A ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DOS JULGADOS

Alguns dados iniciais devem preceder ao exame individual de cada Câmara julgadora. O número total de julgados considerado será de 1480, porque, quando decretadas medidas cautelares pessoais diferentes aos pacientes, foram contabilizados como dois acórdãos, em lugar de um, de modo a preservar a integralidade dos dados.

A prisão preventiva foi aplicada em 1393 *habeas corpus*; as medidas cautelares diversas da prisão em 55 casos; a liberdade provisória sem medidas foi a opção em 30 julgados; e a prisão domiciliar foi aplicada a 2 *habeas corpus*.

O dado é estarrecedor, uma vez que, no universo total de análise, a liberdade com ou sem medidas cautelares diversas da prisão ficou restrita a menos de 6% dos casos. Isso denota o uso da prisão preventiva como sinônimo de repressão preventiva de pessoas consideradas portadoras de risco, invertendo-se os espaços da liberdade e da sua restrição. Por outro lado, esvai com a crença vinculada ao efficientismo penal, que povoa o imaginário do senso comum, de que se prende pouco, por isso, é necessário aumentar o uso da prisão.

Gráfico 1 – A aplicação de medidas cautelares pessoais penais

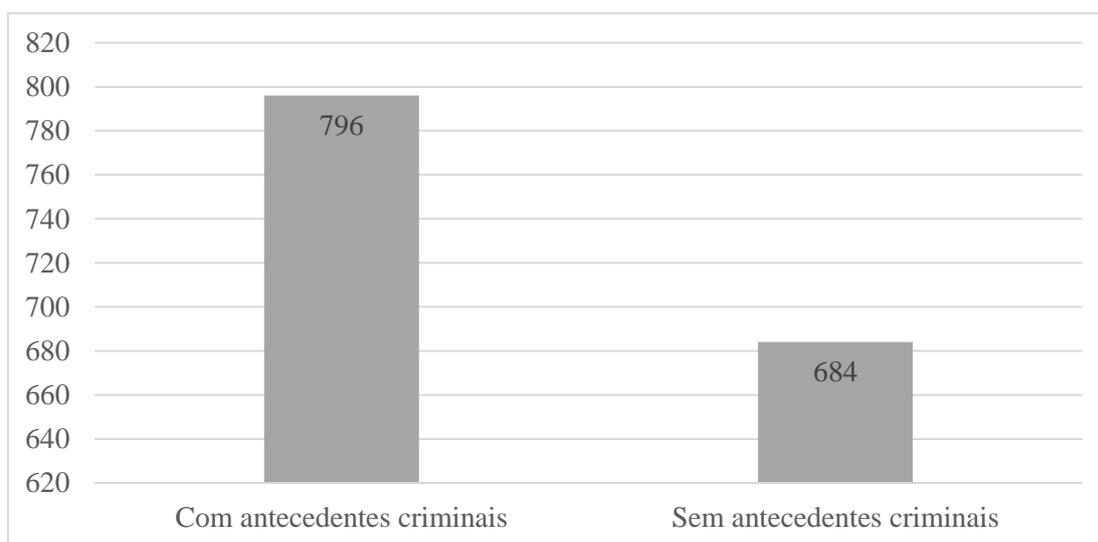


Fonte: a autora.

Um esclarecimento quanto aos antecedentes criminais deve ser realizado. Quando contabilizados para atestar a sua presença, foram utilizadas todas as referências feitas no voto, no tocante ao histórico criminal do sujeito. Logo, abrange inquéritos policiais, medidas

socioeducativas, processos em andamento, condenações provisórias e condenações definitivas. Ou seja, o “tecnicamente” primário está nessa categorização. Essa opção se apoia no simples raciocínio de que, se exposto no voto, integrou as razões de decidir do julgador. Já a definição de ausência de antecedentes foi formada pelo binômio primariedade e não análise. Dos 1480 documentos, 53% deles apontaram a presença de antecedentes e 47% relataram a sua ausência ou não os abordaram, conforme o gráfico abaixo:

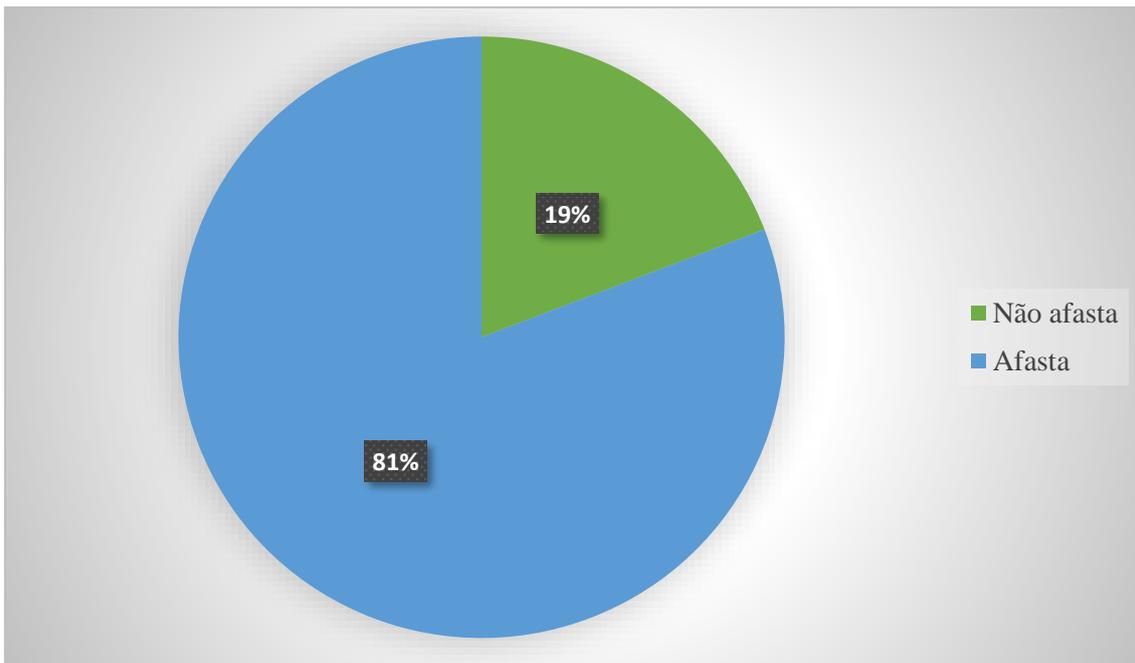
Gráfico 2 – Antecedentes



Fonte: a autora.

No que diz respeito à necessidade de se afastar, inicialmente, as medidas cautelares diversas, antes de se aplicar à prisão preventiva, conforme estabelece o art. 282, § 6º, do CPP, observou-se que quase 20% dos acórdãos (267) não o fez, apesar desse dispositivo datar do ano de 2011. O discurso de excepcionalidade deve ultrapassar o texto legal e doutrinário e, para fazê-lo, incumbem ser utilizadas medidas diversas ao cárcere.

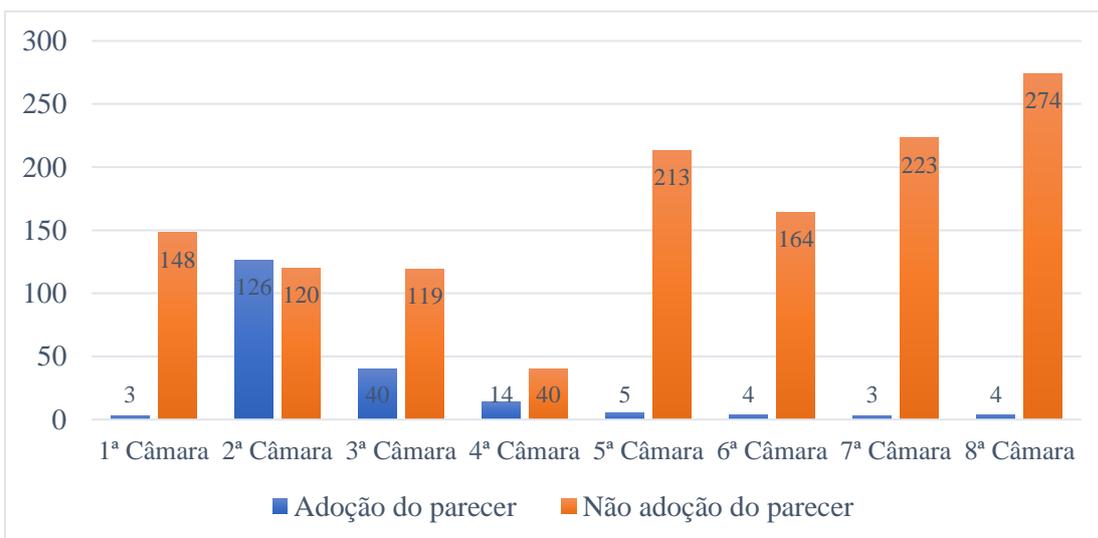
Gráfico 3 – Afastamento de medidas cautelares diversas



Fonte: a autora.

Na pesquisa também foi examinada a integração de pareceres ministeriais como razões de decidir. É um dado relevante, pois amplia a percepção de hipossuficiência do acusado, ao passo que o próprio julgador se utiliza de documento produzido pelo Órgão acusador para aprisioná-lo.

Gráfico 4 – Uso do parecer ministerial



Fonte: a autora.

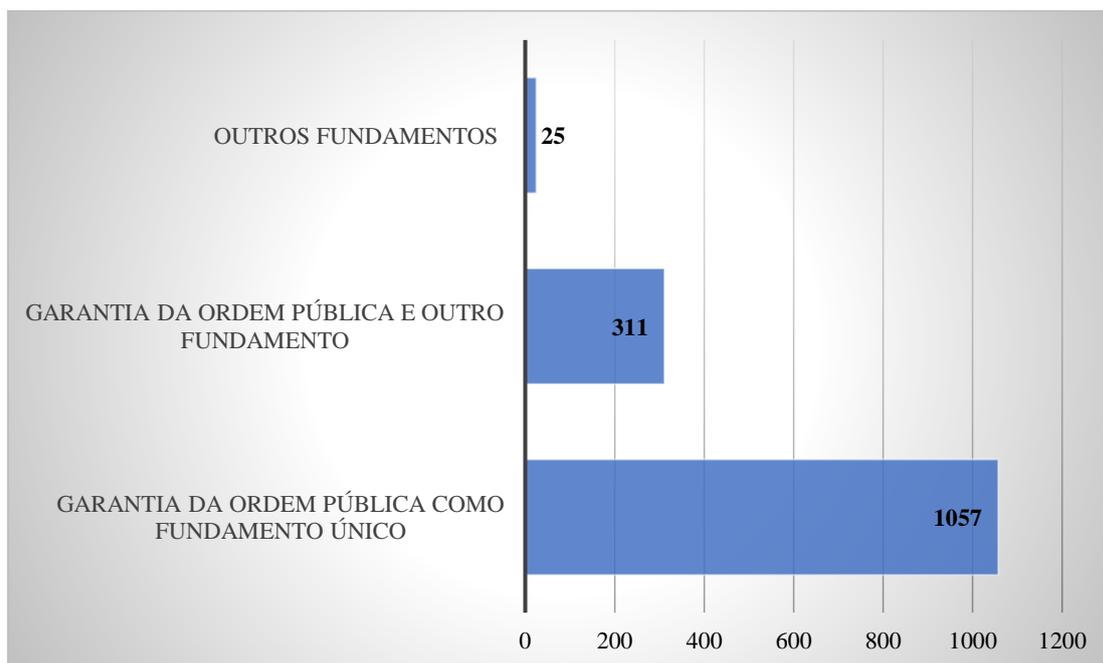
Com base no gráfico, percebe-se um uso não tão expressivo do parecer, pelo menos na maior parte das Câmaras, já que integrou menos de 14% dos julgados. Todavia, não pode deixar

de ser percebido como mais um atalho decisório, que permite ao julgador tão somente aderir a uma das partes, sem decidir propriamente.

Não é novidade que o principal fundamento a respaldar a segregação cautelar é a ordem pública. Nesta pesquisa, dos 1393 acórdãos que aplicaram a prisão, 1368 a utilizaram de forma isolada ou combinaram-na com outro fundamento (98,20%). Desses 1368 acórdãos, universo total que empregou a garantia da ordem pública, 1057 a utilizaram como único fundamento e 311 a combinaram com outros fundamentos (22,32%, do total de prisões decretadas). E em apenas 25 acórdãos, usou-se um outro fundamento isoladamente (1,79%, do total de prisões decretadas).

Apesar de não ser possível afirmar se esses acórdãos com outros fundamentos trazem dados concretos quanto ao *periculum libertatis*, holisticamente, poder-se-ia asseverar que, se o uso da prisão ficasse restrito a menos de 25%, caminhar-se-ia em direção à sua contenção. O gráfico dá maior visibilidade ao narrado.

Gráfico 5 – Da fundamentação



Fonte: a autora.

Para a aplicação da prisão preventiva, nos termos do art. 312, do CPP, devem unir-se os dois requisitos e, pelo menos, um dos fundamentos autorizadores. Os requisitos integram o *fumus commissi delicti*, que se divide em materialidade, portanto, prova da existência do crime, e indício suficiente de autoria. Já os fundamentos que compõem o *periculum libertatis* se

dividem em garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.⁴³⁴

Após a reforma de 2011, o referido dispositivo deve ser lido conjuntamente com as disposições do art. 313 do CPP. Por conseguinte, a prisão preventiva só poderá ser aplicada a crimes dolosos, com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, se o indivíduo for reincidente; e se a prisão for necessária para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. O objetivo principal, nesta etapa do trabalho, será o estudo do que integra o *periculum libertatis*.

No que se refere às medidas cautelares diversas da prisão, com Lopes Jr., sustenta-se que devem ser utilizadas nas hipóteses em que caberia prisão preventiva, mas, em havendo outra medida que tutele de forma igualmente suficiente a situação de risco, criada pela liberdade do indivíduo ao processo, deverá prevalecer. Em vista disso, devem ser usadas quando presentes o *fumus* e o *periculum*, pois, se assim não for, tornam-se mais um braço paralelo à prisão, sem nenhuma possibilidade de retirar-lhe a centralidade e reduzir os índices de aprisionamento cautelar.⁴³⁵

Passa-se, agora, ao detalhamento de dados conforme a Câmara Criminal Julgadora.

⁴³⁴ Nesta etapa do trabalho, não será abordada a impropriedade do fundamento da garantia da ordem pública, nem tampouco a possibilidade de reiteração como elemento suficiente para a prisão preventiva. Esse exame será postergado para a análise individual de cada Câmara Criminal e para o último capítulo.

⁴³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 658.

4.2.1 Primeira Câmara Criminal

Dos 151 julgados analisados,⁴³⁶ a prisão preventiva foi a escolha em 92,71% (140). A liberdade incondicionada esteve presente em apenas 1,98% (3) dos casos. As medidas cautelares diversas da prisão também foram a escolha em apenas 5,29% (8) dos casos. É de se destacar que, ressalvadas seis hipóteses julgadas por maioria, todos os demais *habeas corpus* foram julgados de forma unânime, demonstrando um padrão decisório presente na Câmara e não uma discussão, propriamente, sobre o teor de cada julgado.

Na primeira delas, presente no acórdão de nº 12, ficha 8, a divergência vencida se centrou na concessão da liberdade incondicionada, no crime de lesão corporal no âmbito da Lei nº 11.340/2006, porquanto, em nenhum momento, foram deferidas medidas protetivas, portanto não era hipótese de descumprimento, e o crime não possui pena superior a quatro anos. A segunda divergência, presente no acórdão de nº 53, ficha 34, firmou-se na imperiosidade de demonstração da necessidade de cuidado, quando existirem filhos menores de 12 anos, para aplicação da prisão domiciliar, mantendo, dessa forma, a prisão preventiva.

Na terceira divergência, acórdão nº 55, ficha 35, o voto vencido sustentava a necessidade de prisão preventiva no crime de associação ao tráfico, haja vista o impacto na saúde pública (dado o número de internações de dependentes químicos pelo Sistema Único de Saúde), sua relação com o cometimento de outros crimes e seu reflexo na segurança pública. Na quarta divergência, o voto vencido aduzia que o sujeito já estava preso há um mês e treze dias e a pena mínima do crime pelo qual estava sendo acusado era de um mês (crime de ameaça). Todavia, manteve-se a prisão.

Na quinta e sexta divergências, acórdãos nº 72 e 178, fichas 42 e 110, os votos vencidos, no lugar de aplicar prisão para dois pacientes e medidas cautelares diversas para um deles, sustentavam a necessidade da prisão de todos.

Em 103 julgados, os Desembargadores entenderam que os acusados apresentavam antecedentes. Dentro dessa categorização, incluíram-se não apenas condenações definitivas, mas processos em andamento, inquéritos policiais e condenações não transitadas em julgados. Essas circunstâncias foram expostas como centrais ao afastamento da liberdade ou outras medidas.

⁴³⁶ Originariamente eram 148 documentos. Contudo, conforme já exposto, os acórdãos que aplicaram medidas cautelares pessoais diferentes aos pacientes foram separados e contabilizados individualmente. Por isso, o número passou a ser 151.

Esse exame remonta à ideia de Tornaghi, apoiada em Ferri, quanto à aplicabilidade da presunção de inocência (pró ou contra). A sua validade estaria condicionada ao confronto dos antecedentes criminais do indivíduo, numa espécie de equivalência entre passado e futuro. Destacava o autor que a presunção de inocência deveria valer muito para sujeitos com bons antecedentes e pouco aos demais.⁴³⁷

No que toca ao fundamento cautelar que justificou a segregação, 136 acórdãos, dos 140 que aplicaram prisão preventiva (97,14%), empregaram o fundamento da garantia da ordem pública. Em 21 desses julgados (15%), a ordem pública foi combinada com outro fundamento do art. 312 do CPP. Por fim, 4 julgados utilizaram, a título de fundamento, o art. 313, inciso III, do CPP (2,85%). É de se destacar a preponderância da garantia da ordem pública, embora seja o mais questionável, dada a sua abertura e vagueza conceitual. Esse é o fundamento que tem garantindo o aspecto satisfativo da prisão preventiva, violando, escancaradamente, a presunção de inocência.

Nesse sentido, explica Nicolitt:

Qualquer forma satisfativa de tutela jurisdicional, sob o nome de tutela cautelar, viola a presunção de inocência. Desta forma, não se pode, sob o nome cautelar, pretender qualquer outro objetivo que não a tutela do próprio processo (de conhecimento ou execução), sob pena de se antecipar pena ou dar tratamento que diminua social, moral ou fisicamente o acusado diante de outras pessoas que não respondem ao processo.⁴³⁸

Dos 140 acórdãos que aplicaram a prisão, nem todos afastaram o uso de medidas cautelares diversas, apesar da nova redação da Lei nº 12.403/2011. Observou-se que 86 julgados (61,42%) o fizeram, aduzindo-as como insuficientes, inidôneas ou ineficazes. Todavia, 54 julgados sequer as afastaram (38,97%). Dessa forma, em quase 40% dos casos, não se analisou a possibilidade de outras medidas que não prisão.

Com isso, soterra-se o importante papel dessas medidas como etapa hábil a reduzir de forma gradual o uso da prisão preventiva e, inclusive, como sustenta Ferrajoli, aboli-la.⁴³⁹

Como último dado objetivo, nesta Câmara, três julgados integraram o parecer ministerial como razões de decidir. Esse número baixo é um ganho, em virtude serem diversos os julgados encontrados nesta pesquisa, que mais parecem uma colcha de retalhos, que

⁴³⁷ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Tomo III. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1967. p. 1083.

⁴³⁸ NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 55.

⁴³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 717.

congregam o parecer ministerial, a decisão de primeiro grau, e concluem o voto com dois ou mais parágrafos.

Quanto à análise qualitativa, não se percebe uma grande dificuldade na apresentação do *fumus commissi delicti*. Via de regra, está-se frente a um crime que foi trazido ao conhecimento das autoridades policiais mediante a prisão em flagrante, de modo que a autoria e a materialidade são apontadas a partir dessa prisão. Também é recorrentemente utilizado o recebimento da exordial acusatória para tanto.

Aqui, diversamente do que aduz Giacomolli, quanto aos níveis probatórios das decisões que integram o processo penal, o recebimento da denúncia é colocado num mesmo patamar da decisão que decreta a prisão preventiva. Para o autor, porque se estaria a falar em restrição da liberdade, a decisão que decreta uma prisão cautelar, em termos de potencialidade demonstrativa indiciária, deveria estar abaixo da sentença final, mas acima do recebimento da denúncia, da decisão de pronúncia, etc.⁴⁴⁰

Todavia, o grande problema reside no exame do *periculum libertatis* e na linha argumentativa que o cerca. É nele que aparece a suposta periculosidade do agente e da sua ação, dada a gravidade da conduta, a audácia do *modus operandi* e a possibilidade de reiteração. Vetores esses que se amoldam no sistemático uso da garantia da ordem pública, denotando uma administrativização da justiça penal.

Essa concepção se aproxima da definição de Manzini quanto à custódia cautelar. Sustentava o autor o seu caráter essencialmente administrativo-processual, por ser voltada à prevenção da prática de novos crimes, nos termos das medidas de segurança, ainda que sejam aplicadas jurisdicionalmente.⁴⁴¹

É constante a argumentação de que, em um juízo de ponderação, deve prevalecer o coletivo sobre o interesse individual. Veja-se um excerto que sintetiza o narrado:

A prisão foi decretada para garantia da ordem pública, em face da suposta periculosidade do paciente. O Juízo *a quo* salientou que o réu registra diversos antecedentes criminais, inclusive uma condenação por roubo, a tornar necessária a medida excepcional, por não serem suficientes cautelares alternativas. Presentes, assim, a “fumaça do cometimento do delito” e o “*periculum libertatis*”, a exigir, ainda que em um juízo de ponderação, a preponderância da proteção do coletivo, o que justifica a medida constritiva para a garantia da ordem pública.⁴⁴²

⁴⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 372.

⁴⁴¹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradutores Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América Chile 2970, 1952. p. 629.

⁴⁴² Ficha de nº 20.

Com isso, tem-se a garantia da ordem pública firmada a partir de uma suposta periculosidade, haja vista os antecedentes criminais, o que, *prima facie*, tornaria insuficiente outra medida cautelar. Chancelando-se, assim, a prisão com a preponderância de um suposto direito abstrato, de proteção da coletividade sobre o direito concreto da liberdade individual.

A periculosidade do réu está sempre atrelada às “circunstâncias concretas do fato”, destacando-se o seu histórico criminal, que se torna um atalho aos fundamentos cautelares, ou seja, descabe uma análise mais detida sobre o risco da liberdade do indivíduo para o processo, se está presente “a possibilidade de reiteração”, como se percebe no trecho a seguir: “ademais, o paciente é reincidente, indicativo da periculosidade em face da possibilidade de reiteração criminosa, o que é motivo idôneo a autorizar a prisão para garantia da ordem pública.”⁴⁴³

Para Ferrajoli, essa é principal, e mais grave, perversão sofrida pela prisão preventiva, quando deixa de ser um instrumento processual, voltado à “estrita necessidade” instrutória, e torna-se instrumento de prevenção e defesa social, devendo impedir o cometimento de novos crimes, estabelecendo uma presunção de periculosidade.⁴⁴⁴

Outra afirmação que é constante nos julgados, corroborando o relatado acima, diz o seguinte:

A prisão foi decretada para garantia da ordem pública, em razão da gravidade do crime de tráfico. Concretamente, o Magistrado fez referência à eventual periculosidade do paciente, que é reincidente pela prática do crime de tráfico e responde a outros dois processos por crime da mesma natureza e um por homicídio. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência é fundamento idôneo para manutenção da prisão, a fim de evitar reiteração delitiva.⁴⁴⁵

O tráfico de drogas e os crimes correlatos a ele são figuras delitivas que predem por si só. Ademais, a retórica presente nesses julgados ganha força, ainda maior, se logram ser apontados antecedentes criminais de qualquer ordem, conforme já visto. É uma espécie de retorno às hipóteses de prisão cautelar obrigatória já eliminadas do Código de Processo Penal.

Outro posicionamento que afronta diametralmente a dialeticidade do processo penal de cunho acusatório, que se pauta na imparcialidade do juiz, diz respeito à afirmação de que este

⁴⁴³ Ficha de nº 37.

⁴⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 509.

⁴⁴⁵ Ficha de nº 24.

pode converter a prisão em flagrante em preventiva, independentemente da postulação do acusador, conforme se depreende do acórdão abaixo transcrito:

A teor do artigo 310 do Código de Processo Penal, na hipótese de prisão em flagrante, o juiz está impelido a tomar uma das providências elencadas de forma imediata (relaxamento da prisão ilegal, conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, ou concessão da liberdade provisória). Portanto, por óbvio, a legislação não veda a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em preventiva.⁴⁴⁶

A redação dada a alguns artigos pela Lei nº 12.403/2011 instaurou uma real dificuldade na primazia da liberdade sobre a prisão. Diga-se, o juiz não poderia decretar de ofício medidas cautelares de natureza pessoal em nenhuma fase da persecução criminal, seja investigativa ou processual. A Constituição de 1988 claramente estabelece a quem compete a acusação no processo penal brasileiro: o órgão ministerial é a figura com essa incumbência.

Ao magistrado cabe decidir, com base do que lhe é trazido pelas partes, guardando equidistância com relação a elas. Se assim não agir, há uma quebra irreparável da imparcialidade. De nada adianta a divisão de atividades entre atores Ministério Público (acusação), Defensoria Pública ou advogado constituído (defesa) e Juiz (julgar), se é autorizado ao juiz potencializar um dos polos, com a sua atuação de ofício atinente. A instrução torna-se apenas confirmatória da hipótese já construída e tomada por verdadeira.

A garantia da jurisdição é ilusória e meramente formal quando não se tem um juiz imparcial. Mais honesto seria reconhecer que nesse caso não se tem a garantia da jurisdição, pois juiz contaminado é juiz parcial, logo, um não-juiz. A questão, portanto, vincula-se à originalidade cognitiva da temática submetida ao julgamento.⁴⁴⁷

Com precisão, sustenta Amaral que o índice de inquisitorialidade se centra nos mecanismos que legitimam qualquer atuação *ex officio* por parte do magistrado, já que, inexoravelmente, o conduzirá à posição de parte.⁴⁴⁸ Perde-se de vista que o processo penal é “o instrumental teórico capaz de limitar a opressão estatal e racionalizar o procedimento de aplicação de respostas estatais (penas) aos desvios etiquetados de crime.”⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Ficha de nº 48.

⁴⁴⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 615.

⁴⁴⁸ AMARAL, Augusto Jobim. **O dispositivo inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal**. 2014. 498 f. V. 1. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 131.

⁴⁴⁹ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 180.

Contudo, mesmo com a atual redação do CPP, se o juiz não pode decretar de ofício medida cautelar pessoal durante a investigação, com mais razão, em simetria lógica a essa disposição, tampouco pode fazê-lo quando sequer esta foi iniciada. Todavia, esse não tem sido o entendimento prevalente.

Mudando a tônica, em diversos julgados, foram encontrados argumentos que extrapolam a análise do caso concreto, adentrando no mal causado pela propagação das drogas, por exemplo. O que é corroborado por citação de doutrinador que entende, em casos de sentimento de impunidade, caber ao judiciário recolher o indivíduo.

Sem sombra de dúvida, o delito de tráfico de substâncias ilícitas contribui para a propagação do vício, causando riscos à sociedade e à saúde pública, sem olvidar da criminalidade e da violência resultantes do uso e da venda de drogas. Logo, a gravidade do crime e as peculiaridades do caso, considerando a diversidade e a quantidade expressiva de droga apreendida, consubstanciam inequívoco abalo à ordem pública.” (...) “Sobre a garantia da ordem pública, diz Guilherme de Souza Nucci: “Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente.”⁴⁵⁰

Ou seja, o Judiciário passa a integrar a seara administrativa, desenvolvendo uma espécie de poder de polícia. Há uma crença de que o processo penal pode pacificar a sociedade, de que é o mecanismo adequado para resolver questões de saúde pública ou, num sentido mais amplo, sociais. Além do mais, acredita-se que esteja imbuído da missão de dismantelar com a “sensação” de impunidade, como se isso fosse possível.

Nesse panorama, a prisão preventiva, retomando as lições de Garcia, torna-se uma espécie de “direito” da sociedade, dado o interesse desta última na sua própria segurança.⁴⁵¹

O seguinte trecho dá forma ao descrito: “é inegável que tenha sido a ordem pública abalada, repercutindo de forma desproporcional em comunidades menores, o que exige uma resposta do Poder Público, a fim de evitar sensação de impunidade, já disseminada na sociedade como um todo.”⁴⁵² Em julgados envolvendo crimes da Lei nº 11.343/2006, essa situação é ainda mais clara, por serem trazidas circunstâncias de ordens diversas, que se afastam de forma abissal do fato em si. Veja-se:

⁴⁵⁰ Ficha de nº 53.

⁴⁵¹ GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. v. III. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1945. p. 144-145.

⁴⁵² Ficha de nº 61.

Isso porque o problema da droga encerra questão complexa, abrangendo aspectos relacionados com desenvolvimento social, saúde e segurança públicas. A uma, em virtude do expressivo impacto gerado na esfera da saúde pública, conclusão a que se chega pela constatação de que, no período compreendido entre os anos de 2006 e 2012 (últimos dados disponíveis), o número de internações de dependentes de drogas financiadas pelo Sistema Único de Saúde cresceu 128%, equiparando-se ao número de internações por dependência de álcool, chegando a atingir, no último ano referido, o número aproximado de cento e cinquenta mil. A duas, pois o uso de drogas, além dos malefícios causados à saúde dos usuários e à convivência com seus familiares, gera significativo potencial para condutas violentas, havendo relação direta entre o uso de entorpecentes e o índice de criminalidade, pois comumente o usuário pratica diversos atos ilícitos com o propósito de obter recursos destinados à obtenção de seu produto de consumo. A três, porquanto a segurança pública é relevantemente atingida pelo elevado número de mortes associadas ao tráfico de drogas que tem ligação com outros crimes, mostrando-se notória e intrínseca a inter-relação existente entre homicídios, portes de armas de fogo, corrupção e comércio de substâncias entorpecentes, pois este financia a compra das armas que sustentam as guerras entre organizações criminosas pelo controle de territórios e do tráfico. Por isso que se trata o tráfico de drogas de crime grave, equiparado a hediondo, inclusive. E a repercussão social dele resultante, antes retratada, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade – potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes, pois geradores de outras infrações igualmente graves – está a evidenciar concreto risco à ordem pública, a tornar imperiosa a prisão cautelar e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal.⁴⁵³

No voto transcrito abaixo fica evidenciada uma outra funcionalidade dada à prisão cautelar: resgatar a credibilidade do Poder Judiciário, mediante o emprego do fundamento da garantia da ordem pública.

sopesando o agressivo *modus operandi* e a indubitosa periculosidade dos pacientes, tem-se como efetiva a necessidade de resguardo da ordem pública. Lembrando que esta não está fundada, tão somente, numa ação repressiva do Poder Judiciário, mas também preventiva, quando demonstrada a sua necessidade, a fim de manter-se a credibilidade do povo no judiciário.⁴⁵⁴

Nesta Câmara, a garantia da ordem pública é apontada como uma tríade, que soma gravidade concreta do crime, repercussão social e periculosidade do agente (possibilidade de reiteração), conforme se observa:

a prisão surge como instrumento de garantia da ordem pública, pois além de ter sido perfectibilizada a tríade de gravidade concreta da infração,

⁴⁵³ Ficha de nº 55.

⁴⁵⁴ Ficha de nº 223.

repercussão social e periculosidade dos envolvidos, ainda existe a possibilidade concreta de que novos delitos ocorram. Desta forma, faz-se necessário acautelar-se a ordem pública, fortemente abalada diante das condutas investigadas, que geram temor e insegurança entre a população.⁴⁵⁵

Com isso, não é difícil perceber que esse é o fundamento responsável pelo ingresso no processo penal, de cariz acusatório desde a Constituição de 1988, de elementos que autorizam a permanência de práticas autoritárias na seara cautelar, atreladas, ainda, a um sistema processual penal inquisitorial.

Esses vetores estão vinculados à ótica periculosista, centrada na figura do sujeito e não no fato, ou seja, são aventadas características que o tornam perigoso. Portanto, o conceito de criminalidade trazido pela criminologia positivista permanece hegemônico, pois traz o sustento ideológico necessário e suficiente para respaldar essa forma de “combate à criminalidade”, legitimando-se como defesa social.⁴⁵⁶

A suposta gravidade concreta não muda conforme as peculiaridades do caso, de modo que ela é abstrata, porquanto, se for um crime que integra o núcleo duro da prisionalização brasileira a “concretude” estará presente, aqui o tráfico de drogas e o roubo podem ser destacados como os principais exemplos.

Na repercussão social, entram questões atinentes à credibilidade das instituições, à confiança em outras, à valorização do trabalho investigativo policial, à sensação de impunidade e insegurança, dotando a prisão cautelar, já nascida em falência, de funcionalidades inalcançáveis por ela.

Com isso, retroalimenta-se o discurso efficientista de que não se prende o suficiente para atingir os objetivos supracitados, quando, de fato, eles passam por medidas de outras naturezas, estranhas à senda cautelar. Ademais, se a prisão preventiva foi a opção nesta Câmara em quase 93% dos casos, conforme os dados aventados até agora, com mais razão, não seriam os 7% restantes que aumentariam essa eficiência. Muito pelo contrário, esses números devem tornar clarividente que o meio eleito para atingir esses fins não é o adequado.

Quanto à possibilidade de reiteração, está-se frente a uma prognose futurística inatingível, muito mais afinçada num senso comum do que em dados empíricos sérios. Nesse sentido, observe-se pesquisa recente, que está sendo realizada pela Defensoria pública do Rio de Janeiro, de acompanhamento de realização das audiências de custódia, nos últimos 2 anos.

⁴⁵⁵ Ficha de nº 235.

⁴⁵⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos de violência na era da globalização. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 45.

Das 11.667 audiências acompanhadas, apenas 617 réus passaram por novas audiências, de modo que a reincidência ficou restrita a 5,28% dos casos examinados.⁴⁵⁷

Por derradeiro, no que toca ao conteúdo das decisões que não aplicaram a prisão cautelar, constatou-se que, nas hipóteses de liberdade, foi afirmada a ausência de *periculum libertatis* e da periculosidade concreta.⁴⁵⁸ Isso, mais uma vez, denota a simbiose entre o *periculum* e a periculosidade enquanto constitutivas da tutela cautelar penal.

Já os acórdãos que aplicaram medidas cautelares diversas da prisão, também apontaram a ausência de periculosidade concreta, contudo outros ainda narraram a ausência de *periculum libertatis*,⁴⁵⁹ o que repisa o tratamento dado a essas medidas como benesses, uma vez que não haveria a necessidade de se apresentar o risco da liberdade do indivíduo ao processo.

Em 2011, ampliou-se o braço da seara penal com essas medidas. Contudo, se essas restrições parciais da liberdade ou a outros direitos prescindem de fundamento cautelar, como vai ser reduzido o número de segregações se são utilizadas para além das hipóteses em que caberiam prisões? Mais um instituto que nasceu com uma funcionalidade declarada, vinculada ao minimalismo penal, atrelada, portanto, à redução do passivo carcerário, mas que apresenta uma função subterrânea muito mais significativa, que prima pelo uso, cada vez maior, da seara penal.

⁴⁵⁷ RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública Geral. **A defensoria em dados**: pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. p. 130. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/45510204f9c74311b8dd7d297492be34.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

⁴⁵⁸ Ficha de nº 88.

⁴⁵⁹ Fichas de nº 35, 36, 149 e 151.

4.2.2 Segunda Câmara Criminal

Dos 246 julgados analisados,⁴⁶⁰ 242 aplicaram prisão preventiva, ou seja, em 98,37% a opção foi o cárcere. Apenas 3 julgados (1,21%) aplicaram medidas cautelares diversas da prisão e um aplicou prisão domiciliar (0,4%). Em nenhum julgado foi aplicada liberdade incondicionada.

Novamente, percebeu-se uma uniformidade decisória na Câmara, apenas dois acórdãos foram julgados por maioria, todos os demais foram unânimes. A primeira divergência, que foi vencida, entendia que a decisão de primeiro grau não havia indicado fundamentos suficientes para a segregação.⁴⁶¹ A segunda divergência, também vencida, sustentava a aplicação de prisão preventiva a todos os pacientes.

No que toca à análise de maus antecedentes – observe-se a ressalva feita na Câmara anterior – 123 julgados entenderam os acusados como portadores destes (50%). Por outro lado, no que tange aos fundamentos utilizados, das 242 decisões que aplicaram prisão preventiva, 228 utilizaram como fundamento cautelar a garantia da ordem pública (94,21%), dos quais, 58 combinaram a garantia da ordem pública com outro fundamento (23,96%); 1 julgado apresentou como fundamento único a conveniência da instrução criminal (0,41%); 13 não apresentaram qualquer dos fundamentos do art. 312 do CPP (5,37%).

Nesta Câmara, as medidas cautelares diversas foram afastadas em 217 (89,66%) acórdãos dos 242 que aplicaram prisão. Portanto, apesar de ser um número menor do que aquele encontrado na Primeira Câmara, 25 julgados deixaram de afastá-las (10,33%). O que faz crer que ainda habita a compreensão de que, se a prisão preventiva for a medida aplicada, desnecessário será afastar outras hipóteses.

Por outro lado, do total de decisões examinadas, 126 integraram como razões de decidir o parecer ministerial. É de se destacar que os Tribunais Superiores aceitam a chamada motivação *per relationem*, desde que não seja a fonte única da decisão, de modo que devem ser trazidos argumentos próprios.

Nesse viés aponta o recente acórdão de nº 1.742.702/SC, do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, que aduz considerar “passível de

⁴⁶⁰ A ficha de nº 236 foi computada duas vezes, pois aplicou prisão domiciliar para a ré e prisão preventiva para o réu.

⁴⁶¹ Ficha de nº 38.

anulação o acórdão que se limita, apenas, a transcrever o parecer do Ministério Público ou a sentença de primeiro grau.”⁴⁶²

Qualquer similitude com a aplicação do art. 155 do CPP não é mera coincidência. Se a decisão não pode basear-se exclusivamente em atos de inquérito policial, ela pode, sim, estruturar-se a partir deles, desde que “corroborada” por outros elementos judiciais. Ou seja, se a decisão judicial de segundo grau não pode dar-se exclusivamente em cima do parecer ministerial e da decisão do juiz *a quo*, pode basear-se neles, desde que apresente alguns parágrafos próprios.

Nesse sentido, deve-se destacar um princípio recorrentemente citado nos julgados, chamado de “princípio da confiança do juiz da causa” como argumento relevante para a manutenção da prisão preventiva, haja vista que o julgador de primeiro grau é quem está mais perto das peculiaridades do fato e pode, assim, tomar uma decisão mais adequada.⁴⁶³ Portanto, encontrou-se mais um atalho decisório.

Nesta Câmara, quando da análise qualitativa dos votos, percebeu-se uma confusão entre os elementos que deveriam integrar o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Há julgados que aplicaram a prisão preventiva pela conduta ter sido enquadrada como qualificada, por isso revelaria maior perversidade ou extrema periculosidade.⁴⁶⁴ Todavia, a figura delitiva simples também redundou em prisão, por ter sido praticado em via pública, sem motivação clara, revelaria audácia e destemor, conforme se depreende do trecho a seguir: “o *periculum libertatis*, por sua vez, encontra fundamento na garantia da ordem pública, considerando que o delito ocorreu em via pública, sem motivo aparente, o que revela audácia, destemor e a inequívoca crença da impunidade por parte do acusado.”⁴⁶⁵

Aqui, assim como nas outras Câmaras, o suposto pertencimento a uma associação ou organização criminosa denota periculosidade: “a suposta vinculação com o grupo criminoso demonstra a periculosidade do denunciado, evidenciando a probabilidade concreta de continuidade no cometimento do delito.”⁴⁶⁶

Inclusive o bem jurídico tutelado atingido serve como argumento apto a sinalizar a periculosidade da ação, sendo que essa é a razão da própria tutela do Direito Penal: “destarte, diante da gravidade dos fatos, pode-se inferir que ambos são indivíduos dotados de intensa

⁴⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1742702/SC**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=87030196&num_registro=201801194482&data=20180904&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 17 set. 2018.

⁴⁶³ Ficha de nº 159.

⁴⁶⁴ Ficha de nº 386.

⁴⁶⁵ Ficha de nº 437.

⁴⁶⁶ Ficha de nº 5.

periculosidade, pois, em tese, cometeram um crime eivado de violência e grave ameaça a pessoa, atingindo o bem jurídico primordial.”⁴⁶⁷

É evidente que o roubo é um crime que merece uma reprimenda maior do que aquela reservada ao furto, por ser um crime praticado mediante o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa. Todavia, trata-se de circunstâncias elementares do próprio delito, atinentes à sua materialidade e não ao risco gerado pela liberdade do investigado/processado.

Os recursos argumentativos são de todas as ordens e se afastam sensivelmente do que possa ser delimitado como necessidade cautelar. Observe-se o teor do seguinte julgado:

As circunstâncias referidas acima demonstram que o delito em questão é grave, gerando sensação de insegurança na população em geral, razão pela qual entendo que a liberdade dos flagrados gera risco à ordem pública local. Ressalta-se que a ordem, o sossego alheio e a tranquilidade são bens jurídicos que merecem o amparo da lei penal, sendo que a resguardando está se buscando evitar a ascensão da criminalidade dentro da sociedade.⁴⁶⁸

O tipo penal pensado para a tutela de um bem jurídico, que não logra ser devidamente resguardado pelas demais searas do direito, deve agora cuidar da ordem, do sossego e da tranquilidade, como forma de barrar a criminalidade. Essa tutela, historicamente, tem sido de competência da polícia, e não do judiciário, o qual busca o resguardo da ordem pública.⁴⁶⁹

Com Campesi, fica bastante evidenciada a funcionalidade da cautelaridade como um dispositivo policialesco, visto que não se limita a tratar do ilícito, é convocado para a gestão do perigo, independentemente da lesão a um bem jurídico. A tecnologia de segurança é responsável por diversos fenômenos que, haja vista a sua plasticidade e normatividade intrínseca, consegue gerir e governar nessa dinâmica.⁴⁷⁰

Inclusive, acórdãos sustentam que a liberdade individual deve ser utilizada para validar o trabalho investigativo da polícia. Aduzem que “eventual liberdade do paciente, ou dos demais indiciados, no caso concreto, tornaria desvalioso todo o trabalho investigatório da polícia.”⁴⁷¹

Ou ainda:

⁴⁶⁷ Ficha de nº 150.

⁴⁶⁸ Ficha de nº 274.

⁴⁶⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de; NASCIMENTO, Andréa Ana do. Desafios das reformas das polícias no Brasil: permanência autoritária e perspectivas de mudança. *Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016. p. 656.

⁴⁷⁰ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 227.

⁴⁷¹ Ficha de nº 5.

eventual liberdade dos pacientes, no caso concreto, tornaria desvalioso todo o trabalho investigatório da polícia que, ao longo de aproximadamente 09 meses, apreendeu 650 Kg de cocaína e 70 Kg de maconha, consoante se verifica de notícia veiculada recentemente no portal g1.globo.com.⁴⁷²

Convenha-se, a problemática que emana da polícia, e concorre para a deslegitimação do seu trabalho, não passa pela liberdade deste ou daquele, mas pela má- formação, pela má instrumentalização, pela má remuneração, pela militarização, pela setorização entre as polícias, pelos baixos índices de esclarecimento de crimes, pela letalidade na atuação, entre outros vieses apontados por especialistas em segurança pública.⁴⁷³

A periculosidade também é vinculada à contumácia ou à possibilidade de reiteração, dado o histórico criminal da pessoa, como se percebe no excerto a seguir: “endossado no decreto de prisão a reincidência do paciente, que, em liberdade, voltou a delinquir, denotando personalidade distorcida, o que recomenda sua contenção para a garantia da ordem pública.”⁴⁷⁴

Há um parágrafo recorrente nos votos, que cita doutrinador, afirmando a imperiosidade da realização de um juízo de periculosidade do agente na hipótese de prisão para a garantia da ordem pública. Esse referido juízo não pode integrar uma sentença penal e respaldar a dosimetria de uma pena, em virtude de a culpabilidade ser o elemento que norteia a responsabilidade criminal (própria). Contudo, em sede cautelar, novamente, é possível um ornitorrinco jurídico acobertado pela vacuidade da ordem pública. Observe-se o teor do parágrafo:

Renato Brasileiro: No caso de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não de culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social. Portanto, de acordo com essa corrente, a prisão preventiva poderá ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública sempre que dados concretos – não se pode presumir a periculosidade do agente a partir de meras ilações, conjecturas desprovidas de base empírica concreta – demonstrarem que, se o agente permanecer solto, voltará a delinquir.⁴⁷⁵

Ademais, para fins de dosimetria da pena, as ações em andamento não podem ser utilizadas para contabilizar antecedentes ou reincidência; contudo, para se criar uma presunção

⁴⁷² Ficha de nº 43.

⁴⁷³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de; NASCIMENTO, Andréa Ana do. Desafios das reformas das polícias no Brasil: permanência autoritária e perspectivas de mudança. *Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016. p. 654-662.

⁴⁷⁴ Ficha de nº 141.

⁴⁷⁵ Ficha de nº 428.

de periculosidade, em sede cautelar, sim.⁴⁷⁶ Nestes outros dois acórdãos, é literal o uso da tutela cautelar para proteção da sociedade, sequer é empregado o atalho da possibilidade de reiteração delitiva: “a custódia, conforme o entendimento do juízo *a quo*, é necessária especialmente para garantia da ordem pública, já que há elementos demonstrando que a soltura do paciente redundaria em perigo à sociedade.”⁴⁷⁷ Ainda:

Pelo que se tem até o momento, a motivação do crime bem como pelas demais informações acima, demonstra a periculosidade e a necessidade de segregação, a fim de garantir a ordem pública, assim também compreendida como providência necessária a resguardar o interesse coletivo, no que se refere ao aspecto da segurança pública.⁴⁷⁸

Esse raciocínio afina-se com as atribuições da polícia para a manutenção da ordem e da prevenção de riscos. Adiantam-se as barreiras da punição, uma vez que o “outro”, dotado de periculosidade individual, faz jus ao emprego de medidas policiais de segurança.⁴⁷⁹

Por outro lado, não ter antecedentes tampouco assegurou a liberdade, nos termos que se extrai de parecer acusatório, colacionado em voto, que reproduz uma questão de concurso de ingresso na carreira ministerial:

Aliás, este entendimento jurisprudencial tem sido perquirido em concursos públicos pelo Brasil afora, citando-se apenas como exemplo a seguinte questão (adaptada) do certame para provimento do cargo de promotor de justiça do Estado de Goiás, onde a assertiva que segue foi considerada como certa pelo gabarito oficial: MP/TO – CESPE – 2012. Assinale a assertiva correta acerca de custódia cautelar e suas modalidades. D) Ainda que o agente demonstre ter bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito no distrito da culpa, poderá ser decretada a sua prisão preventiva se estiver presente um dos requisitos autorizadores da custódia cautelar e restar comprovada a sua real necessidade.⁴⁸⁰

Portanto, o escudo gerado pela presunção da inocência é tão frágil, que pode ser rompido por uma questão de concurso público. O que denota uma escolha autoritária, pois a presunção de inocência, nas palavras de Amaral, “é uma opção política ínsita ao Estado democrático de direito.”⁴⁸¹

⁴⁷⁶ Ficha de nº 11.

⁴⁷⁷ Ficha de nº 49.

⁴⁷⁸ Ficha de nº 23.

⁴⁷⁹ SULOCCI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 83-84.

⁴⁸⁰ Ficha de nº 399.

⁴⁸¹ AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62. p. 85-115, jan./fev. 2013. Disponível em:

Todavia, o que se constata é que:

a crise naturalizada expõe o populismo punitivo como tecnologia judiciária permanente de governo. As primárias lições de que alguma segurança apenas poderá ser conquistada na medida em que houver a mínima confiança na não violação da liberdade de quem quer que seja passou a ser peça de museu. Em contrapartida, quando o medo passa a assolar o inocente (quem não deve, também teme!), demonstrado estará tão somente o descompasso da função jurisdicional e a inversão ideológica condizentes às nefastas práticas inquisitivas. Em suma, a presunção de inocência deve ser não apenas uma garantia de liberdade pública como valor fundamental, mas de segurança e confiança dos cidadãos na prestação jurisdicional.⁴⁸²

Esse emprego do populismo punitivo “como tecnologia judiciária permanente de governo” legitima o preenchimento do fundamento da garantia da ordem pública, inclusive, com o escopo de garantir a credibilidade da Justiça, respondendo aos anseios sociais:

A segregação é cabível para prevenir a reprodução de outros fatos criminosos, mostrando-se necessária à garantia da ordem pública como meio de assegurar a prestação jurisdicional e a própria credibilidade da justiça e, conseqüentemente, atender aos anseios aclamados pela sociedade.⁴⁸³

Lopes Jr. e da Rosa denominam esse panorama de crise identitária da Jurisdição, haja vista que o julgador não sabe quem é, qual lugar deve ocupar e como deve agir dentro da estrutura dialética processual. A quais expectativas esse juiz deve responder? Essa será a questão fulcral para que se possa falar em imparcialidade do magistrado no processo penal e a resposta não pode se afastar do cumprimento do papel de responsável pela efetividade do sistema de garantias individuais delineado na carta política.⁴⁸⁴

Nesse sentido, a motivação das decisões destaca-se no controle do poder judicial e da racionalidade externada pelo juiz, ao passo que esse poder somente estará legitimado se os argumentos empregados forem refutáveis e tiverem passado pelo crivo do contraditório, tornando-se, assim, válidos e seguros.⁴⁸⁵

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p85/24686-87>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁴⁸² AMARAL, Augusto Jobim do. **Presunção de inocência: a pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC nº 126.292/SP pelo STF**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5740-Presuncao-de-inocencia-A-pre-ocupacao-de-inocencia-e-o-julgamento-do-HC-126292SP-pelo-STF. Acesso em: 20 out. 2018.

⁴⁸³ Ficha de nº 43.

⁴⁸⁴ LOPES JR., Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. **Quando o juiz trata o Ministério Público como incapaz ou incompetente**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-14/limite-penal-quando-juiz-trata-mp-incapaz-ou-incompetente>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁴⁸⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 870.

Não obstante, não é o teor que, majoritariamente, tem se encontrado nos julgados. Quando analisados *habeas corpus* que tratam de tráfico de drogas, por exemplo, é reiterada a argumentação que extrapola o âmbito do próprio crime, para inserir considerações sobre condutas correlatas, os danos suportados pelos usuários e pela população como um todo. O mal causado pelo uso de drogas, a quantidade da droga, bem como a espécie são aptas a preencher o critério periculosidade. Dessa forma, a prisão, mais uma vez, é utilizada como “uma pronta resposta à sociedade.”⁴⁸⁶ Reitera-se de forma acrítica a necessidade de se acautelar o meio social com o uso da prisão cautelar:

No caso em apreço, os delitos envolvendo entorpecentes mostram-se de alta gravidade, porque atentatórios à saúde e à segurança públicas, abaladas com os nefastos efeitos do consumo de drogas, potencializada pela disseminação, especialmente, no meio infanto-juvenil. Além disso, cuida-se de delito que se constitui em mola-mestra da prática de outras tantas infrações penais, ligadas a delitos contra o patrimônio, especialmente, furtos, roubos e receptação, a financiar a traficância. Não são poucos os delitos praticados por usuários de entorpecentes sedentos pela busca de numerário para alimentar e retroalimentar o consumo. Por fim, os índices de homicídios vinculados a "acerto de contas" derivados do tráfico de drogas é alarmante o que acentua a gravidade do delito. A repercussão social da infração mostra-se acentuada, sendo a coibição do tráfico de entorpecentes medida impositiva, notadamente a evitar o ingresso e a permanência de uma juventude excluída socialmente no seio da criminalidade, na ingênua busca de rápida ascensão social.⁴⁸⁷

Ainda que existam outros fundamentos aptos a respaldar a segregação, mesmo que sejam apontados na decisão, a garantia da ordem pública se faz presente numa espécie de tábua da salvação. Ou melhor, escorrega-se – via (in)consciente – na tentação criminológica da defesa social, de esquecer o fato e centrar-se no sujeito, a partir da “cadeia de significantes previstos na lei, até porque a legislação utiliza-se de termos claramente vagos e ambíguos para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos (...).”⁴⁸⁸

No que toca ao emprego de medidas cautelares diversas da prisão, o excesso de prazo, ou seja, desrespeito ao direito constitucional de ser julgado num prazo razoável deu azo ao seu uso.⁴⁸⁹ Desse modo, o constrangimento ilegal garantiu a restrição, em menor grau, da liberdade

⁴⁸⁶ Ficha de nº 90.

⁴⁸⁷ Ficha de nº 199.

⁴⁸⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 581.

⁴⁸⁹ Ficha de nº 193.

e de outros direitos. Foi aplicada a prisão domiciliar em apenas um caso, uma vez que a paciente era mãe de criança menor de três anos.

Em síntese, o que se percebe, como regra, é a ausência de *periculum libertatis* como justificativa à aplicação dessas outras medidas, o que reforça a hipótese da expansão ilegítima do controle penal formal, quando não caberia nenhuma restrição à liberdade individual.

4.2.3 Terceira Câmara Criminal

Analisaram-se 138 *habeas corpus* julgados pela Terceira Câmara, mas contabilizar-se-ão 139, já que, em um mesmo julgado, aplicou-se medida cautelar diversa para um dos pacientes, e prisão a outro. Dito isso, a prisão preventiva foi a opção em 104 dos casos (74,82%); em 21 julgados, aplicaram-se medidas cautelares diversas da prisão (15,10%); em 13 casos, aplicou-se a liberdade incondicionada (9,35%); em um caso, a prisão domiciliar (0,71%).

Os índices de liberdade provisória, com e sem medidas cautelares, são os mais altos entre todas as Câmaras examinadas (25,16%). Por outro lado, a análise de antecedentes permaneceu central no teor dos votos, visto que, em 58 (41,72%) julgados, apontaram-se antecedentes criminais; em 81 (58,27%), foram considerados sem antecedentes ou deixaram de ser analisados. O uso do parecer ministerial foi adotado como razão de decidir em 40 julgados, portanto, em quase 30 % da totalidade analisada na Câmara.

Entre todas as decisões, houve 26 votos divergentes. Se esses resultados forem comparados aos de Câmaras, esta foi a que mais divergiu em termos de liberdade plena, uso de cautelares diversas e prisão preventiva, adentrando na ausência de fundamentação concreta ou de *periculum libertatis*.

A divergência vencida, presente nos acórdãos 1, 12, 38, 40 e 79, fichas 1, 9, 23, 24, e 45, cingia-se à ausência de fundamentos suficientes à prisão e, conseqüentemente, para medidas cautelares diversas. Os votos divergentes dos acórdãos 38, 40, 92, 167, 171, 181 e 214, fichas 23, 24, 56, 112, 114, 120 e 138, concediam liberdade plena no lugar da prisão.

Outra divergência vencida, presente nos acórdãos 6, 7, 10, 11, 17, 55, 78 e 177, fichas 4, 5, 7, 8, 11, 30, 44 e 117, aplicava medidas cautelares diversas da prisão preventiva. A divergência vencida nos acórdãos 19, 56, 71 e 144, fichas 13, 31, 39 e 93, mantinha a prisão preventiva a todos os acusados. Já as divergências vencidas nos acórdãos 46, 47, 51, fichas 25, 26, 51, aplicavam medidas cautelares diversas no lugar de liberdade incondicionada. No acórdão 166, ficha 111, a divergência foi acolhida para conceder liberdade incondicionada.

Quanto ao fundamento empregado, 99 (95,19%) *habeas corpus* utilizaram a garantia da ordem pública, entre os quais, 36 (34,61%) combinaram a garantia da ordem pública com outro fundamento do art. 312 do CPP. Dois não apresentaram fundamento, totalizando três se somada a prisão domiciliar (2,88%). Um julgado (0,96%) utilizou como fundamento único a garantia da lei penal e outro (0,96%) a conveniência da instrução criminal. A preponderância da garantia da ordem pública como fundamento único da segregação se repete, assim como nas outras Câmaras.

Mesmo quando presentes outros fundamentos para segregação cautelar, por exemplo, a intimidação de testemunhas relevantes ao processo, insiste-se na necessidade de apontar a garantia da ordem pública,⁴⁹⁰ deslocando-se a previsão inicial da prisão preventiva como “garantia do processo – para se transformar em aparência de segurança pública.”⁴⁹¹

No que toca à necessidade de afastar medidas diversas da prisão, constatou-se que em 67 casos (64,42%) que aplicaram a segregação cautelar afastaram-se as cautelares diversas, enquanto que, em 37 julgados, foram ignoradas (35,57%).

Esses números significativos, encontrados nas diversas Câmaras, de não afastamento de medidas cautelares diversas, respalda-se, em larga medida, no art. 321 do CPP, que inverte a ordem constitucional da liberdade como regra, pois dispõe que, se ausentes os requisitos da prisão, a liberdade deve ser imposta com ou sem outras medidas.

Partindo da ótica do dispositivo legal, se o julgador entende que é imperiosa a prisão, não precisa avaliar a suficiência do uso de outros mecanismos. Com isso, ele inicia a formação da sua decisão, a cognição cautelar, pela medida mais gravosa, em vez de principiar pela liberdade e ir subindo degraus argumentativos, quando presente a necessidade de algum grau de restrição, desde que postulada pelo órgão acusador.

Nessa ótica, Choukr sustenta que a análise da necessidade cautelar se dá pela apreciação do art. 282, e incisos, e artigos 312 e 313, todos do CPP, que deverão constituir o conteúdo da audiência, não expansível para questões de mérito.⁴⁹² Esse é um ponto que pode dar início, caso devidamente ampliado, aos contornos da argumentação cautelar, passando-se pela adequação da medida, a necessidade e, por fim, a proporcionalidade, em sentido estrito,⁴⁹³ evitando-se as decisões-padrão, que são habituais nessa seara.

No que diz respeito à análise qualitativa, assim como na segunda Câmara, nos crimes de homicídio, as qualificadoras denotaram periculosidade: “o *modus operandi* – crime cometido por motivo fútil, com emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima – é indicativo da periculosidade do paciente.”⁴⁹⁴

Ademais, no crime de tráfico, a quantidade da droga, a diversidade, a nocividade, a forma de acondicionamento, a presença de balança, bem como o seu vínculo com a prática de

⁴⁹⁰ Ficha de nº 108.

⁴⁹¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 583.

⁴⁹² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 750.

⁴⁹³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 312-313.

⁴⁹⁴ Ficha de nº 60.

outros crimes, circunstâncias que claramente estão vinculadas à materialidade do delito, apontam a presença de *periculum libertatis*.⁴⁹⁵ Em alguns julgados, sequer é necessária uma expressiva quantidade de drogas, conforme o seguinte excerto: “embora a quantidade de droga não seja de grande monta, os elementos do caso concreto não demonstram, com algum grau de certeza, que o acusado fará jus ao benefício do tráfico privilegiado.”⁴⁹⁶

Todavia, o principal argumento que dá forma à periculosidade é a reiteração. O exame de antecedentes é fator determinante à aplicação da prisão preventiva. Este, assim como nas outras Câmaras, transcende as sentenças penais condenatórias.⁴⁹⁷ É o que se extrai do voto a seguir:

Paciente não reincidente, contudo, responde a processos por porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, receptação, roubo, tráfico ilícito de drogas, roubo majorado e homicídio qualificado. Portanto, a condição de tecnicamente primário, não constitui, em tese, óbice à manutenção da prisão cautelar, ainda mais quando as circunstâncias do caso concreto indicam o risco que o paciente oferece aos demais indivíduos da sociedade, justificando sua segregação.⁴⁹⁸

Há uma explícita simetria com a concepção de Ferri quanto à presunção de inocência e à necessidade primeira de defesa social. Portanto, divorciando o indivíduo da sociedade, como meio de equilibrar os direitos de um com o dos outros, o autor sustentava que a presunção de inocência deveria ser balizada pela categoria do delinquente e não pelo fato.⁴⁹⁹

Explica Ferrajoli que a escola criminológica positiva italiana foi a grande responsável pela inserção de medidas de defesa social no ordenamento jurídico italiano, que respaldaram, por sua vez, o desenvolvimento de articulações policiais no sistema penal, regidas por um tipo normativo de autor. Desinteressa, nesse sentido, o cometimento do fato delitivo e centraliza-se a qualidade pessoal individual. Adotando-se praxes que se localizam para além do direito penal.⁵⁰⁰ O Brasil, como importador da matéria processual penal italiana, trouxe essa matriz de compreensão ao processo penal.

Por outro lado, em julgados envolvendo tráfico de drogas, por exemplo, é comum que a primariedade tampouco redunde em liberdade, como se vê no excerto:

⁴⁹⁵ Fichas de nº 10, 35 e 54.

⁴⁹⁶ Ficha de nº 38.

⁴⁹⁷ Ficha de nº 92.

⁴⁹⁸ Ficha de nº 36.

⁴⁹⁹ FERRI, Enrico. **Sociología criminal**. Tomo II. Centro editorial de góngora: Madrid, 1900. p. 193 e 196.

⁵⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 706.

No caso em tela, as circunstâncias concretas do delito justificam a necessidade da prisão preventiva, porquanto demonstra a conduta desajustada de violência e desrespeito com a vida humana e a ordem pública, por suas autoridades, a evidenciar a periculosidade dos pacientes, o que não se abala diante da primariedade.⁵⁰¹

Da mesma sorte, são esses crimes que trazem uma série de argumentos estranhos ao caso concreto, como no voto acima, que trata de tráfico de drogas e associação, quando é aduzido que a conduta é violenta e desrespeitaria a vida humana. Sabe-se que o tratamento dado ao tráfico de drogas pelo Estado, seguindo um modelo de proibição e belicista, gera consequências devastadoras, também não se desconhece os malefícios do uso de substâncias entorpecedoras, de forma geral, mas o crime de tráfico, em si, não congrega, nos seus elementos constitutivos, a violência.

O que vai se consagrando, em sede cautelar, é que a ausência de um modelo decisório claro, a permanência da garantia da ordem pública como fundamento válido, e a retórica da reiteração, autorizam que se confunda materialidade como risco de liberdade; tipificação penal com periculosidade; por sua vez, periculosidade com culpabilidade; e assim por diante.

Nessa direção apontou o acórdão colacionado abaixo, que revogou a prisão preventiva por entender ausente fundamentação concreta quanto à necessidade da segregação:

São incontroversos os malefícios causados pelo tráfico ilícito de entorpecentes e, por evidente, referidos argumentos podem ser integrantes da decisão. Todavia, somente isso não basta. É preciso que se fundamente a necessidade da prisão, em argumentos concretos do fato, por exigência constitucional do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.⁵⁰²

Em outra decisão ímpar, de relatoria do Desembargador Achutti, afirmou-se que a argumentação atinente ao *periculum* não pode ser genérica, em virtude de a prisão ser medida excepcional e não um escudo social. As demandas sociais, quanto à saúde e à segurança, não competem ao Judiciário. Nessa ótica, o juiz está subordinado à lei e não à opinião pública. O processo penal não é o mecanismo apto para reduzir a criminalidade e muito menos as medidas cautelares. Pela clareza da exposição, apesar de extensa, merece ser transcrita:

Neste cenário, realço que entendo a prisão antes da condenação como medida excepcional. A cautelar não pode servir como instrumento de antecipação de eventual pena, nem servir de escudo social contra a presunção de potencialidade delitiva do indivíduo.

⁵⁰¹ Ficha de nº 55.

⁵⁰² Ficha de nº 159.

Sublinho que a prisão cautelar, exceção, deve ser fundamentada de forma a demonstrar sua pertinência, não bastando a simples alegação do motivo, no caso, a garantia da ordem pública. Logo, tenho que é necessária a demonstração de que a liberdade do acusado se refletirá em prejuízo da ordem pública.

Consabido que a população mostra-se desassossegada e insegura, diante da falta de respostas estatais às necessidades básicas de saúde e segurança, e isto gera um fenômeno que exige da jurisdição que satisfaça demandas sociais, que deveriam ter respostas de outros sistemas do poder político, isto é, executivo e legislativo.

Entretanto, esta debilidade social, que resulta em clamor popular, não justifica que os juízes devam submeter-se à opinião pública, pois as decisões judiciais não podem subordinar-se senão à lei. E sendo assim, a cautelar, então, não pode servir como instrumento de antecipação de eventual pena, nem servir de escudo social contra a presunção de potencialidade delitiva do indivíduo.

A ordem pública é expressão que deve ser compreendida sem perder de vista a função precípua do Estado, através do Poder Judiciário, qual seja: prover justiça. Tal é o fundamento primeiro do direito processual penal. Os órgãos da administração da justiça estão obrigados, sem exceção, a uma atividade de proteção jurídica e de administração da justiça. Este é o único objetivo. Não cabe ao julgador debruçar-se sobre a ética do ato imputado ao acusado, tendente a aprovação ou reprovação moral de uma conduta de determinado indivíduo. O julgamento jurídico não guarda necessariamente relação com a moralidade do ato julgado.

Daí a conclusão de que a ordem pública não é outra coisa senão a ordem jurídica, a qual, sempre que violada, causa desarranjo social. E o Judiciário tem por obrigação garantir a proteção jurídica da sociedade e dos indivíduos. Nesta linha, quando o Judiciário, por presunção e/ou conjectura do julgador, decidir com base em conceitos morais e extralegais, o fará contra a ordem pública. Cabe ao julgador apresentar fundamentação detalhada, apontando como a ordem pública futura corre risco de ser afetada por um ato pretérito. (...) Não se pode olvidar que levar ao sistema prisional falido, corrompido e que atente contra a dignidade humana, como é o que temos no país, um acusado que ainda não está totalmente incurso no mundo do crime, representa contribuir para pervertê-lo mais, quando o lógico e esperado é ajudá-lo a que se reabilite, ao contrário de estigmatizá-lo antes mesmo do devido processo legal à condição de delinqüente.

Por outro lado, quando o acusado é exposto como delinqüente termina por assumir este papel, pois as alternativas lhe escapam, uma vez que se torna praticamente impossível fugir do etiquetamento, terminando o ambiente carcerário por fomentar a criminalidade – contrariando, assim, o que seria finalidade – fazendo com que o “suspeito” passe a trilhar o caminho de delinqüência, que se sabe ser sem volta.

Violência é gerada de violência. Ao tentar fazer da prisão preventiva uma antecipação da pena, incorre-se no erro de levar à violência do cárcere que sabidamente tem condições subumanas, pessoas que serão dessocializadas (não ressocializadas) sofrendo um processo brutal de desculturação.

A banalização das prisões preventivas compromete o simbolismo de prisão, que deveria punir a prática de fatos típicos e com o objetivo de desestimulá-los e também exemplificar à sociedade, termina tendo seu sinal invertido. Sublinho que o Estado de Direito exige do cidadão um comportamento, mas impõe, também, ao Estado subordinação à Lei. A gravidade do fato não autoriza a inversão das regras penais e processuais penais. (...)⁵⁰³

⁵⁰³ Ficha de nº 46.

Neste outro acórdão, que caminha no mesmo sentido e concede a liberdade, é repisada a necessidade de apontar o perigo gerado por esta última, bem como se indicou a insuficiência da gravidade abstrata do crime.

Com efeito, oportuno salientar que a prisão, principalmente, a preventiva é medida de natureza excepcional, resguardada às hipóteses em que, comprovado o *fumus comissi delicti* e presentes indícios suficientes de autoria, restar demonstrado o *periculum libertatis* indicativo da concreta situação de perigo gerada pela liberdade do agente. Além do mais, nesta mesma linha, a doutrina destaca ser a prisão cautelar a última ratio do sistema jurídico-penal. (...) Ainda, sublinho que a mera gravidade abstrata do delito, sem a comprovação efetiva do *periculum libertatis*, considerando ainda o fato de ter respondido o processo até a pronúncia em liberdade e sem a notícia de qualquer ato atentatório ao processo e sequer há vítima e testemunhas, demonstram não haver elementos suficientes para justificar a segregação cautelar do paciente.⁵⁰⁴

Amaral, ao analisar recente decisão do STF, explicita que o respeito à presunção de inocência é o custo de se viver no âmbito democrático, ou melhor, o preço da democracia, dado que ou se aceita a inocência e com ela a possibilidade de que algum culpado fique impune, ou se conclui pela impossibilidade de viver-se num Estado democrático.⁵⁰⁵

Mudando a tônica, quando da aplicação de medidas cautelares diversas, a decisão se estrutura na ausência da periculosidade concreta do acusado.⁵⁰⁶ Quando da liberdade incondicionada, também se encontra a articulação da ausência da periculosidade⁵⁰⁷ e, ou, de *periculum libertatis*, de modo que, novamente, se percebe um entrelaçamento entre periculosidade e a fundamentação, supostamente, cautelar.⁵⁰⁸

A decisão a seguir é nesses termos: “[...] ausente a demonstração do *periculum libertatis*, mostra-se impositiva a concessão da ordem. Porém, presentes indícios de possível traficância, mostra-se adequada a fixação de medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.”⁵⁰⁹

É imperioso destacar que medidas cautelares diversas da prisão exigem fundamento cautelar, não devem ser utilizadas na ausência *periculum libertatis*, mas, sim, quando este último está presente e há medida diversa da prisão capaz de tutelar a situação de risco gerada

⁵⁰⁴ Ficha de nº 47.

⁵⁰⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. **Presunção de inocência: a pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC nº 126.292/SP pelo STF**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5740-Presuncao-de-inocencia-A-pre-ocupacao-de-inocencia-e-o-julgamento-do-HC-126292SP-pelo-STF. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵⁰⁶ Ficha de nº 107.

⁵⁰⁷ Ficha de nº 142.

⁵⁰⁸ Fichas de nº 111, 116, 183 e 207.

⁵⁰⁹ Ficha de nº 79.

pela liberdade do indivíduo. “A lei veio no sentido do aumento do espectro da liberdade no direito processual penal, e não o contrário.”⁵¹⁰

Observe-se a decisão abaixo que, apesar de afirmar a inconsistência dos temores da vítima, por elementos vinculados à conduta do acusado durante o processo, aplica, ainda assim, medida cautelar diversa, de forma infundada:

Além disso, não há consistência nos alegados temores da vítima e de sua namorada, pois o lapso temporal transcorrido, durante o qual o paciente permaneceu em liberdade, sem que nada tenha acontecido, não confirmar o alegado temor. Prudente, de todo modo, a imposição de medida cautelar diversa, no sentido de vedar ao paciente o contato com a vítima e testemunhas da acusação, por qualquer meio.⁵¹¹

Esta outra decisão também traz um conteúdo conflituofo, narra que não há elementos aptos a demonstrar que o paciente seja um perigo ao andamento da instrução criminal, mas aplica medidas diversas para resguardá-la e inclui, ainda, a necessidade de assegurar a aplicação de lei penal, de forma absolutamente desvinculada de quaisquer elementos.

Quanto à garantia da instrução criminal, não se vislumbram elementos concretos a ponto de demonstrar, de forma estreme de dúvidas, que o paciente ofereça perigo à instrução do processo, não sendo idôneo presumir que testemunhas mudarão seus ditos em juízo em razão da “alta periculosidade dos agentes”. Cabimento da aplicação de cautelares alternativas de forma a resguardar a instrução criminal e eventual aplicação da lei penal.⁵¹²

O excesso de prazo no transcurso do processo também deu lugar ao emprego de medidas cautelares diversas da prisão.⁵¹³ Mais uma vez, o constrangimento ilegal, dado o desrespeito ao direito constitucional de ser julgado dentro de um prazo razoável, não redundou em restituição da liberdade plena.

⁵¹⁰ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 145.

⁵¹¹ Ficha de nº 144.

⁵¹² Ficha de nº 145.

⁵¹³ Ficha de nº 71.

4.2.4 Quarta Câmara Criminal

No que toca à quarta Câmara Criminal, pode-se afirmar que, dos 54 julgados analisados, 43 aplicaram prisão preventiva, 10 aplicaram medidas cautelares diversas e 1 concedeu liberdade incondicionada. Por conseguinte, em quase 80% dos casos, a escolha foi o cárcere (79,62%), as medidas cautelares diversas representaram 18,51% dos casos, sendo que a liberdade ficou restrita a 1,85 %.

No que diz respeito aos votos divergentes, há uma uniformidade no raciocínio jurídico dos Desembargadores quanto à temática cautelaridade, em virtude de terem sido encontrados apenas em 8 julgados e, alguns deles, constituíam apenas uma frase.

A primeira divergência vencida, acórdão 2, ficha 1, aduzia a caracterização de constrangimento ilegal, pois o crime de coação no curso do processo não possui pena superior a quatro anos, nos termos exigidos pelo art. 313, inciso I, do CPP. Nas divergências vencidas, nos acórdãos 33, 35 e 34, fichas 28, 30, e 29, a ordem, nas primeiras, foi denegada se reportando ao parecer ministerial e, na segunda, por entender presente a periculosidade do agente, dado o risco de reiteração delitiva. A quinta divergência vencida, acórdão 38, ficha 31, sustentava a ilegalidade da prisão, haja vista a ausência de fundamentação quanto à sua necessidade.

A sexta divergência, acórdão 56, ficha 48, entendia ausente a necessidade da prisão. Por fim, nos acórdãos 59 e 60, fichas 50 e 51, o voto divergente vencido denegava a ordem sem discorrer sobre o porquê.

O único julgado que concedeu a liberdade incondicionada, ficha 27, pautou-se no excesso de prazo da prisão, que já perdurava 40 dias, por um fato que não guardava complexidade e, mesmo assim, o órgão ministerial ainda não tinha oferecido denúncia. Dessa forma, considerando que os arts. 41 e 312, do CPP, possuem elementos comuns, autoria e materialidade, e se estes não são encontrados para a denúncia, em simetria de raciocínio, não subsiste razão à prisão preventiva.

Do total de julgados, 25 sustentaram a presença de maus antecedentes (46,29%). Quanto aos fundamentos cautelares empregados, 43 das decisões que aplicavam prisão utilizaram a garantia da ordem pública (100%). Destes, 6 a combinaram com outro fundamento do art. 312 do CPP (13,95%). Das 43 decisões que aplicaram a prisão preventiva, 40 (93%) afastaram o uso de medidas cautelares diversas da prisão. É de se destacar que 14 julgados integraram como razões de decidir o parecer ministerial (25,92%).

Dos dados quantitativos se extraem algumas conclusões: esta Câmara, assim como a Terceira Câmara, aplicou a um número maior de casos a liberdade provisória com ou sem

medidas cautelares diversas. Contudo, os maus antecedentes foram considerados em quase 50% dos casos, demonstrando o quão relevantes são para definir o uso da prisão preventiva, ao que se soma o emprego da garantia da ordem pública em 100% dos julgados que aplicaram prisão. Em apenas 14%, desse total, incluíram-se outros fundamentos, assim, repisando a sustentação de que o referido fundamento é o atalho argumentativo que ampara o uso desmedido da prisão preventiva.

Observando o uso desse fundamento, percebe-se que os pés seguem afincados na década de 30, no período das reformas dos Códigos, quando os tecnicistas-jurídicos, responsáveis pela redação dos textos, afirmavam ser a periculosidade um “critério de orientação racional.”⁵¹⁴

No que toca à análise qualitativa, no primeiro julgado examinado, percebeu-se o emprego da prisão no crime previsto no art. 344, do Código Penal, que traz pena não superior a quatro anos. A periculosidade é destacada da seguinte forma: “ameaça de morte perpetrada contra Promotor de Justiça momentos após a sua condenação por delito de homicídio qualificado, inexistindo dúvidas acerca da sua periculosidade, estando justificada a prisão, a bem da ordem pública.”⁵¹⁵

É fundamental, a fim de garantir a proporcionalidade do uso da segregação, a não aplicação em crimes com penas até quatro anos, porque cautelarmente se estará utilizando medida mais gravosa da que poderá advir em uma sentença penal condenatória, seja pela possibilidade de aplicação de penas alternativas, seja pelo regime prisional.

Outro elemento que, reiteradamente, é apresentado como periculosidade é o integrar associação ou organização criminosa, conforme o excerto a seguir: “presença de fortes indícios de que os pacientes sejam integrantes de uma organização criminosa, demonstrando a sua periculosidade.”⁵¹⁶ Ocorre que essa colocação se aproxima muito mais da materialidade e indícios de autoria desses crimes, *fumus commissi delicti*, do que do *periculum libertatis*.

Ainda, a periculosidade também é afirmada com a presença de antecedentes, sustentando-se a possibilidade de reiteração delitiva, bem como a retórica da gravidade concreta do crime e a garantia da paz pública. Veja-se dois trechos exemplificativos: “revelando vida pregressa maculada e periculosidade presumida, impositiva a manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública”⁵¹⁷ e “a gravidade concreta da conduta pode e deve fundamentar

⁵¹⁴ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 89 e 104.

⁵¹⁵ Ficha de nº 2.

⁵¹⁶ Ficha de nº 4.

⁵¹⁷ Ficha de nº 16.

a prisão preventiva, face à periculosidade social.”⁵¹⁸ Sendo assim, os antecedentes e o *modus operandi* criam uma presunção de periculosidade em sede cautelar.

Mais uma vez, constata-se a proximidade da cautelaridade com o poder de polícia como uma tecnologia de segurança,⁵¹⁹ sua incumbência não é tão somente o fato e a ação perigosa imediata, mas, acima de tudo, é a governabilidade de pessoas perigosas (prevenção mediata).⁵²⁰ Estas últimas constituem um perigo presumido.

Todavia, quando aplicada liberdade com medidas cautelares diversas, evidenciou-se o seu oposto, ou seja, ausência de periculosidade e a impossibilidade de presumi-la. A exceção de um acórdão (lesão corporal e ameaça), todos os demais cuidavam de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.⁵²¹

A primariedade não logrou assegurar a liberdade, condicionada ou incondicionada, em muitas oportunidades, pois “as alegadas condições pessoais favoráveis – histórico familiar, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito – não são garantidoras de direito à liberdade, se a manutenção da prisão é recomendada por outros elementos, como no caso.”⁵²²

Durante o período da pesquisa, foram encontrados diversos acórdãos atinentes ao crime previsto no art. 272, § 1º, do CP, referentes a uma mesma operação que apurou a adulteração de leite. O teor dos votos seguiu o modelo abaixo:

O crime, em tese, praticado (art. 272, CP), é doloso e prevê, abstratamente, pena privativa de liberdade máxima de 08 anos de reclusão, preenchidos, também, os requisitos do artigo 313, inciso I, CPP. No mais, o comportamento externado pelo paciente, segundo a reconstituição inicial, revela periculosidade, indicada pelo desprezo e descaso quanto aos efeitos nocivos e deletérios à saúde da população, o que recomenda a custódia cautelar como garantia da ordem pública. Ademais, constata-se que esta fraude vem ocorrendo há anos, em vários Estados do Sul do País, existindo organizações criminosas atuando nesta nefasta prática, objetivando lucro fácil à custa da saúde humana. Tal prática delitativa atinge número indeterminado de consumidores, já que o leite e seus derivados são alimentos fundamentais para suprir necessidades nutricionais do ser humano. Nas circunstâncias, pelo número de flagrados nas interceptações, há fortes indícios da existência de quadrilha especializada, com divisão de tarefas entre os componentes.⁵²³

⁵¹⁸ Ficha de nº 18.

⁵¹⁹ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 223.

⁵²⁰ CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009. p. 225.

⁵²¹ Fichas de nº 4, 20, 21, 28, 29, 30, 49, 50, 51, 52.

⁵²² Ficha de nº 8.

⁵²³ Fichas de nº 8, 9, 10.

Dessa forma, estabeleceu-se um modelo decisório aos casos integrantes dessa mesma operação, alterando-se apenas o parágrafo que se referia a quem era o sujeito, de modo que, de antemão, já estava decidida a segregação dos supostos envolvidos naquela conduta.

Nesta Câmara, assim como nas anteriormente analisadas, determinados crimes, apesar de não possuírem como elementos constitutivos a violência ou grave ameaça à pessoa, autorizaram a retórica de que fomentavam outras condutas e deveriam, assim, redundar em prisão preventiva. É o que se retira, de forma exemplificativa, do voto a seguir, que cuida do porte de arma:

De outro lado, cumpre ainda registrar que o crime de porte de arma está intimamente ligado, em tese, a crimes graves, como roubo e homicídio, delitos que assolam a comunidade, de forma que, consideração as condições pessoais do flagrado exibidas na certidão de antecedentes impõe-se a prisão preventiva.⁵²⁴

Ainda, outro argumento que se desloca da necessidade cautelar é aquele que vincula a suposta reiteração com a efetiva repressão do aparelho estatal:

O delito admite a segregação cautelar, ante a pena cominada em abstrato. O autuado registra extensa folha de antecedentes policiais e judiciais, revelando que a prática delitativa não é fato isolado em sua vida. A vida em sociedade pressupõe respeito à lei e ao direito alheio e o autuado parece não dispor de mecanismos psicológicos que lhe permitam o convívio social saudável. Há, a meu sentir, risco concreto à ordem pública, em razão da reiteração da ação delitativa, estimulada pela ausência de efetiva repressão do aparelho estatal. O fato de possuir endereço fixo e ocupação lícita não elide a necessidade da custódia cautelar, como forma de garantir a ordem pública.⁵²⁵

Não é possível atribuir a medidas cautelares de natureza pessoal, que devem tutelar um risco decorrente da liberdade, a funcionalidade simbólica de demonstrar que as instituições públicas funcionam ou há suficiência da repressão, por não se estar a falar em pena. Com isso:

(...) o Estado, sob a alegação de que está colocando um fim à criminalidade, acabando com o denominado estado paralelo que não respeita a ordem jurídica vigente, comete os mesmos erros e pratica os mesmos atos que as forças a serem combatidas praticam e praticavam, ou seja, estão apenas trocando o protagonismo dos personagens. Usam da força, criam critérios conforme o momento e executam aquilo que entendem melhor.⁵²⁶

⁵²⁴ Ficha de nº 22.

⁵²⁵ Ficha de nº 21.

⁵²⁶ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 22.

Conforme já dito, a prisão cautelar é admitida e tem respaldo constitucional. Não obstante, não é carta branca para legitimar qualquer restrição de liberdade. Nessa ótica, “a presunção de inocência é a regra que atua com o escopo de evitar a antecipação da pena, enquanto a prisão cautelar é um instrumento excepcional a serviço da efetividade da jurisdição.”⁵²⁷

A efetiva repressão por conduta delitiva praticada se dá com a reprimenda penal, após o andamento regular do processo penal, que deve estar abalizado pelo respeito das garantias postas no texto constitucional. Adentrar na ausência de mecanismos psicológicos que permitam o convívio social saudável é adentrar num discurso teratológico à senda cautelar e, até à penal.

Portanto, com Khaled, compreende-se como imprescindível “fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana – e, logo, na presunção de inocência –, e um processo de inspiração inquisitória e fascista, fundado na lógica de persecução ao inimigo.”⁵²⁸

⁵²⁷ NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p 65.

⁵²⁸ KHALED JR., Salah Hassan. **Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5741-Me-ne-frego-a-presuncao-de-inocencia-apunhalada-pelo-STF. Acesso em: 20 out. 2018.

4.2.5 Quinta Câmara Criminal

De 218 julgados, 92,2% (201) aplicaram prisão preventiva. Em 2,29% (5) dos julgados, aplicaram-se medidas cautelares diversas da prisão. A liberdade incondicionada ficou restrita a 5,5% (12) dos casos.

Todos os 201 votos que aplicaram prisão preventiva utilizaram como fundamento a garantia da ordem pública (100%); desse total, 55 combinaram esse fundamento com outro presente no art. 312 do CPP (27,36%). O uso da garantia da ordem pública se sobrepõe a todos os demais, inclusive quando são relatados outros fundamentos, ainda assim, mantém-se a ordem pública.⁵²⁹ A Câmara integrou, em 5 julgados, nas razões decisórias, o parecer ministerial.

No que toca às medidas cautelares diversas da prisão, elas foram afastadas em 73,13% dos casos que aplicaram prisão preventiva (147), ou seja, em 26,86% dos casos, sequer se afastaram as alternativas ao cárcere (54).

Do total de julgados examinados, 91 apontaram a presença de antecedentes criminais (41,74%), denotando, novamente, a sua centralidade quando da aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal. Mais uma vez, percebe-se uma similitude de raciocínio empregado na Câmara, já que, em apenas 14 casos, houve voto divergente (6,42%).

A primeira divergência, acórdão 50, ficha 18, foi vencedora, afastando o uso de medidas cautelares diversas para aplicar a prisão. As divergências vencidas, acórdão 59, 219 e 294, fichas 21, 96 e 125, aplicavam medidas cautelares diversas, haja vista a primariedade do paciente, bem como ter sido o crime praticado mediante ameaça e não violência (roubo).

As divergências vencidas, nos acórdãos 452, 473, 478, 488, 493 e 496, fichas 202, 205, 208, 214, 216 e 218, revogavam a liberdade e aplicavam a prisão. O voto divergente vencedor, acórdão 479, ficha 209, concedeu liberdade, considerando-se que o crime praticado, em tese, era furto qualificado. No acórdão 481, ficha 211, a divergência vencida sustentava a prisão no lugar de liberdade concedida e, no acórdão 483, ficha 212, aduzia a necessidade da prisão no lugar de medidas cautelares diversas. Já a divergência vencida do acórdão 489, ficha 215, concedia a ordem, por tratar-se de agentes primários e o crime supostamente praticado era sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Passando à análise qualitativa, aponta-se que o *fumus commissi delicti* é vinculado, nos crimes contra o patrimônio, como regra, ao flagrante delito. Da mesma sorte, questões atinentes

⁵²⁹ Fichas de nº 4, 26 e 433.

à forma de praticar o crime, às circunstâncias que o integram, que seriam elementos vinculados ao crime em si (materialidade), justificam a presença de *periculum libertatis*:

A necessidade da prisão cautelar é evidente diante da periculosidade demonstrada pelo *modus operandi* do agente, que supostamente praticou o delito com extrema audácia, em plena luz do dia, com o emprego de arma e juntamente com um adolescente infrator, o que autoriza a manutenção da segregação para garantia da ordem pública.⁵³⁰

No crime de roubo, reiteradamente, circunstâncias que majorariam a pena são responsáveis por preencher o significativo da periculosidade do agente. O referido delito traz uma fundamentação da seguinte ordem: “o crime envolveu grave ameaça e violência contra a pessoa, revestindo-se de gravidade concreta e denotando a periculosidade do paciente pelo *modus operandi*, estando justificada a manutenção da segregação para a garantia da ordem pública.”⁵³¹

Deve-se destacar, mais uma vez, que elementares do crime são seus caracteres constitutivos, sem eles, a conduta delitativa seria outra, ou ainda, o fato tornar-se-ia atípico. Dito isso, não é possível utilizá-los para demonstrar a presença de *periculum libertatis*, mas, sim, de *fumus commissi delicti*.

No voto abaixo, novamente, repete-se essa confusão entre materialidade e o risco, em tese, propagado pela liberdade do paciente, além de trabalhar com a famigerada divisão entre sujeitos de bem e sujeitos maus:

que teriam perpetrado delito de roubo, com uso de armas de fogo e em concurso de agentes, abordando o ofendido quando saía de sua residência, por volta de 07 horas da manhã, para mais um dia honesto de trabalho, sendo surpreendido pela ação criminoso. Por certo, é delito extremamente frequente, de grande censurabilidade social, e que causa considerável insegurança aos cidadãos de bem, trabalhadores.⁵³²

Nesse sentido, ainda, o enquadramento da conduta nos delitos previstos no art. 288, do CP, e art. 1º, da lei nº 12.850/2013, também tem o condão de apontar a presença de periculosidade do agente. É o que se depreende do voto abaixo transcrito:

E a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública decorre justamente da periculosidade do paciente, por supostamente integrar tal organização, na

⁵³⁰ Ficha de nº 84.

⁵³¹ Ficha de nº 129.

⁵³² Ficha de nº 399.

qual a sua participação consistiria em executar roubos, negociar e buscar veículos, adulterar sinais identificadores de veículos e fornecer equipamentos para os roubos, e ainda porque o presente fato. Ademais, tudo indica que o presente fato não se trata de um acontecimento isolado na vida do paciente, que responde a outro feito criminal por delito patrimonial.⁵³³

Pelo exposto, constata-se que, muitas vezes, aquilo que é arguido como periculosidade concreta da ação, *modus operandi* periculoso, é a própria caracterização da conduta criminosa como tal, para tornar ainda mais claro o narrado: circunda a subsunção do fato à norma.

Transposta essa forma de preencher a periculosidade pela Câmara, observou-se, assim como nas demais Câmaras, que ela pode ser inferida também a partir da possibilidade de reiteração ou dos antecedentes criminais do paciente. É o que se verifica do teor do voto abaixo:

A periculosidade do paciente ainda se infere de reincidência, haja vista que ele conta com duas condenações definitivas, uma por crime contra o patrimônio e uma por porte de arma, além de duas condenações provisórias, uma por tráfico e outra por roubo, tudo isso a autorizar a manutenção da segregação para garantia da ordem pública.⁵³⁴

Outro ponto a ser destacado é a argumentação de que é papel do Judiciário proteger a sociedade, de maneira a garantir a ordem pública. Conforme já destacado anteriormente, não é incumbência desse poder a prevenção e a repressão de crimes em sede cautelar, nem tampouco pode usar o processo criminal para responder às demandas sociais alheias ao caso concreto ou mesmo corresponder às expectativas sociais.

A legitimidade desse poder não decorre do sufrágio universal, mas da própria Constituição Federal. Assim sendo, Lopes Jr. aduz que “a legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor de direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição.”⁵³⁵

Por conseguinte, o teor do excerto abaixo está em absoluto descompasso com o papel do magistrado:

Cuida-se de crime cometido com violência contra a pessoa, na medida em que o acusado deu uma “gravata” na vítima, imobilizando-a para que o seu comparsa lograsse subtrair os pertences dela, atitude que reclama do Poder Judiciário imediatas medidas de proteção à sociedade, como forma de garantir a ordem pública.⁵³⁶

⁵³³ Ficha de nº 81.

⁵³⁴ Ficha de nº 85.

⁵³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 62.

⁵³⁶ Ficha de nº 435.

Khaled, ao abordar argumentos dessa ordem, que integraram o julgamento do *habeas corpus* nº 126.292 pelo STF, explica que o grande problema é o potencial que eles têm para “vulnerar a democracia e os direitos fundamentais que são inerentes a ela. Em pleno cenário democrático-constitucional, permanecemos reféns de um pensamento simplificador e binário, altamente capacitado para a destruição de vulneráveis.”⁵³⁷

Em mais de um julgado, a periculosidade também é o mote suficiente a afastar medidas cautelares diversas da prisão:

inviável a substituição da prisão preventiva pela aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Isso porque a periculosidade dos agentes, evidenciada pelo *modus operandi*, denota que nenhuma das medidas elencadas no mencionado dispositivo mostrar-se-ia eficaz e hábil a garantir a ordem pública.⁵³⁸

As referidas medidas, em pouquíssimas oportunidades, são compreendidas como suficientes para tutelar algum risco que paira sobre o processo penal. São afastadas com uma linha que as classifica como insuficientes, inidôneas, ineficazes, etc. Com regra, seu emprego tem se limitado justamente à ausência da categoria, que tem se mostrado a estrutura da prisão preventiva, qual seja: a periculosidade.⁵³⁹

Dito isso, esse é o conceito que exalta um saber híbrido, visto que se camufla dentro da garantia da ordem pública, legalmente prevista como fundamento, embora seja preenchido com fundamentos retóricos criminológicos que apostam na definição do delinquente a partir da desigualdade/temibilidade.⁵⁴⁰

Por derradeiro, a liberdade incondicionada, nas hipóteses em que foi concedida, restringiu-se ao crime de furto, na forma tentada ou consumada e a pacientes, como regra, primários. Em todos os votos, foi destacada a proporcionalidade com relação ao eventual posterior regime de cumprimento de pena.⁵⁴¹

⁵³⁷ KHALED JR., Salah Hassan. **Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5741-Me-ne-frego-a-presuncao-de-inocencia-apunhalada-pelo-STF. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵³⁸ Ficha de nº 49.

⁵³⁹ Fichas de nº 139, 140, 145, 151 e 212.

⁵⁴⁰ PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 135.

⁵⁴¹ Fichas de nº 202, 203, 206, 209, 210, 216 e 218.

4.2.6 Sexta Câmara Criminal

A prisão foi a escolha em 161 (95,93%) dos casos, bem como aplicaram-se medidas cautelares diversas da prisão em 6 julgados (3,57%) e a liberdade incondicionada ficou restrita a 1 *habeas corpus* (0,59%). Do total dos julgados, em 103, a Câmara entendeu estarem presentes maus antecedentes. Apenas dois *habeas corpus* foram julgados por maioria, em todos os demais, a decisão foi unânime.

Na primeira divergência, acórdão 169, ficha 97, o voto vencido sustentava a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, já que o paciente era filho de pai policial e mãe bacharel em direito, possuía 20 anos, era primário, não constando recidiva no período em que ficou em liberdade, de modo que desarrazoada a sua prisão, a qual ocorreu 11 meses após o suposto fato criminoso.

Na segunda divergência, acórdão 247, ficha 143, o voto vencido aduzia que a gravidade intrínseca do fato não era suficiente para respaldar a medida extrema, bem como as medidas cautelares diversas eram substitutivas à prisão, de modo que deveriam ser empregadas, quando era cabível a prisão, mas houve uma medida que tutelava de igual modo a situação, citando Lopes Jr.

No que toca ao fundamento, a integralidade de julgados que aplicou prisão, utilizou o fundamento da garantia da ordem pública. Desse total, em 34 casos. somaram-se outros fundamentos presentes no art. 312 do CPP (21,11%). No que diz respeito às medidas cautelares diversas da prisão, estas foram afastadas em 133 julgados (82,60%), dos 161 que aplicaram prisão preventiva. Em 4 julgados, o parecer ministerial integrou as razões decisórias.

Na análise qualitativa, o *fumus comissi delicti*, como regra, é preenchido pela flagrância. Quando se está frente à denúncia, dá-se também por comprovado, haja vista a sua presença para recebimento da exordial acusatória: “a par da flagrância delitiva, a denúncia foi, regularmente, recebida. Então, há prova da existência de crime e de indícios suficientes de autoria, pois, ao recebimento da peça acusatória, precede seu reconhecimento, restando evidenciada a presença do *fumus comissi delicti*.”⁵⁴²

Nesta Câmara, também se encontrou o uso de circunstâncias que são elementares ao crime, ou o majoram, como aptas a revelar a periculosidade social, conforme o julgado que segue:

⁵⁴² Ficha de nº 237.

percebe-se a necessidade da medida extrema, pois o delito atribuído ao paciente revestiu-se de violência (soco no rosto da vítima, adolescente de 16 anos de idade) e grave ameaça (menção de uso de arma) e foi praticado em concurso de agentes, circunstância a denotar a periculosidade social do paciente.⁵⁴³

O suposto pertencimento à organização criminosa denotou periculosidade.⁵⁴⁴ Em determinado julgado, chega-se ao ponto de não indicar nenhum fundamento do art. 312, do CPP, sequer a famigerada ordem pública, para dizer que a segregação se sustenta na necessidade de segurança pública.⁵⁴⁵ Mesmo quando presente outro fundamento, a garantia da ordem pública é aventada.⁵⁴⁶

No julgado abaixo, a prisão preventiva é utilizada com o intuito de restabelecer o prestígio do judiciário, bem como de reestabelecer a sensação de “normalidade” aos jurisdicionados:

Registre-se que tal atuação criminosa, abalou significativamente a região disseminando sentimento de pânico na população, não apenas as vítimas diretas, mas o público em geral, afastando a sensação de paz e tranquilidade que caracteriza a vida no interior, mostrando-se a segregação cautelar dos ora investigados como melhor medida para devolver a sensação de normalidade aos jurisdicionados e reforçar na comunidade o prestígio e a credibilidade que o judiciário desfruta, evitando-se, assim, a reiteração de crimes desta mesma espécie.⁵⁴⁷

Está-se frente a argumentos com funcionalidades que extrapolam o exame do caso em concreto. A prisão-pena não logra sequer cumprir o escopo presente no primeiro artigo da Lei de execução penal, tendo em vista que é um depósito/moedor de gente, que dirá a prisão preventiva, que coloca os acautelados em situação ainda pior do que os condenados. Não é possível inchar essa forma de segregação com escopos que são das mais variadas áreas e se escamoteiam na garantia da ordem pública.

Dando sequência ao conteúdo da periculosidade, aponta-se que o exame dos antecedentes criminais e da possibilidade de reiteração está presente nos acórdãos como justificativa à segregação. O modelo etiológico, amplamente desacreditado no âmbito

⁵⁴³ Ficha de nº 9.

⁵⁴⁴ Ficha de nº 17.

⁵⁴⁵ Ficha de nº 27.

⁵⁴⁶ Ficha de nº 28.

⁵⁴⁷ Ficha de nº 39.

acadêmico, recapacitou-se para maximizar a resposta punitiva, “pois direcionado à eliminação-controle-contenção de qualquer outro que pareça diverso”.⁵⁴⁸

Ao exame dos documentos que acompanham a impetração, percebe-se a necessidade de manutenção da medida extrema, pois o delito de roubo atribuído ao paciente revestiu-se de grave ameaça, com suposto emprego de arma de fogo e em concurso de agentes (juntamente com um adolescente, o que configura o crime de corrupção de menor), circunstâncias a revelar sua periculosidade social. Ademais, o reiterado envolvimento do paciente em atividades ilícitas (ADRIEL, embora primário, está respondendo a processos criminais pela prática de outros delitos gravíssimos – tentativa de homicídio qualificado e tráfico de drogas e associação para o tráfico) demonstra sua propensão para o crime, justificando a segregação cautelar.⁵⁴⁹

Por exemplo, num crime de receptação, o histórico criminal do agente garante a sua prisão cautelar, porquanto a infração em si é praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa. Aduz o julgador que esse delito é motor para a criminalidade com foco na subtração, de forma que é igualmente nocivo às demais condutas criminosas contra o patrimônio, o que ofenderia a ordem pública.⁵⁵⁰

Todavia, a primariedade tampouco logrou garantir a liberdade, pois as “condições pessoais favoráveis, por si só, não implicam, necessariamente, a revogação da prisão preventiva, quando estão presentes os requisitos autorizadores da sua cautelaridade, como no caso dos autos.”⁵⁵¹

Neste outro acórdão, a liberdade do indivíduo, supostamente, viola a segurança comunitária local: “ainda que primário o paciente, a lesividade social do fato imputado a ele desborda da pessoa da vítima e traduz-se em violação à segurança comunitária local, especialmente diante da evidente periculosidade das condutas levadas a cabo por ele.”⁵⁵² Nesse sentido, também é o voto abaixo, que aduz que o paciente é “pernicioso” ao meio social, por possuir condenação não transitada em julgado por crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, bem como responde a outro processo por posse de drogas, de forma que deve a sociedade ser protegida deste indivíduo:

A conduta imputada ao paciente, por si só, revela sua periculosidade social, pois, conforme descreve o magistrado no decreto de prisão preventiva, “verifica-se que há elementos para constatar que o agente é pernicioso ao meio

⁵⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179.

⁵⁴⁹ Ficha de nº 1.

⁵⁵⁰ Ficha de nº 285.

⁵⁵¹ Ficha de nº 107.

⁵⁵² Ficha de nº 246.

social, representando um perigo concreto, e não mero perigo abstrato”, além de possuir condenação provisória por delito de furto qualificado e responder a uma ação penal por posse de drogas, denotando que, em caso de liberdade, voltará a delinquir. Também há a necessidade da medida, “para proteger a sociedade local e assegurar o adequado desenrolar da persecução criminal”, nas palavras do juízo *a quo*.⁵⁵³

É de se ressaltar que o silêncio dos agentes, inclusive, pode ser utilizado como elemento suficiente para denotar a necessidade de se preservar a garantia da ordem pública. Com isso, em um crime de furto qualificado, conseqüentemente praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, o silêncio dos supostos autores redundou em presunção de culpa, conforme se extrai do trecho a seguir:

Os flagrados, assistidos por defensor, mantiveram-se em silêncio, conduta comum a quem deseja omitir o fato delituoso perpetrado. Consoante se verifica, pois, imperiosa a decretação da prisão preventiva dos réus, para garantia da ordem pública, em razão da desagregação social provocada por sua conduta.⁵⁵⁴

A prisão preventiva parece, portanto, nunca ter se deslocado da funcionalidade que lhe era atribuída por Garcia, apoiando-se na doutrina de Garofalo, na década de quarenta, quando a sustentava com o propósito de fazer o suposto autor da conduta delitiva confessar o crime, em tese, praticado.⁵⁵⁵

Um princípio que reiteradamente integra os votos é o da confiança no juiz da origem. É esse suposto princípio que respalda a transcrição de trechos ou da totalidade da decisão de primeiro grau, aduzindo que o magistrado *a quo* é quem está mais perto dos fatos e das peculiaridades que permeiam o processo, de modo que é ele quem tem melhores condições de avaliar a necessidade da prisão:

Anoto, por fim, que, em matéria de prisão preventiva, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo de origem, uma vez que está presente no local onde o crime é supostamente cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo, portanto, o melhor a avaliar a necessidade da segregação cautelar.⁵⁵⁶

⁵⁵³ Ficha de nº 55.

⁵⁵⁴ Ficha de nº 283.

⁵⁵⁵ GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. v. III. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1945. p. 144-145 e 147.

⁵⁵⁶ Ficha de nº 54.

Se somado a esse princípio a recorrente transcrição da decisão de primeiro grau e de pareceres ministeriais para integrar os votos, bem como precedentes das Cortes Superiores como forma de manter a segregação cautelar, torna-se difícil encontrar uma decisão *ad quem* originária.

Ainda, o entendimento quanto ao art. 311, do CPP, é uníssono: cabe a conversão de ofício pelo magistrado da prisão em flagrante em prisão preventiva, mesmo que não haja pedido do órgão acusador:

Referente à alegação do decreto de prisão preventiva de ofício, friso que não se trata, como quer fazer crer o impetrante, da hipótese do artigo 311 do Código de Processo Penal, haja vista que estamos diante de caso de prisão em flagrante convertida em prisão preventiva e não decreto de prisão preventiva proferido *ex officio* em expediente de investigação criminal, situações totalmente diversas.⁵⁵⁷

Por outro lado, no que tange às medidas cautelares diversas da prisão, a ausência de periculosidade ou sua diminuição, que, em regra, é aferida pela falta de antecedentes criminais e circunstâncias do delito, redundando no seu emprego.⁵⁵⁸ Assim como o excesso de prazo no transcurso do processo.⁵⁵⁹

Com isso, é possível afirmar que a periculosidade, que tem se percebido como o fundamento precípua da prisão preventiva, não é necessária à decretação das demais medidas cautelares de natureza pessoal, o que termina por conceder-lhes um papel acessório e que aumenta as hipóteses de restrição de liberdade e de outros direitos, cautelarmente. A violação de um direito constitucional, como é o de ser julgado dentro de um prazo razoável, também, em lugar da liberdade, deu azo às medidas diversas.

No único voto que se considerou como concessão de liberdade, o sujeito foi condenado pela conduta de roubo tentado, sendo-lhe fixado o regime aberto. Portanto, houve a necessidade de transferi-lo ao regime aplicado, muito mais brando do que o “regime fechado” que vinha cumprindo a título cautelar.

⁵⁵⁷ Ficha de nº 276.

⁵⁵⁸ Ficha de nº 62.

⁵⁵⁹ Ficha de nº 140.

4.2.7 Sétima Câmara Criminal

Nesta Câmara, de 226 julgados,⁵⁶⁰ 224 aplicaram prisão preventiva (99,11%) e apenas 2 utilizaram medidas cautelares diversas da prisão (0,88%). Em nenhum julgado, foi concedida liberdade provisória.

A garantia da ordem pública foi o fundamento utilizado em todos os julgados que aplicaram prisão preventiva (100%). Todavia, em 55 destes, a garantia da ordem pública combinou-se com algum dos outros fundamentos presentes no art. 312 do CPP (24,55%). As medidas cautelares diversas da prisão foram afastadas em 214 julgados (95,53%), dos 224 que aplicaram prisão. Em 136 *habeas corpus* (60,17%), a Câmara entendeu pela presença de antecedentes criminais.

Salta aos olhos, mais uma vez, o caráter fundamental da ordem pública para a tutela cautelar, nos moldes atuais, e do emprego de antecedentes que, conforme já dito, vão desde inquéritos policiais, processos penais em andamentos, condenações sem trânsito em julgado, etc. Apenas três julgados integraram o parecer ministerial nas razões de decidir.

No que toca à uniformidade decisória, novamente, encontrou-se pouca divergência, pois foram apenas 2 votos divergentes. Nos dois votos divergentes vencidos, acórdão 332 e 342, ficha 143 e 148, explicitava-se o excesso de prazo no andamento do processo e concedia-se a ordem, parcialmente, em razão disso, para aplicar medidas cautelares diversas da prisão. Portanto, constata-se que a liberdade não foi sequer questionada em nenhum dos votos.

Em relação à análise qualitativa, no que tange ao *fumus commissi delicti*, este é comprovado, como nas demais Câmaras, como regra, com a prisão em flagrante. Todavia, constata-se, outra vez, o uso de elementares do crime, ou circunstâncias que o qualificam ou majoram, sendo utilizadas a fim de asseverar a presença de *periculum libertatis*, a exemplo do ocorre no acórdão abaixo:

Ademais, restou caracterizado o *periculum libertatis*, já que, num primeiro momento, a manutenção da custódia cautelar se justifica para assegurar a garantia da ordem pública, sobretudo porque o paciente foi preso em flagrante, após ter abordado vítimas distintas, e, na posse de arma de fogo, na companhia de adolescente, anunciado o assalto, logrando subtrair pertences e empreender fuga.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ É de se destacar que o número inicial total era de 224, contudo, como em dois julgados foram aplicadas medidas diversas aos pacientes, estes foram separados para não prejudicar a análise.

⁵⁶¹ Ficha de nº 288.

A superioridade numérica, a invasão e a agressão são os contornos do crime em si, ou seja, do *fumus commissi delicti* e todos esses elementos são ponderados por ocasião da pena e da sua necessidade. Dizer que nos crimes contra o patrimônio “o destemor do agente, assim como o evidente desrespeito com a propriedade alheia, denota periculosidade”⁵⁶² é falar sobre elementares do crime e não acerca do risco produzido pela liberdade individual.

Veja-se este outro trecho encontrado num acórdão: “a vítima idosa foi rendida sob a mira de arma de fogo e a vítima Adriano foi atingida por coronhadas na cabeça, o que denota o total desrespeito à ordem pública por parte destes acusados.”⁵⁶³ Não é a ordem pública que está sendo desrespeitada, mas a integridade física de uma pessoa.

Nesse sentido, é irretocável a explanação de Zaffaroni de que o recurso à retórica catastrófica de escolha, entre liberdade e segurança, legitima o sequestro de direitos e realidades, uma vez que a vítima tem afetado um direito real e não um suposto e abstrato direito à segurança.⁵⁶⁴

É uma constatação nas Câmaras que, mesmo quando presentes outros fundamentos, justifique-se a prisão pela garantia da ordem pública.⁵⁶⁵ Algumas vezes se percebem narrativas vinculadas à necessidade da prisão para o resguardo do processo, mas se repisa a ordem pública.⁵⁶⁶ Apaga-se o primado de que “a prisão é cautelar ao processo e não à sociedade, ou seja, somente se pode prender para garantia da prova e aplicação da lei penal.”⁵⁶⁷

O buscar argumentos fora dos contornos do fato criminoso é uma constante nos julgados, em maior ou menor escalada, nas diversas Câmaras do TJRS. É o que se retira do voto colacionado:

a concessão de liberdade, nesta oportunidade, descredibilizaria a justiça e provocaria sensação de impunidade e insegurança. Por outro lado, a manutenção da prisão, neste momento, sobreleva sua função preventiva e permite reprimir a conduta levada a termo pelo flagrado, em tese.⁵⁶⁸
A decisão está fundamentada na vida pregressa do paciente. Com efeito, apesar de ter respondido o processo em liberdade e o delito não ser dos mais graves, necessário observar que o paciente registra quatro condenações definitivas, duas por roubo majorado, crimes estes praticados em data

⁵⁶² Ficha de nº 83.

⁵⁶³ Ficha de nº 173.

⁵⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio. **La cuestión criminal**. Disponível em:

https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf.

Acesso em: 15 jan. 2018. p. 23.

⁵⁶⁵ Ficha de nº 97.

⁵⁶⁶ Ficha de nº 239.

⁵⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev. atual. ampl.

Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 582.

⁵⁶⁸ Ficha de nº 196.

posterior ao delito em questão, o que evidencia comportamento de risco social, tendente à reiteração criminosa.⁵⁶⁹

Na hipótese acima, a prisão é empregada com o intuito de dar credibilidade à justiça, reduzir a sensação de insegurança e impunidade, além de reprimir a conduta criminosa. Esta última, claramente, é uma função da prisão-pena. Ignora-se, em absoluto, a compreensão de que a prevalência de direitos fundamentais barra juízos em favor da coletividade, isto é, uma suposta sobreposição de direito coletivo sobre o individual, dado que autoriza a inversão da lógica do Estado Democrático de Direito.⁵⁷⁰

A retórica, quanto à possibilidade de reiteração delitiva, é sistemática e pode extrapolar a referência apenas aos antecedentes para adentrar na ausência de freios morais, comportamento de risco, ousadia criminosa, etc.⁵⁷¹ E, apesar da ausência de antecedentes não conduzir à liberdade, em algumas hipóteses, permite a adoção de medidas diferentes a sujeitos, em tese, envolvidos no mesmo fato criminoso.

Nesse julgado sobre furto, havia dois acusados: aquele que possuía antecedentes criminais, respondia a dois processos penais por crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, e por isso, permaneceu preso cautelarmente; àquele que era primário foram aplicadas medidas cautelares diversas da prisão.⁵⁷²

Outra situação que aparece em alguns julgados é o sujeito estar cumprindo pena em regime semiaberto ou aberto e, em princípio, praticar novo crime,⁵⁷³ ou em liberdade provisória por um outro delito, frustrar as condições impostas.⁵⁷⁴ Parece que, nas hipóteses, os reflexos deveriam se dar na pena em cumprimento e não no acautelamento mediante medidas. Da mesma sorte, se o sujeito frustra as condições de liberdade impostas em um outro processo, é em razão disso que devem ser aplicadas novas medidas ou mesmo a prisão.

Por fim, nas duas oportunidades que foram aplicadas medidas cautelares diversas da prisão, acórdãos 286 e 308, fichas 225 e 226, os crimes em tela foram cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (furto qualificado e abigeato). No primeiro, enquanto ao sujeito primário foi concedida liberdade provisória com medidas diversas, àquele que respondia a outros processos foi aplicada a prisão (para garantir a ordem pública). No segundo caso, ao sujeito que era proprietário da espingarda que matou a ovelha aplicou-se a prisão, por, assim,

⁵⁶⁹ Ficha de nº 361.

⁵⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 579-580.

⁵⁷¹ Ficha de nº 117.

⁵⁷² Ficha de nº 286.

⁵⁷³ Fichas de nº 70 e 182.

⁵⁷⁴ Ficha de nº 97.

evidenciar a sua periculosidade e risco social (para garantir a ordem pública); ao outro sujeito aplicaram-se medidas cautelares diversas da prisão.

Veja-se que aquilo que, hodiernamente, ainda se discute sobre a cautelaridade ou não da ordem pública já era questão vencida para Marques, visto que a medida que tem esse fundamento, presente em todas as prisões decretadas por esta Câmara, é medida de segurança e não a cautelar, pautada por um juízo de periculosidade.

Para chegar a essa conclusão, Marques apoiava-se na doutrina de Garofalo – autor que integrou a escola criminológica positiva italiana.⁵⁷⁵ Oportuno, desse modo, retomar as palavras de Sulocki, em virtude de seguir-se transitando em um “museu de novidades” na seara do processo penal.

⁵⁷⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 63.

4.2.8 Oitava Câmara Criminal

Na oitava Câmara, de longe, foi encontrado o pior resultado em termos de concessão de liberdade provisória com ou sem medidas cautelares diversas. Dos 278 acórdãos analisados, a integralidade deles aplicou prisão preventiva (100%).

Apenas dois acórdãos divergiram. No acórdão 897, ficha de nº 245, a divergência se deu porquanto o crime em comento era furto simples e o agente, apesar de diversos registros criminais, não era reincidente, de modo que não estavam preenchidas as limitações estabelecidas no art. 313, do CPP.

No que toca à segunda divergência, presente no acórdão 936, ficha nº 261, esta se pautou na afirmação de que os réus foram condenados em primeiro grau, pelo crime de roubo majorado, de modo que “no atual momento, não mais se justifica a inconformidade quanto ao invocado excesso de prazo ou aos motivos que ensejaram a impetração, uma vez que a segregação agora vem sustentada por título diverso.”

Perceba-se que o relator do voto pareceu retirar de obra da década de 70 essa classificação. Especificamente da doutrina de Tornaghi, quando estipulava como espécies da prisão provisória a prisão em flagrante; a prisão preventiva; a prisão administrativa; a prisão civil e a prisão em virtude de pronúncia, pois caracterizava como prisão definitiva a imposta em sentença recorrível, ainda que sujeita à reforma da instância superior: seguindo um modelo de execução provisória de pena.⁵⁷⁶

De forma coerente ao âmbito cautelar, a Desembargadora, relatora do voto divergente, aduziu que, ainda que confirmada a prisão preventiva por ocasião da sentença, pelos fundamentos da decisão primeva, não restava prejudicado o exame do teor do *habeas corpus* que questionava essa fundamentação. Não obstante, sustentou a presença dos requisitos e fundamentos à segregação cautelar, dada a periculosidade elevada do agente.

A argumentação da periculosidade é sistematicamente vinculada à esfera dos antecedentes criminais. Em 157 acórdãos (56,47%), circunstâncias diversas preencheram esse vetor da análise.

Ganha conteúdo “cautelar” a periculosidade no fundamento da garantia da ordem pública. Dos 278 acórdãos analisados, 99,28 % (276 acórdãos) utilizaram a garantia da ordem pública como motivador da segregação cautelar. Em 46 desses acórdãos (16,66%),

⁵⁷⁶ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 167.

combinaram-se outros fundamentos com a garantia da ordem pública; e em 1 acórdão, utilizou-se o art. 313, III, do CPP, a fim de respaldar a segregação (0,36%); e noutro, a lei penal (0,36%).

Outro dado relevante é a ausência, sequer o afastamento de medidas cautelares diversas da prisão em 56 acórdãos (20,14%). Esse percentual aponta, claramente, a centralidade da prisão e o uso da legislação de 2011 de forma avessa aos motivos ensejados.⁵⁷⁷ Por fim, o parecer ministerial integrou as razões decisórias em apenas quatro acórdãos.

No tocante à análise qualitativa, a prisão em flagrante, o recebimento da denúncia, a identificação feita em sede policial dão conta do *fumus commissi delicti*.⁵⁷⁸ Em alguns julgados, o enquadramento do fato num tipo penal é sinônimo de *periculum*, como ocorre com a associação criminosa, que denota periculosidade para a Câmara.⁵⁷⁹

Por outro lado, a gravidade concreta do crime é o fundamento mais recorrente para o preenchimento do *periculum libertatis*:

Já o *periculum libertatis* traduzido no risco à ordem pública decorre da gravidade concreta das condutas em tese praticadas pelo beneficiário, destacando, quanto à receptação, tratar-se de ilícito que fomenta sobremaneira a criminalidade, a denotar inequívoca periculosidade do agente.⁵⁸⁰

Apesar do acórdão acima tratar do crime de receptação, sem violência ou grave ameaça à pessoa, a medida eleita é a prisão preventiva, já que a periculosidade do agente é extraída do vínculo que esse delito pode ter com outros. No mesmo sentido, no voto abaixo transcrito, manteve-se a prisão em crime de estelionato, visto que a escolha de vítimas hipossuficientes denotou a periculosidade do agente:

os delitos foram praticados, em tese, mediante expediente ardiloso contra hipossuficientes – pessoas em sua maioria idosas, de origem humilde, lavradoras de profissão e, em certos casos, inclusive analfabetas, a demonstrar reduzida capacidade de resistência frente às fantasias então engendradas. Logo, inobstante tenham sido perpetrados sem violência ou grave ameaça à pessoa, os ilícitos retro demonstram a periculosidade concreta do paciente.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Exposição de motivos do projeto de lei nº 4.208/2001.

Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=401942&filename=PL+4208/2001.

Acesso em: 25 out. 2018.

⁵⁷⁸ Ficha de nº 28.

⁵⁷⁹ Fichas de nº 235 e 471.

⁵⁸⁰ Ficha de nº 792.

⁵⁸¹ Ficha de nº 840.

A reiteração delitiva também se presta a preencher a garantia da ordem pública como fundamento cautelar. Explica Choukr, que “admitir-se que a determinação da necessidade cautelar esteja condicionada à existência de condenação anterior é aproximar-se de um direito processual penal do autor pela sua conduta de vida, deixando de lado fatores eminentemente cautelares.”⁵⁸² No excerto colacionado, a prisão se legitima a fim de reduzir o sentimento de impunidade e dar credibilidade às instituições pública:

Com efeito, a reiteração criminosa causa tormento à sociedade, ainda mais em se tratando deste tipo de delito, roubo, mesmo que apenas tentado. Isto, por si só, legitima a prisão provisória, diminuindo o sentimento de impunidade que se destaca no cenário nacional, dando maior credibilidade às Instituições e garantindo a ordem pública.⁵⁸³

Neste outro julgado, na sequência, a prisão é considerada fundamental ao resguardo o interesse coletivo, no aspecto segurança pública:

Pelo o que se tem até o momento, a motivação, bem como a forma como praticou o delito, estando os representados atualmente presos preventivamente na ação penal que instrui outro crime de roubo tombado sob o nº 141/2.16.0000813-0, demonstram a sua periculosidade e a necessidade de segregação, a fim de garantir a ordem pública, assim também compreendida como providência necessária a resguardar o interesse coletivo, no que se refere ao aspecto da segurança pública. Outrossim, mister destacar a extensa folha de antecedentes judiciais dos representados, os quais, atualmente respondem por diversos crimes (fls. 66/83).⁵⁸⁴

Para além do uso esdrúxulo da garantia da ordem pública, que permite que julgadores se tornem agentes de segurança pública, percebe-se a presença deste ainda quando existem outros fundamentos cautelares suficientes para embasar a segregação cautelar.⁵⁸⁵

Propositalmente, esse é o principal fundamento dessa prisão, pois, quanto mais passos são dados na direção de delimitar o seu conteúdo, mais longe fica a possibilidade de uma unidade conceitual. Há, aqui, uma vacuidade proposital.

A retórica classificada como vazia é, evidentemente, parte de uma ideologia, que traduz uma racionalidade social, especificamente, a periculosista. É condensada uma pluralidade de significados que se pauta, justamente, na necessidade de dar nome a algo que não o tem, mas

⁵⁸² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 750.

⁵⁸³ Ficha de nº 968.

⁵⁸⁴ Ficha de nº 326.

⁵⁸⁵ Ficha de nº 147.

que joga papel fundamental dentro de uma realidade heterogênea que se trata de aprisionar com o processo penal.

O panorama está delineado de tal forma a sustentar que a liberdade individual se encontra em igual patamar ao da ordem pública, inclusive: “a decisão que decretou a segregação cautelar está devidamente apoiada em valor protegido pela ordem constitucional em igualdade de relevância com a liberdade individual – a tutela da ordem pública.”⁵⁸⁶

Um outro ponto relevante que envolve o uso da tutela cautelar, foi o problema criado pela lei nº 12.403/2011, que reforça o nosso histórico processual bipartido (prisão x liberdade), quanto à necessidade de começar a cognição cautelar pela liberdade plena, passando pelas medidas cautelares diversas da prisão para chegar ao uso desta última. Veja-se que o raciocínio empregado é o oposto, se preenchidos os requisitos da prisão preventiva, são excluídas, automaticamente, outras hipóteses:

Fundamentada a necessidade da contenção física cautelar, calcada firmemente nos requisitos autorizadores do art. 312 do CPP, automaticamente está excluída a possibilidade de aplicação das medidas cautelares alternativas. Inteligência do art. 321 do CPP. No caso, inaplicáveis as medidas cautelares alternativas. Em primeiro lugar, porque se trata de delitos cujas penas máximas, somadas, superam os 4 anos de reclusão preconizados pela Lei nº 12.403/2011, sendo perfeitamente viável o encarceramento cautelar. Em segundo lugar, porque a primariedade não é óbice, “de per si”, à prisão preventiva. Em terceiro lugar, porque as medidas alternativas relacionadas no art. 319 do CPP não atendem, com suficiência, a necessidade de conter indivíduo que demonstra maior periculosidade, em face da gravidade concreta da conduta.⁵⁸⁷

Neste outro acórdão, é reforçado o entendimento acima explanado, sendo aduzida a prescindibilidade da postulação ministerial pela prisão:

Dispensável a existência de prévia representação policial ou manifestação do Ministério Público, pois, havendo necessidade da custódia cautelar e respeitados os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, deve o magistrado, mesmo sem provocação, decretá-la de ofício, em exata observância ao que determina regra contida no artigo 310, inciso II, do mencionado Estatuto.⁵⁸⁸

Por derradeiro, quando afastadas as medidas cautelares diversas, os votos apenas as declaravam insuficientes, o que se respalda na compreensão de que “a aplicação de medidas

⁵⁸⁶ Ficha de nº 113.

⁵⁸⁷ Ficha de nº 25.

⁵⁸⁸ Ficha de nº 339.

cautelares diversas da constrição física somente têm lugar quando ausentes os requisitos da prisão preventiva.”⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ Ficha de nº 254.

4.3 UMA SÍNTESE DA ANÁLISE

Os votos examinados, de forma geral, refletem uma adesão ao ideário da defesa social e ao eficientismo penal, este último como revitalizador da prisão. Congregam a ideologia penal dominante, de que a prisão defende a sociedade,⁵⁹⁰ e a crença de que o caos propagandeado decorre do fato de se punir pouco, apesar do emprego massivo da prisão e o espaço pífio dado à liberdade, quando ainda vigente a presunção de inocência.

Deve-se apontar que o texto constitucional não sofreu qualquer alteração no que toca à presunção de inocência, o que se alterou foi a norma e essa alteração ganhou força ainda maior após o julgamento do *habeas corpus* de nº 126.292 pelo STF. Afastando-se, claramente, da máxima eficácia dos direitos fundamentais, adstrita ao viés de que à norma constitucional deve ser atribuído sentido que lhe dê maior eficácia possível. Nessa ótica, escancaradamente, o raciocínio está invertido, uma vez que, primeiro, necessariamente, deve vir a liberdade e depois a sua restrição.⁵⁹¹

Dito isso, lê-se a problemática como se fosse de cunho conjuntural,⁵⁹² o meio é o certo, mas pouco repressivo, e não estrutural, mecanismo feito para multiplicar a dor e a violência, estereotipar e segregar de forma seletiva.

Portanto, pelo emprego sistemático de determinados significantes e, pelo arcabouço teórico erigido no capítulo anterior, não se está a falar numa anomalia do uso da tutela cautelar, mas na explicitação da sua genealogia. Ela é estruturada e pensada para dar primazia à prisão preventiva.

O conteúdo extrajurídico das decisões não deixa margem a dúvidas. É feito um juízo de periculosidade, que estabelece a sua presunção, haja vista a contumácia ou possibilidade de reiteração do paciente, devendo-se proteger a sociedade, seu sossego e tranquilidade. Em alguns julgados, abriu-se mão, inclusive, de apontar algum dos fundamentos do art. 312, do CPP, para falar-se, tão somente, na segurança pública.

Aqui, saltam aos olhos dois dos matizes que Baratta atribuiu ao ideário da defesa social: o bem e o mal – como se a criminalidade se fizesse presente apenas na vida de alguns poucos

⁵⁹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 305.

⁵⁹¹ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Prefácio. p. X.

⁵⁹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 323.

desajustados, devendo-se proteger uma “maioria de bem” – e a igualdade, como se efetivamente todos aqueles que praticassem alguma conduta delitativa fossem punidos.

Todavia, a funcionalidade da tutela cautelar, como símbolo da administrativização da justiça, dada a escolha da prisão como meio preferencial de controle social, não é subterrânea, conforme pensado, é declarada. Seu emprego é para gerir o perigo presumível de determinadas pessoas, que, por sua vez, se envolvem com determinados crimes, que formam o núcleo duro da seletividade penal.

Nesse sentido, explica De Giorgi que a nova racionalidade de controle, que inspira o panorama carcerário atual, está afincada no risco como conceito principal, porque “não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco (e, de resto, não se está interessado em reduzir).”⁵⁹³

A segurança é escancarada como o direito primário, que permite a derrocada de todas as demais garantias individuais, por ser exaltada unicamente no seu aspecto policial. O julgar se escamoteia na garantia da ordem pública para deixar de lado o fato criminoso, em princípio, praticado, e voltar os olhos ao acusado.

Inclusive o silêncio deste último foi empregado como fundamento suficiente para aprisioná-lo, por ser considerada “conduta comum a quem deseja omitir o fato delituoso perpetrado.” Com isso, tem-se o reconhecimento da derrocada da Justiça Criminal, manifestada na violação de mais um direito constitucional e na sua incapacidade de produzir elementos probatórios para além da confissão (meio probatório preferencial do sistema processual inquisitorial).

Aqui é delineado o papel do qual a prisão preventiva não consegue se desvincular, pois se o processo é compreendido como instrumento de busca de uma suposta verdade, naturalmente, a prisão preventiva será o mecanismo capaz de extraí-la.

Claramente, o recurso à ideologia de defesa social, que congrega o discurso do direito penal do inimigo, o emprego do biopoder, bem como os meios de neutralização de indivíduos, pertence a uma agenda da seara executiva e não jurídica.⁵⁹⁴ Esse discurso é retirado sem dificuldade do teor dos julgados, quando apontam a periculosidade do agente, o seu histórico criminal, a necessidade de dar credibilidade à Justiça, de validar o trabalho da polícia, de aplacar

⁵⁹³ DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006. p. 97.

⁵⁹⁴ SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 37-38.

uma explorada e midiaticizada sensação de impunidade e insegurança, todos esses escopos perfeitamente acomodados na agigantada e imprecisa ordem pública.

O medo, que vira medo do crime, e a insegurança, que vira insegurança contra a criminalidade, aparecem como base da grande demanda por segurança pública, cujo sistema se torna o mais hipertrofiado de todos e acarreta a saturação punitiva das agências policial (civil e militar) e prisional (...)⁵⁹⁵

Esta última é uma categoria que representa a racionalização jurídica para administrar um grupo construído como perigoso, com medidas que se assemelham àquelas de segurança. Esse administrar faz com que a leitura dos dispositivos legais, de redação duvidosa e conflitante com a Constituição Federal, seja afinada com o punitivismo, com a imperiosidade de se prender cada vez mais.

Nesses termos, admite-se que o juiz converta a prisão em flagrante em prisão preventiva, mesmo sem ter sido postulada pelo Ministério Público; que se verifique, primeiramente, o cabimento da prisão preventiva, para depois pensar em outras medidas ou liberdade; que se aplique prisão a crimes dolosos apenados com pena não superior a quatro anos; que se argua, quando o crime é cometido sem violência ou grave ameaça, que é motor propulsor de outros crimes e, por isso, deve-se prender; que na ausência de risco promovido pela liberdade individual ao processo penal, diga-se que circunstâncias elementares do crime são suficientes para preencher o *periculum libertatis*; que se usem medidas cautelares diversas da prisão quando inexistente fundamento cautelar, dada a crença na sua ineficácia punitiva.

A aplicação dessas medidas é abalizada pelo efficientismo penal, o que, diga-se, não é novidade. Colonizou o uso de mais esse mecanismo minimalista, estabelecendo a crença de que elas não são suficientemente punitivas e não têm condão de tutelar riscos atinentes ao processo. Isso se dá de tal forma que alguns julgadores sequer observam a necessidade de afastá-las, pois mantêm o paradigma da prisão como medida por excelência.

Parece estar confirmado que a instrumentalização, teórica e prática, da tutela cautelar se dá nos moldes de uma medida de polícia, vinculada ao defensivismo-periculosista e ao efficientismo penal.

Desse modo, não se está diante de um Estado de exceção, que se tornou regra no Brasil, mas de uso pensando, quando da sua constituição, como mecanismo assentado num modelo de processo penal autoritário. A massificação decisória é mais um elemento que milita nesse

⁵⁹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 161.

sentido. Quando presentes votos divergentes, como regra, justamente se dão em situações em que se está a aplicar medida diversa da prisão ou da liberdade, apesar disso, pouco ou nada discutem sobre a necessidade cautelar. Alguns se limitam a “denegar a ordem”. Embora uns poucos votos abordem a necessidade da fundamentação válida, não genérica, e da explicitação de aspectos fáticos que denotem o risco, o que há, como regra, entre as Câmaras Criminais, é um monolítico decisório.

Parece que tudo se afasta do julgar o fato em si e, para tanto, emergem o parecer, a decisão de primeiro grau, os acórdãos dos Tribunais Superiores, até o chamado princípio da confiança do juiz de primeiro grau, como modo de não alterar a decisão *a quo*. Contudo, aqui a questão é bem mais significativa do que apenas a confiança no magistrado (que será fixada a partir de uma estética de imparcialidade), mas da percepção da jurisdição como direito de ser julgado por um juiz natural, imparcial e independente, dentro de um prazo razoável,⁵⁹⁶ o que, evidentemente, não se perde quando do exame de um *habeas corpus*.

Com Zaffaroni, sustenta-se que a tutela cautelar, na América Latina, age como uma tutela de contenção de sujeitos.⁵⁹⁷ Ainda, o teor encontrado nos acórdãos, aqui, no Rio Grande do Sul, não é um “privilégio” deste estado. Essa atuação do Poder judiciário como órgão administrativo de segurança pública também foi apresentada em pesquisa no Rio de Janeiro, por exemplo.⁵⁹⁸

Ao fim e ao cabo, invertem-se os papéis, a condenação está na prisão preventiva e a sentença condenatória passa a ser mera confirmação da decisão já tomada inicialmente. Em pesquisa realizada por Gloeckner, no âmbito do Rio grande do Sul, foi constatado que, dos 90 acórdãos analisados, todos os julgados com prisão cautelar, decretada no decurso do 1º grau, confirmaram a condenação ou alteraram a decisão *a quo* para fins de condenação.⁵⁹⁹

Ou seja, partindo de uma análise superficial, “é possível dizer que a existência de uma prisão cautelar pode ser o critério definitivo para uma condenação, o que também como resposta precária, é inadmissível para um Estado Democrático de Direito.” Explica o autor que, nesses acórdãos examinados, de modo direto ou indireto, utilizou-se a prisão como elemento formador da convicção judicial, permitindo concluir que: a decisão quanto à decretação de uma medida

⁵⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 61.

⁵⁹⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradutor de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 164.

⁵⁹⁸ SULOCCI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI**. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 115.

⁵⁹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 273.

dessa ordem se torna uma verdadeira resolução de mérito. E em todos os casos, em algum momento, foi feita referência aos fundamentos da decisão quanto à prisão.⁶⁰⁰ Nesses moldes, não parece incorreto afirmar que prisão processual ganha *status* de ato “probatório”.

Ademais, com isso, coloca-se por terra a originalidade e a imparcialidade cognitiva no processo penal.⁶⁰¹ Ainda mais por ser estabelecida pelo Código de Processo Penal a prevenção como critério de fixação de competência. “Pode-se afirmar que no Brasil, diante do sistema normativo existente, muito para além de uma estrutura de violação do princípio da imparcialidade, o que se tem é a violação ao direito fundamental a uma devida cognição judicial.”⁶⁰²

Pelo até aqui exposto, não é possível pensar numa tutela cautelar penal, afinada com um Estado democrático de direito, nos moldes atuais. Como estratégia de contenção de pulsões autoritárias, de não expansão do punitivismo, é imperativo principiar com um novo modelo cautelar que, obrigatoriamente, deve passar pela extirpação de elementos que permitem práticas autoritárias travestidas de legalidade.

Não se pode perder de vista que “o estigma da periculosidade é o demônio que alimenta o passado e o presente de uma cultura indigna, e é a indignidade que alimenta o nosso gigante punitivo.”⁶⁰³

Por conseguinte, não há como formar-se uma decisão, efetivamente cautelar, pautada no fato, com essa série de recursos que permitem, de forma explícita, o uso de atalhos, travestidos de categorias jurídicas, para responder a uma agenda do poder executivo.

Desse modo, com base na pesquisa empírica realizada, sustenta-se a imprescindibilidade de retirar da tutela cautelar a análise do histórico criminal e do fundamento da garantia da ordem pública. Como regra, esse exame de antecedentes entra como um viés da própria garantia da ordem pública, mas, em algumas outras oportunidades, é examinado de forma separada.

Por isso, aduz-se a extirpação dos dois, por permitirem escorregar por um direito penal do autor, erigindo-o como perigoso, ignorando, em grande medida, o exame do risco que a sua liberdade pode gerar ao regular andamento do processo criminal. Mesmo quando são arrolados

⁶⁰⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 273-274.

⁶⁰¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 615-617.

⁶⁰² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 281.

⁶⁰³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 327.

outros fundamentos vinculados a elementos do processo, numa espécie de cacoete decisório, insiste-se em juntá-los com a ordem pública.

O primeiro permite que se faça uma prognose quanto à reiteração delitiva; já o segundo abre um leque de opções que permite abordar até os efeitos deletérios causados aos homens de bem pelo acusado audacioso e perigoso.

As decisões passam a adotar um modelo que, facilmente, pode ser empregado em qualquer caso que cuide daquele mesmo crime, pois, apesar de atestada a gravidade concreta do delito, o que se vê são aspectos inerentes ao tipo penal sendo destacados como geradores de periculosidade, textos sobre o como aquele crime estimula a prática de outros, ou acerca do efeito devastador na prestação de serviços públicos, entre outros argumentos, que nada dizem ao caso concreto.

5 CAPÍTULO – O PROCEDIMENTO CAUTELAR: STANDARDS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TUTELA CAUTELAR PRÓPRIA A UM PROCESSO PENAL DE CARIZ ACUSATÓRIO

Este derradeiro capítulo traz o contributo final da tese, com o objetivo de avançar no âmbito sobre a forma de decretar uma medida cautelar de natureza pessoal, tendo como ponto de partida o desenvolvimento teórico e a pesquisa empírica realizada até agora. Esta etapa será dedicada à elaboração de um procedimento cautelar. Sustenta-se a imprescindibilidade de um procedimento à construção de uma cautelaridade penal, que possibilite a influência das partes na elaboração da decisão, ainda mais em uma matéria que é das mais caras: a liberdade. O uso de audiências prévias ao juízo traça um caminho para desensimesmar o juiz, que aglutina funções e decide só, uma substituição ao trâmite burocratizado e escriturado, ao passo que enfrenta práticas tradicionais.

Nesse sentido, objetiva-se fortalecer a compreensão da forma como garantia, no âmbito do processo penal, e do estabelecimento da discussão, em um outro nível epistemológico, afinado em uma nova normatividade. Portanto, delinear-se-á esse procedimento com base em *standards*, sendo que, grande parte deles, são trazidos de recomendações da Comissão Interamericana de Direito Humanos (CIDH) e dos estudos realizados pelo Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA), os quais têm examinado acuradamente a implementação de reformas no âmbito latino-americano e seus desdobramentos. Ainda, será utilizado como referência, principalmente, o modelo processual penal chileno e, de forma mais incidental, o italiano.

Com isso, pretende-se um novo início na matéria, que combinará como elementos fundantes: a ampliação do interregno entre postulação por uma medida cautelar e a sua aplicação ou não, ou seja, um elemento apto a reduzir a potencial evidência que circunda a decisão cautelar; o fortalecimento da oralidade; um juiz vinculado à etapa investigatória e ao recebimento da exordial; e a extirpação do elemento estrutural da cautelaridade delineada na década de 40, que é a periculosidade, atualmente, manifestada, fundamentalmente, mediante o emprego do fundamento da garantia da ordem pública e o histórico criminal do sujeito.

São três os eixos deste capítulo: o primeiro traz o estágio em que se encontram as reformas procedidas e em andamento, no Brasil; o segundo delimita o aspecto material da tutela cautelar, atinente ao seu conteúdo-objeto; e o terceiro vincula-se ao aspecto formal, relativo à forma sobre o objeto cautelaridade.

5.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS NA AMÉRICA LATINA

Não é novidade que, no âmbito da América Latina, de diversas ordens tem sido o empenho para substituir os modelos de processos penais inquisitórios por modelos de cariz acusatório. Na década de 90, vários países da América Latina promulgaram novos Códigos de Processo Penal objetivando tal fim. Todavia, o Brasil se manteve refratário na reforma da justiça penal, muito embora tenham ocorrido reformas parciais sobre temas específicos.

Exemplos dessas novas codificações são encontrados na Guatemala (1992 – vigência 1994), na Costa Rica (1996 – vigência 1998), no El Salvador (1996 – vigência 1998), na Venezuela (1998 – vigência 1999), no Paraguai (1998), na Bolívia (1999 – vigência 2000), em Honduras (1999 – vigência 2002); no Equador (2000 – vigência 2001); no Chile (2000); na Nicarágua (2001 – vigência 2002); na República Dominicana (2002 – vigência 2004); no Peru e na Colômbia (2004 – vigência 2006 e 2005, respectivamente); na Argentina (Buenos Aires – 1998)⁶⁰⁴; no México (2008)⁶⁰⁵; no Panamá (2008 – vigência 2009);⁶⁰⁶ e soma-se, ainda, a recente reforma Uruguia (2014 – vigência 2017).⁶⁰⁷

Não obstante, deve ser destacado que as reformas empreendidas na década de 90, apesar de carregadas de um discurso da necessidade de alteração do modelo de processo, de adequação a uma linha democrática, menos arbitrária do exercício do poder punitivo, ativeram-se, sobremaneira, à alteração do texto legal propriamente dito, deixando de lado a concepção de uma alteração sistêmica, que colocasse em discussão a cultura e a organização dos atores do processo. Dito isso, boa parte dessas reformas sofreram contrarreformas na sequência breve, que objetivaram reintroduzir caracteres estruturantes do modelo processual inquisitório. O que, em diversos casos, resultou no retorno quase que à estaca zero.

Todavia, é interessante incluir o raciocínio de Binder sobre contrarreformas, pois agrega uma outra percepção quanto à temática ao aduzir que a ausência dessas denotaria que não se logrou inserir “nenhuma prática relevante contrária à tradição inquisitorial”. Por isso, as

⁶⁰⁴ A Argentina, além do Código Processual Federal, autoriza que cada província legisle sobre matéria processual penal, de modo que algumas delas têm avançado na temática reformas e outras não.

⁶⁰⁵ Assim como a Argentina, o México tem um Código Processual Federal e cada estado tem autonomia para legislar sobre processo penal. Todavia, a Constituição do país estabelece a obrigatoriedade de que todos os Códigos se amoldem ao sistema processual penal acusatório.

⁶⁰⁶ CHILE. CEJA. **Prisión Preventiva y reforma procesal penal em América Latina**: evaluación y perspectivas. p. 21. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3133/cejaprisionpreventiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 out. 2018.

⁶⁰⁷ URUGUAI. **Código del proceso penal**. Lei nº 19.293/2014. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1439386.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

contrarreformas trarão o teor de mecanismos que devem ser reafirmados. “Toda reforma real afeta uma dinâmica de poder e é impensável que essa dinâmica fique transformada de uma vez por todas em um tempo muito curto.”⁶⁰⁸ Desse modo, a contrarreforma deve e pode ser observada como elemento a ser reforçado à ruptura do arquétipo inquisitorial.

Por outro lado, países como o Chile, que ficou conhecido como o país que maior sucesso obteve na implementação de um CPP, procedeu com alterações graduais (planejamento de implementação), como forma de reduzir resistências e ampliar espaços de diálogo e formação/capacitação de atores do processo. Estrategicamente, foram criadas etapas de implementação, ao todo, foram cinco, iniciadas em dezembro do ano 2000 e concluídas em junho do ano de 2005.⁶⁰⁹

Com a clareza de que mudanças legais não alteram práticas e processos de trabalho, foram somadas alterações na formação dos atores, no aspecto orgânico-institucional (infraestrutura e organização) e de paradigma (cultural). Com isso, o modelo processual se pautou, pode-se dizer, em três elementos básicos: a separação de funções persecutórias das jurisdicionais; a oralidade como elemento central para julgamento; e a igualdade de oportunidades entre as partes.⁶¹⁰

Pelo até agora desenvolvido, sabe-se que não se logrará mudar uma matriz de pensamento e atuação arraigada por décadas, afinada com uma sociedade punitiva, que tem no Estado Penal atual o seu reflexo, apenas com a alteração legislativa. Portanto, não se ignora que se deve agregar às mudanças legais as organizacionais, bem como outra de cunho cultural, que atinja diretamente os atores envolvidos no processo penal.

Ninguém mudará cinco séculos de sistema inquisitorial sem uma grande batalha e uma época de traumas. O contrário é mera ilusão ou desculpa conservadora. No entanto, uma adequada preparação da mudança, uma firme concentração de forças nos pontos nevrálgicos e a sustentação do projeto de transformação persistente, mediante ajustes e uma avaliação permanente, aparecem como ferramentas imprescindíveis para encarar o abandono do sistema inquisitivo.⁶¹¹

⁶⁰⁸ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado (Org.). Tradutor Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 43.

⁶⁰⁹ Curso de formação complementar CEJA. Etapa internacional.

⁶¹⁰ Curso de formação complementar CEJA. Etapa internacional.

⁶¹¹ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado (Org.). Tradutor Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 25.

Deve-se ter em conta que o aparelho conceitual, principalmente, os Códigos de 1913 e 1930, italianos, importado por juristas latino-americanos, era uma teorização do modelo de sistema processual inquisitivo. Ou seja, os supostos conceitos abstratos foram erigidos a partir de uma espécie de processo penal, que escondia suas funções ditas reais.⁶¹²

E foi com o objetivo de mapear o estado atual das coisas em matéria cautelar que, após uma análise teórica, realizou-se uma pesquisa empírica, enquadrando o uso da prisão preventiva como a simbiose perfeita entre a retórica normativo-processual penal e a periculosista-defensivista. O que também pode ser narrado como uma expressão ou permanência do modelo inquisitorial, que tem na prisão preventiva a regra de atuação.

A relevância de observar o emprego da tutela cautelar penal pessoal está em identificar a prática e poder propor uma outra reativa a esse modelo seguido. “Enfim, não precisamos de uma metafísica da cultura ou da prática judicial, senão ferramentas de intervenção concretas baseadas em conhecimentos empíricos exatos.”⁶¹³

Com Binder, concorda-se que, para alterar a racionalidade de atuação dos atores envolvidos no processo, devem ser inseridas, no campo da justiça criminal, práticas reativas à tradição inquisitorial, aptas a enfraquecer a estrutura atual desse campo.⁶¹⁴ O caminho que se percorre, esta última etapa do trabalho, visa a contribuir com a reflexão sobre o sistema de justiça criminal no Brasil, especificamente no que toca à segregação cautelar, colocando no horizonte a busca por modelos mais compatíveis com a ordem democrática, menos arbitrários e violentos.

A ideia de democracia, aqui, é colocada como a realização de direitos e garantias fundamentais, o emprego da técnica tenciona essa concretização, afastando-se a percepção de processo como instrumento neutro, uma mera abstração.⁶¹⁵ Portanto, percorreu-se, nos capítulos anteriores, o caminho da identificação de um patrimônio autoritário, que diz respeito aos contornos da tutela cautelar penal atual, para, agora, estabelecer mecanismos aptos a

⁶¹² BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado (Org.). Tradutor Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 23.

⁶¹³ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado (Org.). Tradutor Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 53.

⁶¹⁴ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado (Org.). Tradutor Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 29.

⁶¹⁵ CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: e outros ensaios**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 17-18.

constrangê-lo, impondo limites mais claros ao poder penal, de modo a afirmar um núcleo mínimo de direitos e garantias fundamentais.⁶¹⁶

Destarte, surge a necessidade de delimitar a cautelaridade e propor um outro *modus* de aplicação das medidas que a integram, haja vista a insuficiência das alterações anteriores, entende-se que a uniformização de um procedimento pode ser o mecanismo apto a constranger o imediatismo e a ausência de participação da defesa na construção dessa decisão, que, sem dúvidas, pode ser colocada como uma das decisões mais significativas do processo penal.

No momento atual, no qual se está discutindo a implementação de um novo CPP, é fundamental repensar o papel desempenhado pelos atores do processo e a base teórico-prática sob a qual se assenta a prisão *ante tempus*, para definir a cautelaridade penal e idear um novo sistema de aplicação.

Dessa forma, ir suplantando um modelo em direção a outro compreende a introdução de novas práticas que se oponham ao funcionamento hodierno, debilitando os condicionantes que pendem sobre os atores do processo. Portanto, se a tradição e os códigos processuais endossam esse modelo de atividade, emerge a relevância da alteração legislativa integral, que não mais seja funcional a essa estrutura de tradição inquisitorial, capaz de inserir práticas aptas a reconfigurar a justiça penal.⁶¹⁷

Destacada qual é a base teórica e prática que conduziu a este modelo, apesar de não visualizar na mudança legislativa ou na inserção de um mecanismo “a” solução, compreendem-se como etapas significativas, uma estratégia de fato, para alterar o espaço ocupado pela cautelaridade no processo penal e reformulá-la sob a ótica da oralidade em audiência. Nesse caminhar, explica Binder que:

a utilização de audiências orais e públicas para resolver todos os litígios prévios ao próprio julgamento é uma das melhores formas de introduzir uma prática massiva totalmente contrária à tradição inquisitorial, com grande benefício para a celeridade e eficiência do próprio processo penal.

A realização de audiência como elemento contracultural é essencial,⁶¹⁸ “produz uma ruptura na cultura de trabalho dos juízes já que os leva diretamente ao litígio público, à

⁶¹⁶ CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: e outros ensaios**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 9.

⁶¹⁷ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado (Org.). Tradutor Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 30.

⁶¹⁸ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado (Org.). Tradutor Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 53.

fundamentação oral e evita de modo radical toda delegação de funções.”⁶¹⁹ Pode-se encontrar modelos próximos a esse no CPP italiano e no CPP chileno. Neles, é delineada uma estrutura autônoma de aplicação e julgamento de medidas cautelares.

No Chile, é estabelecida a necessidade de realização de audiências, seja para o controle da detenção, seja para decretação de medidas cautelares ou outras que afetem direitos do investigado. Estas ocorrem durante a fase administrativa da investigação realizada pelo Ministério Público. Se a detenção é realizada por ordem judicial, os agentes policiais conduzem, imediatamente, o detido à presença do juiz. Contudo, se a detenção decorre da prisão em flagrante, esta é informada ao Fiscal, que decidirá se a desestima (deixar sem efeito) ou determina o encaminhamento ao juiz no prazo de até 24 horas.⁶²⁰

Em audiência, necessariamente, o Fiscal formalizará a investigação, se houver substrato para tanto, e solicitará as medidas cautelares que julgar pertinentes ao caso. A detenção, que é o título que restringe a liberdade antes da audiência, poderá ser prorrogada por até três dias para que o Fiscal prepare a sua apresentação do caso.⁶²¹ A tramitação do pedido por prisão preventiva

⁶¹⁹ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado (Org.). Tradutor Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 77.

⁶²⁰ Artículo 131.- Plazos de la detención. Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas. Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado. Cuando el fiscal ordene poner al detenido a disposición del juez, deberá, en el mismo acto, dar conocimiento de esta situación al abogado de confianza de aquél o a la Defensoría Penal Pública. Para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal. (CHILE. **Ley nº 19.696 de outubro de 2000**. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 27 dez. 2018.)

⁶²¹ Artículo 132. Comparecencia judicial. A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de éstos dará lugar a la liberación del detenido. No obstante lo anterior, el juez podrá suspender la audiencia por un plazo breve y perentorio no superior a dos horas, con el fin de permitir la concurrencia del fiscal o su abogado asistente. Transcurrido este plazo sin que concurriere ninguno de ellos, se procederá a la liberación del detenido. En todo caso, el juez deberá comunicar la ausencia del fiscal o de su abogado asistente al fiscal regional respectivo a la mayor brevedad, con el objeto de determinar la eventual responsabilidad disciplinaria que correspondiere. En la audiencia, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando expresamente facultado por éste, procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida. En todo caso, la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de

e demais medidas será sempre realizada em audiência (artigos 142, 143, 144 e 155 do CPP Chileno).

Por outro lado, na Itália, é estabelecido um processo cautelar incidental, que compete a um juiz da fase preliminar, diverso daquele que será o responsável pelo julgamento do processo ordinário, devendo o Ministério Público requerer a medida (artigo 279, 291 e 294). Há um Tribunal de liberdade que fica a cargo de decisões na matéria (Libro IV – *Misure cautelari personali*).⁶²² Diversamente do que ocorre no Chile, nem sempre são realizadas audiências para discutir a cautelaridade, mas estas podem ser realizadas, inclusive, no âmbito recursal.

Aqui, no Brasil, incorporar um procedimento próprio à formação da decisão cautelar não é matéria nova, mas é matéria pouco explorada, pela complexidade que impõe em termos de vínculos com o processo penal, bem como pela estrutura demandada para tanto. O ponto de partida pode ser encontrado inclusive no Código de Processo Penal, nunca implementado, de Frederico Marques.

Naquela ocasião, o autor já conjecturava um procedimento próximo ao das exceções, como incidentes apartados, propriamente, do processo principal. Neste trabalho, dar-se-á sequência à busca por retirar o conteúdo cautelar de “dentro” do processo penal.

cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276. (CHILE. **Ley nº 19.696 de outubro de 2000**. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 27 dez. 2018.)

⁶²² ITALIA. **Codice di procedura penale**. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em 28 de jan. de 2019.

5.1.1 As insuficientes disposições do novo Código de processo penal

Tramita, no âmbito do Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 8.045 de 2010, oriundo do Senado Federal, que trata do novo Código de Processo Penal. No início do ano de 2016, foi estabelecida Comissão Especial na Câmara dos Deputados, composta por 26 deputados, destinada a emitir pareceres sobre o referido projeto de lei. Entre os anos de 2016 e 2017, realizaram-se audiências públicas, em diferentes estados do país, bem como ouviram-se especialistas em matéria processual penal. A partir dessas atividades, redigiu-se um relatório parcial com emendas. Interessa ao presente trabalho aquele que trata dos recursos em geral e das medidas cautelares, de relatoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (relator-parcial).⁶²³

No que toca à matéria cautelar, o parecer destaca a inclusão da palavra “princípios” no título, para estabelecer uma diferenciação clara entre uma decisão de condenação ou absolvição de uma decisão cautelar. Esclarece o relatório que, pelos direitos fundamentais afetados com a decisão cautelar, há a necessidade de elaboração de uma teoria da cautelaridade penal própria, que se distancie do poder geral de cautela do processo civil. Dessa forma, os princípios nortearão a tomada da decisão cautelar.⁶²⁴

Observa-se que, na redação original do PL nº 8.045/2010, está prevista a manutenção dos fundamentos da garantia da ordem pública e da ordem econômica para fins de decretação da prisão preventiva e pela gravidade extrema da conduta.⁶²⁵ O parecer do relator-parcial retira os fundamentos da ordem pública e da ordem econômica à aplicação da prisão preventiva.⁶²⁶

Também, na redação original do projeto supracitado, inexistia previsão da audiência de custódia, mantendo a redação insuficiente do “possibilitar o contraditório se não colocar em risco a efetividade da medida.” Quando aborda o recebimento do auto de prisão em flagrante, não trata de audiência para oitiva do sujeito preso, mas, tão somente, das medidas que podem ser adotadas pelo juiz.

⁶²³BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório parcial**. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564012&filename=Tramitacao-PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 27 jul. 2017. p. 1-3.

⁶²⁴BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório parcial**. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564012&filename=Tramitacao-PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 27 jul. 2017. p. 62.

⁶²⁵BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Código de Processo Penal. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=91D36D01C8E294AF0ECB9C2EBFFB14E8.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 28 jul. 2017. p. 102.

⁶²⁶BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório parcial**. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564012&filename=Tramitacao-PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 27 jul. 2017. p. 276-277.

Contudo, também há no parecer do relator a previsão de audiência a ser solicitada pelo preso para discutir a legitimidade da sua segregação, bem como a inserção da audiência de custódia para a análise do flagrante.⁶²⁷ A redação se daria nos seguintes termos:

Art. 592. O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão preventiva será encaminhado à presença do juiz no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído. § 1º Independente da apresentação do preso, a autoridade policial deverá, imediatamente, comunicar a prisão e o local onde o preso se encontra ao juiz competente e à sua família ou à pessoa por ele indicada. § 2º A comunicação imediata, prevista no § 1º deste artigo, também será feita à Defensoria Pública, a não ser que o preso indique advogado. Em se tratando de estrangeiro, a prisão também será comunicada à repartição consular do país de origem. § 3º Antes da apresentação pessoal ao juiz, será assegurado ao preso o atendimento em local reservado por seu advogado ou defensor público. § 4º Na audiência, o juiz ouvirá o Ministério Público que, caso entenda necessário, poderá requerer uma das medidas constantes dos arts. 537 a 562 ou a prisão provisória. Em seguida, a autoridade judicial ouvirá o preso que formulará seus requerimentos pertinentes ao ato, e, após a manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente sobre o disposto no art. 601.

§ 5º Durante a oitiva da pessoa presa, poderão o Ministério Público e a Defesa formular perguntas exclusivamente relacionadas à legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos. § 6º As declarações da pessoa presa não poderão ser consideradas na formação do convencimento do juiz na sentença e ficarão registradas em autos apartados. § 7º O juiz poderá determinar realização de diligências específicas relativas à verificação da legalidade da prisão e do respeito à integridade física do preso. § 8º É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência. § 9º Ao final da audiência, o juiz analisará os requerimentos sobre a possibilidade de relaxamento da prisão, revogação da prisão, prisão domiciliar, imposição de medida cautelar diversa da prisão, valor da fiança, a adequação das medidas cautelares às circunstâncias pessoais do preso, assim como a necessidade da prisão, sua legalidade, proporção e tempo de duração. § 10. Nos crimes cuja atribuição de apuração caiba à Polícia Federal, quando o município do local da prisão não coincidir com sede da Justiça Federal, a pessoa presa será apresentada ao órgão jurisdicional estadual, que, após a realização da audiência, remeterá os autos ao juízo federal competente. § 11. Não será admitida a realização da audiência disciplinada neste artigo por videoconferência.⁶²⁸

O PL nº 8.045/2010 prevê, no caso da imposição de medidas cautelares, que elas sejam em substituição da prisão preventiva, nos casos de desnecessidade da referida segregação.

⁶²⁷BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório parcial**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564012&filename=Tramitacao-PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 27 jul. 2017.

⁶²⁸BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório parcial**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564012&filename=Tramitacao-PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 27 jul. 2017. p. 272.

Ainda, é delineado um conteúdo mínimo da decisão cautelar, criando-se a necessidade de somar aos indícios suficientes de autoria e materialidade a justificação do porquê não outras medidas, qual o amparo legal e fático da medida escolhida, o tempo da medida e do reexame.⁶²⁹

No que toca aos prazos máximos, estabelece-se a possibilidade de a segregação durar até quatro anos, mas, se violados os prazos dispostos, não há uma sanção processual prevista. No parecer, é arrolada a remição em dobro do prazo do excesso, em caso de condenação.⁶³⁰

As previsões legais trazidas no PL, se fossem combinadas com as emendas sugeridas pelo relator, trariam novos rumos normativos à tutela cautelar e, talvez, efetivamente, iniciaria-se uma teoria da cautelaridade penal própria. Veja-se que a matéria cautelar está assentada na imprevisão, na incerteza, e, portanto, é decorrência lógica que haja uma regulamentação no que toca à necessidade de exames periódicos, como meio de garantir a legitimidade e adequação da tutela, um leque maior de mecanismos, uma delimitação do conteúdo cautelar, e a estruturação de audiências para a aplicação de quaisquer medidas cautelares pessoais.

Todavia, não é o que se extrai das alterações procedidas,⁶³¹ no texto originário do CPP, pelo relator do projeto, Deputado Federal João Campos, após a coleta do pareceres e emendas. Abaixo foram arrolados os principais pontos:

- a) Permanece a possibilidade de o juiz decretar, de ofício, no curso do processo, as medidas cautelares e, na fase do inquérito, pode também, de ofício, substituir medida cautelar já aplicada;
- b) Nas disposições gerais, insistiu-se na intimação da parte contrária quando do pedido da medida cautelar, desde que não a torne ineficaz, no prazo de dois dias, mantendo o contraditório no plano formal. Não obstante, essa disposição já entra em conflito com a do art. 570, que estabelece a necessidade de encaminhamento à presença do juiz, para audiência (§ 4º), no prazo de 24 horas, seja flagrante ou mandado de prisão preventiva (não fala em temporária, apesar de incluí-la no mesmo patamar da preventiva);
- c) A prisão em flagrante e a prisão temporária tornaram-se cautelares, ou seja, há uma abertura conceitual da cautelaridade;

⁶²⁹BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório parcial**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564012&filename=Tramitacao-PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 27 jul. 2017. p. 97.

⁶³⁰BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório parcial**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564012&filename=Tramitacao-PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 27 jul. 2017. p. 280.

⁶³¹BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório final**. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 11 nov. 2018.

d) Inseriu-se a execução da pena após o término da jurisdição de segundo grau (emendas 2 e 113). Com isso, adianta-se o marco temporal de término da cautelaridade, nos termos da redação do art. 562;

e) Foi feita a inclusão de audiência de custódia, nos moldes do art. 570, no prazo de até 24 horas após aquela, admitindo-se o uso de videoconferência (§ 9º) e a dilação desse prazo (§10º e 11º), excepcionalmente;

f) O juiz de custódia receberá o auto de prisão em flagrante e deverá decidir se relaxa a prisão, concede a liberdade, arbitra fiança, aplica outras medidas ou mantém a prisão em flagrante, utilizando os pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Diga-se ser uma agigantada anomalia afirmar que uma prisão administrativa pode manter-se para além do exíguo prazo para o exame jurisdicional;

g) A garantia da ordem pública permanece elencada como fundamento autorizador da prisão preventiva, sob o argumento de que não o fazer seria afrontar a proibição de proteção deficiente/insuficiente. Esta será delineada pela, nada nova, gravidade do fato e pela prática reiterada de fatos delitivos;

h) O clamor público poderá fundamentar uma cautelar desde que não utilizado sozinho, fulcro no art. 580, § 2º;

i) O art. 561 não traz o limite de incidência de prisão para crimes apenados com mais de 4 anos, mas o 581 permanece afirmando que este se aplica à preventiva, desde que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa;

j) Estabelecimento de prazo para o término (art. 584) e prazo de reexame (90 dias) da prisão. Todavia, se a conduta colocar em risco a ordem pública, a ordem econômica, a aplicação da lei penal, ou a coleta da prova, os prazos poderão ser renovados (prazo máximo 42 meses). Ademais, o art. 584 diz que o juiz definirá um prazo máximo da cautelar, contudo o art. 585 diz que ele poderá fixá-lo.

k) O reexame da prisão deverá ocorrer sob pena de que a prisão seja considerada ilegal e relaxada, fundamento no art. 586 e §§. Não obstante, não está prevista a realização de uma audiência para tanto;

l) Na temporária, apesar de se equiparar à preventiva em termos de requisitos e fundamentos, é facultado ao juiz determinar que o preso lhe seja apresentado, não há a obrigatoriedade de realização de audiência para convertê-la em preventiva, nos moldes do art. 589, §2;

m) As medidas cautelares diversas da prisão utilizarão os pressupostos e requisitos da prisão preventiva (art. 616);

n) Foi afastado o poder geral de cautela, de modo que as medidas cautelares pessoais dependem de expressa previsão legal;

o) O juiz de garantias segue nos exatos termos da previsão originária, todavia não foram inseridas, entre suas competências, o recebimento da exordial acusatória, art. 14, § 3º, do CPP. Ademais, no inciso I, desse artigo, insiste-se em atrelar a audiência de custódia apenas à prisão em flagrante. O inciso IV apenas diz que competirá a ele decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar, não estabelecendo, de forma clara, a realização de uma audiência para tanto.

De fato, parece inviável deixar de fora do âmbito legal a previsão da audiência de custódia e a possibilidade de requerer audiência para questionar a legitimidade da medida cautelar. Inclusive porque é destacada pelos órgãos que têm acompanhado a implementação dessas audiências a necessidade de federalização da audiência, como forma de promover a sua generalização e uniformização, que, atualmente, vem regulada por resolução do CNJ.

Não obstante, os núcleos fundantes da matéria permaneceram intocados, o que, inexoravelmente, conduzirá à continuidade da mesma situação. As audiências de controle não foram uniformizadas como ato processual obrigatório sempre que se decreta alguma medida cautelar pessoal. O julgador segue podendo atuar de ofício. Ademais, o fundamento que garante a funcionalidade defensivista-periculosista da prisão permanece hígido e ampliou-se o significativo cautelar para acobertar toda e qualquer medida que restrinja a liberdade.

Dessa forma, deu-se um passo à frente, com a inserção de algumas disposições, e dez para atrás, pois práticas reativas ao modelo inquisitorial serão facilmente abortadas pela permanência de mecanismos que garantem que a funcionalidade da tutela cautelar esteja vinculada a escopos não processuais.

Outrossim, o quadro se agrava ainda mais se examinado o teor do Projeto de Lei “anticrime” apresentado pelo Ministro da Justiça, Sérgio Moro, no mês de fevereiro do corrente ano, que parece ignorar que pendem de aprovação um novo CPP e CP. O projeto aposta no viés do populismo punitivo, ao passo que apresenta a maximização do controle penal como a panaceia aos problemas atinentes à segurança pública.

Concentra-se no sedante, e mais do que conhecido, efeito simbólico do emprego da prisão para o “combate” da criminalidade, de modo que combina propostas criminalizadoras e penalizadoras, aumentando o repertório de atuação da polícia, do poder judiciário e da seara penitenciária. Deixa, assim, transparente a simplória e rasteira opção por uma política criminal penal de defesa social: no “combo” há mais crimes, mais penas, mais prisões processuais; menos possibilidade de liberdade; menos direitos e garantias processuais. Tudo em prol de um

eficientismo numérico de mais corpos aprisionados e/ou condenados, apesar de que todos os arranjos políticos, sociais e econômicos permanecerem intocados. Dessa maneira, no horizonte, está o aumento e agravamento das condições prisionais, no Brasil, desprovido, como é usual, de qualquer estudo de impacto.

Ou seja, não há um compromisso em alterar o cenário atual de violência estrutural experimentado, mas um ato político, descolado de qualquer conhecimento empírico jurídico sério, que reforça como solução a velha, desgastada e disfuncional prisão. Trabalhando na ilusão do efficientismo penal, de que o sistema penal não é suficientemente repressivo, discurso fomentado pelas reformas minimalistas, ao lado do sistema penal condenatório, agrega-se um sistema cautelar paralelo,⁶³² que, de cautelaridade, não tem nenhum traço.

Dando corpo ao espetáculo das soluções simbólicas, retomam-se as famigeradas prisões obrigatórias, no âmbito investigatório e processual penal, antecipam-se, cada vez mais, as barreiras da punição. O problema não está em prender, já que a própria Constituição autoriza a segregação, mas no que fundamenta o prender. Por mais que advenham diversas leis ordinárias, elas não terão legitimidade para alterar o texto constitucional, que veda a prisão automática e obrigatória, outro não é o teor do art. 5. O referencial de leitura do processo penal é a Constituição e não o contrário.⁶³³

Nesse sentido, os artigos 283 e 310, §2 estão à margem da Constituição e das recomendações da CIDH, uma vez que estabelecem hipóteses de aprisionamento obrigatório, pautadas no campo abstrato. O primeiro dispositivo determina a prisão após a decisão condenatória exarada por órgão colegiado (pendente de trânsito em julgado) e o segundo torna a prisão em flagrante um título autônomo de prisão se o sujeito “é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa.”⁶³⁴ Com isso, tem-se uma prisão de natureza administrativa, precária por essência, que respalda a privação da liberdade e descarta o exame da necessidade cautelar, criando uma espécie de imputação objetiva por periculosidade.

⁶³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 323

⁶³³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33.

⁶³⁴ Veja-se o teor do parágrafo segundo inserido no art. 310 (que trata da prisão em flagrante) e da nova redação do art. 283, respectivamente: “§2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, salvo se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas. (...) Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado.” (BRASIL. **Projeto de lei anticrime**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/projeto-lei-anticrime-ministerio-justica.pdf> . Acesso em: 11 fev. 2019.)

Apesar disso, o problema maior parece estar nas entrelinhas do projeto supracitado e na legitimidade que dá ao uso desmedido da força, inerente a Estados autoritários. O próprio título dado ao PL é fruto desse espetáculo de repertório populista punitivo, pois vende para uma audiência autoritária a ideia de que justiça passa por repressão e uso da força em detrimento dos demonizados direitos fundamentais.⁶³⁵ E convenha-se, é gerada uma categorização binária, pois se o PL é “anticrime” aquele que discorda do seu conteúdo é pró-crime?

Como numa blindagem semântica infantil à crítica, definitivamente, aqueles que compreendem “o processo penal como um instrumento de garantia contra a opressão e, portanto, como um instrumento contramajoritário, necessário à concretização dos direitos fundamentais”⁶³⁶ e, por isso, várias das disposições do PL, como a exacerbação do controle penal e o fomento a um processo penal espetacularizado, são propagadores da impunidade (pauta, estrategicamente, posta em voga no Brasil). Veja-se que utilizando ideais amplamente aceitos mascaram-se objetivos de políticos ou de movimentos políticos.⁶³⁷

Permanece-se sustentando que a alteração legislativa deve ser compreendida como um dos passos para a mudança. Somada a estratégias urgentes e institucionais. Ou seja, observa-se na alteração legislativa a forma de resguardo “de direitos e garantias fundamentais em níveis cada vez mais avançados.”⁶³⁸ Todavia, pela redação legal atual do CPP e do referido PL, não parece que se criará um novo paradigma ao emprego da tutela cautelar penal, pelo contrário, o quadrante atual sinaliza retrocessos, inclusive, já julgados como inconstitucionais pela Corte Suprema do país.

⁶³⁵ CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo (e outros ensaios)**. 2. ed. atual. ampl. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 61.

⁶³⁶ CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo (e outros ensaios)**. 2. ed. atual. ampl. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 77.

⁶³⁷ STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo: a política do “nós” e “eles”**. Tradutor Bruno Alexander. Porto Alegre: L&PM, 2018. p. 37.

⁶³⁸ LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. *In*: Leonel González (Dir.) **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para uma reforma processual penal no Brasil**. v. II. Chile: Ceja, 2018. p. 137.

5.1.2 A audiência de custódia: um mecanismo ainda insuficiente para romper com a lógica operante no emprego da tutela cautelar

A audiência de custódia consiste na apresentação do preso, em flagrante, no prazo de até 24 horas, ao juiz, que verificará a necessidade de manter o preso encarcerado e analisará se houve tortura ou maus tratos por parte dos policiais que efetuaram a prisão. Também, abriu-se a possibilidade de encaminhamento daqueles que estão em liberdade aos serviços de assistência e apoio. Com a audiência, objetivou-se gerar o contato direto entre preso e juiz, substituindo a burocratização escrita e garantindo-se ao detido o direito de defesa. Esse modelo de audiência foi implantado em todo o país em agosto de 2015.⁶³⁹ Desse modo:

Aposta-se, com esse novo instituto, na possibilidade de que o contato direto e precoce dos magistrados com os custodiados contribua para humanizar as decisões judiciais, reduzir a taxa – altíssima no Brasil – de conversão do flagrante em prisão provisória e permitir a verificação da materialidade de eventuais agressões perpetradas pela polícia. Outro propósito da iniciativa é promover o direito de defesa na etapa anterior ao processo – que é praticamente nulo na tramitação normal das ações penais, sobretudo quando os acusados não têm condições de pagar advogado.⁶⁴⁰

O CNJ firmou acordo de cooperação com a Organização dos Estados Americanos (OEA). Ambas as instituições atuaram no sentido de promover medidas alternativas ao encarceramento; audiências de custódia; redução da população presa; medidas de reinserção social; e a capacitação dos sujeitos envolvidos com essas práticas.⁶⁴¹

O discurso presente em todos os Estados para estimular a implementação de audiências de custódia se deu em duas frentes. A primeira diz respeito ao aspecto humanitário, que ocorre com o encaminhamento do indivíduo à presença de um juiz; já a segunda se volta ao aspecto material, de redução de gastos públicos com a segregação cautelar. Há uma estratégia prática, presente na legislação de há muito, de não prender sujeitos suspeitos do cometimento de crimes

⁶³⁹ RIO DE JANEIRO. Centro de Estudo de Segurança e Cidadania. **Liberdade mais que tardia**: audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Audi%C3%A2ncias-de-cust%C3%B3dia-Apresentar%C3%A7%C3%A3o-de-slides.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁶⁴⁰ RIO DE JANEIRO. Instituto de estudos da religião. **Imparcialidade ou cegueira**: um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Disponível em: http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Artigo-Audiencias-de-custodia_Comunicacoes-ISER.pdf. Acesso em: 26 jul. 2017. p. 117.

⁶⁴¹ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018. p. 198.

com menor gravidade, evitando, assim, o contato daquele que ainda não tem sequer sentença condenatória com os demais presos.⁶⁴²

Os diversos Estados do país assinaram um termo de cooperação técnica, com o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, para implementar efetivamente as audiências de custódia, iniciando pelas capitais dos Estados. No âmbito da justiça federal, esses termos foram firmados pelos presidentes dos cinco tribunais regionais federais. A audiência busca romper com a cultura do encarceramento em massa, vivenciada no Brasil.

Em fevereiro de 2017, as audiências de custódia completaram dois anos de funcionamento.⁶⁴³ Os problemas lançados no projeto de implementação da audiência de custódia foram: como o Brasil atingiu essa realidade encarceradora, apesar do amplo sistema de direitos e garantias? Por que a permanência de um elevado número de presos cautelares se a modificação legal procedida pela lei 12.403/2011 conduziria a sua redução?⁶⁴⁴

Como resposta ao panorama encontrado, de não alteração da realidade prisional, iniciaram-se as implementações de audiências de custódia, como forma de dar profundidade às discussões sobre a utilidade e adequação das medidas cautelares diversas da prisão, ou seja, como um mecanismo para melhor pautar o art. 310 do CPP.⁶⁴⁵ “Talvez seja possível afirmar que a lei pode ter trazido algumas mudanças, mas forçoso reconhecer que ela não teve o potencial de alterar de forma significativa o quadro de prisionalização.”⁶⁴⁶

O que, em parte, se respaldou na ausência de uma estrutura de apoio para a aplicação dessas medidas, com órgãos dedicados à sua monitoração, voltados à capacitação dos envolvidos, com a criação de uma central de assistência social e demais serviços, como forma de instrumentalizá-las.

⁶⁴²BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018. p. 16.

⁶⁴³BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018. p. 206.

⁶⁴⁴BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018. p. 211.

⁶⁴⁵BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018. p. 212.

⁶⁴⁶LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia; CANO, Ignacio; MUSUMECI, Leonarda. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017. p. 4.

Nesse quadro, portanto, ressalta-se o potencial transformador de se estabelecer uma audiência, em caráter sequencial à lei nº 12.403/2011, apta a reduzir os aspectos autoritários da fase pré-processual. É um mecanismo que pode retirar os atores do processo penal do seu labor habitual, obrigando-os ao contato com o sujeito que está preso, desenvolvendo um meio de sensibilização, humanização e empatia.

Com base em dados trazidos pelos Tribunais de Justiça, o CNJ divulgou a informação de que, até janeiro de 2017, das 186.455 mil audiências realizadas, 85.568, (45,89%) delas resultaram em liberdade, com ou sem aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Não obstante, essa não foi uma realidade uniforme nos Estados. O Rio Grande do Sul, por exemplo, concedeu liberdade em apenas 15% dos casos. Enquanto outros estados, como Alagoas e Bahia, concederam liberdade em 78,79 % e 61,7%, respectivamente. A ampla maioria dos Estados permaneceu entre os percentuais de 40 a 50 % de concessão de liberdade.⁶⁴⁷

As notícias iniciais do CNJ, de acompanhamento da realização das audiências, têm apontado a redução não apenas do custo econômico de segregar desnecessariamente mais indivíduos, mas também o custo pessoal, que é trabalhando com o encaminhamento para atendimento social e assistencial. O Estado de Goiás, por exemplo, escolheu um magistrado para atuação exclusiva em audiências de custódia, criando uma espécie de juiz de garantias, voltado à preservação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.⁶⁴⁸ Da mesma sorte, o Estado do Ceará alterou a competência de julgamento da 17ª vara criminal, tornando-a vara única e privativa para realização de audiências de custódia.⁶⁴⁹

Em audiências de custódia, no período 2015-2016, atingiram o índice de soltura de 46,8% em nível nacional. Conforme já dito, o Rio Grande do Sul foi o Estado com menor índice de soltura. No Rio de Janeiro, local dessa pesquisa, a liberdade sem medida cautelar representou 1,3% dos casos, se somada às hipóteses de relaxamento de prisão, atinge-se 5,2%. A prisão foi a opção em 64,5% e as medidas cautelares diversas da prisão foram aplicadas em 30,5%. Em São Paulo, a liberdade incondicionada ficou reduzida a 0,5% dos casos; o relaxamento da prisão

⁶⁴⁷BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Mapa de implementação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 18 jul. 2017.

⁶⁴⁸BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Mapa de implementação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 18 jul. 2017.

⁶⁴⁹BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Notícia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/80092-tribunal-institui-vara-unica-privativa-de-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 18 jul. 2017.

representou 6,3%; a prisão esteve presente em 53,1% dos casos; e as medidas cautelares diversas em 40,1%.⁶⁵⁰

Convém salientar que os índices de liberdade incondicionada são ínfimos, o que indicaria que “a aplicação de medidas cautelares diversas de prisão funciona, não tanto como alternativa ao encarceramento provisório, mas sobretudo como meio de não conceder liberdade processual plena a pessoas acusadas de crime, seja ele qual for.”⁶⁵¹ Ademais:

O destino do preso depende muito do tipo de crime que lhe foi imputado pela polícia, mas também e, sobretudo, da “roleta da sorte” que pode colocá-lo diante de um juiz mais progressista, garantista e preocupado com a presunção de inocência ou de um mais seletivo, repressivo e “viciado” em prisão.⁶⁵²

A análise realizada pelo Instituto Sou da Paz e pela Associação pela reforma prisional, sobre o impacto da lei das cautelares no Rio de Janeiro e em São Paulo, constatou a continuidade do uso abusivo da prisão provisória, mesmo após o advento da lei nº 12.403/2011. Por uso abusivo se entende a utilização da prisão para a maior parte dos réus que respondem a processos penais.

As pesquisas congregadas pelas duas instituições apontaram que mais de 60% dos presos em flagrante, na cidade de São Paulo, e mais de 72% dos presos em flagrante, na cidade do Rio de Janeiro, tiveram a prisão decretada, mesmo após a aprovação da lei supracitada. Todavia, essas pesquisas também constataram que foi atingido um impacto positivo na diminuição do uso abusivo da prisão provisória em São Paulo, de forma mais expressiva; e no Rio de Janeiro, de forma mais modesta.⁶⁵³

Após a promulgação da lei ocorreu um aumento no número de liberdades concedidas. Com isso, menos pessoas foram presas antes do julgamento do processo. Na cidade de São Paulo, “o número de presos em flagrante mantidos em prisão provisória caiu de 87,9% para

⁶⁵⁰ RIO DE JANEIRO. Centro de Estudo de Segurança e Cidadania. **Liberdade mais que tardia**: audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Audi%C3%A2ncias-de-cust%C3%B3dia-Apresenta%C3%A7%C3%A3o-de-slides.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁶⁵¹ RIO DE JANEIRO. Instituto de estudos da religião. **Imparcialidade ou cegueira**: um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Disponível em: http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Artigo-Audiencias-de-custodia_Comunicacoes-ISER.pdf. Acesso em: 26 jul. 2017. p. 125.

⁶⁵² RIO DE JANEIRO. Instituto de estudos da religião. **Imparcialidade ou cegueira**: um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Disponível em: http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Artigo-Audiencias-de-custodia_Comunicacoes-ISER.pdf. Acesso em: 26 jul. 2017. p. 131.

⁶⁵³ BAIRD, Macello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. **Monitorando a aplicação da lei das cautelares**: e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf. Acesso em: 18 jul. 2017. p. 6 e 8.

61,3% de 2011 para 2012, o que significa que o número de liberdades concedidas triplicou com a aprovação da Lei.” Por outro lado, no Rio de Janeiro, o uso da prisão provisória reduziu de 83,8% para 72,3%, o que evidenciou uma aplicação menos expressiva da lei.⁶⁵⁴ Esses números foram alargados com a realização das audiências de custódia.

Outro dado importante está relacionado aos delitos que foram absorvidos na aplicação das medidas cautelares diversas, que também permanecem norteando a não conversão do flagrante em preventiva nas audiências de custódia. Tanto no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, as liberdades com a aplicação de cautelares alternativas à prisão foi a opção, majoritariamente, para crimes praticados sem violência ou grave ameaça contra o patrimônio, tais como: furto e receptação. Os demais delitos que integram o núcleo principal da seletividade penal (roubo, tráfico de drogas e homicídio) praticamente não foram contemplados.⁶⁵⁵

Além disso, essas pesquisas também avaliaram a condução de audiências de custódia. Na cidade do Rio de Janeiro, dos crimes imputados às pessoas presas em flagrante: 34% correspondiam ao delito de roubo; 26% ao delito de furto; 22% ao delito de tráfico de drogas; 4% ao delito de receptação; e 14% a outros crimes. Com base nesses dados, percebe-se que há um núcleo, que corresponde a 86% dos delitos, formado por crimes contra o patrimônio e pelo tráfico de drogas.⁶⁵⁶

A resposta dessas pesquisas para a divergência entre o discurso de aplicação de medidas cautelares diversas, para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, e a sua não concretização prática estaria amparada em critérios legais, dando como exemplo disso a subjetiva noção de manutenção da ordem pública. Além do uso de critérios não previstos em lei, como a necessidade de comprovação de endereço e/ou de emprego fixo pelos acusados.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ BAIRD, Macello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. **Monitorando a aplicação da lei das cautelares:** e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf. Acesso em: 18 jul. 2017. p. 10.

⁶⁵⁵ BAIRD, Macello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. **Monitorando a aplicação da lei das cautelares:** e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf. Acesso em: 18 jul. 2017. p. 10.

⁶⁵⁶ RIO DE JANEIRO. Centro de Estudo de Segurança e Cidadania. **Liberdade mais que tardia:** audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Audi%C3%A2ncias-de-cust%C3%B3dia-Apresenta%C3%A7%C3%A3o-de-slides.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁶⁵⁷ BAIRD, Macello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. **Monitorando a aplicação da lei das cautelares:** e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf. Acesso em: 18 jul. 2017. p. 13.

Por outro lado, no que tange às entrevistas realizadas, nessa pesquisa, com promotores e defensores, foram destacados dois problemas significativos: a ampliação do controle penal e a ausência de fiscalização das medidas aplicadas:

Os defensores públicos mostraram-se mais favoráveis à liberdade processual e, muitos deles, frustrados com a subutilização da Lei das Cautelares. Consideram que, na prática, ela não ampliou a concessão de liberdade como se previa antes de sua aprovação. Além disso, detectaram um agravamento das liberdades anteriormente concedidas sem condicionantes, e que, agora, teriam, em grande parte, migrado para a liberdade sob fiança ou outra medida cautelar, tendência detectada por ambas as pesquisas.⁶⁵⁸

Por outro lado, os promotores do Rio de Janeiro fizeram menções expressas à falta de mecanismos de fiscalização das cautelares, o que, na prática, redundou na compreensão de que apenas a fiança e o comparecimento periódico em juízo fossem consideradas cautelares passíveis de serem usadas. Em São Paulo, na prática forense, constatou-se a aplicação preponderante da fiança e da proibição de ausentar-se da comarca. Seguidas pelo recolhimento domiciliar noturno e o comparecimento em juízo. As demais medidas sequer apareceram na pesquisa pela inexpressividade do uso. Já no Rio de Janeiro, a medida preponderante foi o comparecimento periódico em juízo, seguido da fiança e da proibição de ausentar-se da comarca.⁶⁵⁹

Os resultados atingidos pelo monitoramento de implementação da audiência de custódia podem ser sintetizados em aspectos positivos e obstáculos encontrados. Como aspectos positivos: foi destacado que, em alguns Estados, alterou-se, expressivamente, o quadro de conversão da prisão em flagrante em preventiva (Bahia), além de se tratar de uma tentativa de restaurar a legalidade na etapa pré-processual e reduzir o uso da segregação cautelar. Como obstáculos, as pesquisas apontaram uma tendência a repetir padrões do funcionamento do sistema de justiça e segurança do Brasil, ao que se soma uma forte resistência à constitucionalização do processo penal e à limitação do poder punitivo. Ainda, constatou-se

⁶⁵⁸ BAIRD, Macello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. **Monitorando a aplicação da lei das cautelares:** e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf. Acesso em: 18 jul. 2017. p. 14.

⁶⁵⁹ BAIRD, Macello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. **Monitorando a aplicação da lei das cautelares:** e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf. Acesso em: 18 jul. 2017. p. 20 e 24

que há uma prepotência e autoritarismo por parte de alguns operadores jurídicos na condução das audiências.⁶⁶⁰

Como forma de ampliar e melhorar a implementação das audiências de custódia, os pesquisadores propuseram, inicialmente, a adoção de uma lei que a regule, de modo a federalizar sua aplicação; a instituição de novo espaço de jurisdição, com operadores designados especificamente para atuarem nelas; a necessária capacitação dos operadores jurídicos; a limitação sobre o mérito da discussão em audiência; a regulamentação da apresentação obrigatória em 24 horas do preso ao juiz; a criação de sistema eficaz para controle de funcionamento e gerência de informações; a garantia do uso excepcional de algemas, bem como averiguação da condução do flagrante; a garantia do direito de defesa prévio à audiência; e o fortalecimento de programas de assistência à realização de atendimento psicossocial.⁶⁶¹

Sustentaram, ainda, a ampliação da transparência e discussão sobre o instituto; a adoção de pesquisas sobre os custos do encarceramento em massa e sobre o impacto das audiências de custódia nos diferentes Estados, além da promoção de campanhas dirigidas aos operadores do sistema penal e do público em geral, visando a desmantelar a cultura punitivista.⁶⁶²

Pelo até aqui exposto, pode-se afirmar que não há uma aplicação e realização uniforme das audiências em todos os locais do Brasil. Inclusive, em algumas cidades do interior, quando feitas as audiências, não é respeitado o prazo de até 24 horas. Tampouco há operadores precipuamente destinados a essa função. Ainda, a ausência de uma alteração institucional e orgânica dos processos de trabalho legítima que se recepcione um instituto, basilarmente oral, com lentes escrituradas. Ou seja, não se refuda o paradigma, operacionalizando o contraditório e colocando o respeito à liberdade em primeiro plano.

Ademais, a falta de uma política de Estado clara, fomenta a desinformação, estimulando que se entoe o discurso da impunidade, quando, efetivamente, o uso de audiência, para autorizar ou não a restrição da liberdade, é o preço a ser pago para que se possa falar em processo penal constitucional e convencionalmente adequado.

⁶⁶⁰ RIO DE JANEIRO. Centro de Estudo de Segurança e Cidadania. **Liberdade mais que tardia**: audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Audi%C3%A2ncias-de-cust%C3%B3dia-Apresenta%C3%A7%C3%A3o-de-slides.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁶⁶¹ RIO DE JANEIRO. Centro de Estudo de Segurança e Cidadania. **Liberdade mais que tardia**: audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Audi%C3%A2ncias-de-cust%C3%B3dia-Apresenta%C3%A7%C3%A3o-de-slides.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁶⁶² RIO DE JANEIRO. Centro de Estudo de Segurança e Cidadania. **Liberdade mais que tardia**: audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Audi%C3%A2ncias-de-cust%C3%B3dia-Apresenta%C3%A7%C3%A3o-de-slides.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

Por outro lado, deve-se destacar que se percebe, nitidamente, que o *input* no sistema penal, em razão de presos em flagrante, está reduzindo, de forma mais ou menos expressiva, conforme o Estado do país. Contudo, o *output* - ou seja, a saída de sujeitos presos cautelarmente - permanece inalterado, uma vez que o enfoque principal da audiência de custódia tem sido os indivíduos presos em flagrante delito e a sua conversão ou não em prisão cautelar.

Não se ignora que, na Justiça Federal, têm sido realizadas audiências inclusive quando a prisão decorre de um mandado judicial, contudo, também não se pode esquecer que essa jurisdição não é a principal responsável pelo julgamento dos crimes que formam o núcleo duro da seletividade penal e, conseqüentemente, abarrotam os estabelecimentos carcerários.

Dessa forma, o art. 13 da resolução nº 213 do CNJ,⁶⁶³ que estabelece o aproveitamento da audiência para presos preventivos por mandado de ordem diversa, não tem tido aplicação expressiva, ou, pelo menos, não foram fornecidos dados estatísticos de audiências para essas hipóteses.

Do apresentado, nas atuais pesquisas de impacto, constata-se que, apesar de se ter uma redução da metade dos casos de prisão cautelar decorrentes do flagrante, o que é de imensa valia, não há alteração no número global de presos cautelares. Ainda, os locais reservados para essas audiências, os espaços para manter os presos enquanto aguardam a audiência e a forma de condução destas últimas, denota que não se avançou, de fato, na incorporação da oralidade e na abertura efetiva para o contraditório.

⁶⁶³BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf. Acesso em: 16 mar. 2017.

5.2 A CONSTRUÇÃO DE UMA TUTELA CAUTELAR PENAL SOB O ASPECTO MATERIAL (CONTEÚDO)

Inicia-se um ponto essencial da pesquisa com uma citação de Gloeckner, quando aduz o autor que “o primeiro passo para se colocar as cautelares processuais penais devidamente em seu lugar é refutar o enquadramento simplista de determinados atos como sendo cautelares.”⁶⁶⁴ Por isso, absolutamente relevante para a tese, e que se insere como uma estratégia, propriamente, pois evita uma aplicação imediata de sanção penal, é a redução daquilo que pode ser incluído na cautelaridade penal. Com razão, Prado sustenta que:

O Brasil encontra-se, portanto, em uma encruzilhada e deve escolher entre a amplificação dos <controlados pelo sistema> ou a adoção de estratégias que façam recuar estes números de forma significativa, mediante procedimentos que evitem a todo o custo a intervenção penal, o processo criminal, a aplicação imediata ou postergada de sanções penais de qualquer natureza.⁶⁶⁵

A partir da visão do processo como um jogo, delineado por Calamandrei, explica o autor que este, nessa ótica, não necessariamente concederá a vitória a quem tem razão, a sentença não consiste em uma aplicação imediata da lei ao fato, mas é o resultado de uma competição, é “<o ato de eleição (escolha) pelo juiz> da versão prevalecente entre as opostas pelas partes neste duelo intelectual em contraditório.”⁶⁶⁶

Partido da compreensão de que há um limite estabelecido quanto àquilo que pode integrar o processo penal e que não se pode recorrer a quaisquer meios para atingir a hipótese delineada, a tutela cautelar recua, pois não é mecanismo probante em si, mas meio garantidor do correto desenvolvimento do processo.

Explica Gloeckner que a ausência de uma discussão sobre a natureza jurídica das medidas cautelares na seara penal conduziu a dois principais problemas: o primeiro diz respeito à transposição de caracteres do processo civil ao processo penal; o segundo está associado à

⁶⁶⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 266.

⁶⁶⁵ PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 57.

⁶⁶⁶ PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 62

falta de adequação constitucional do instituto, que gerou um uso desmedido, no qual a prisão processual tornou-se o ato processual que “lastreará o mérito do processo.”⁶⁶⁷

E nisso estão ordinariamente baseadas as estratégias de convencimento que, já em 1950, Calamandrei advertia, focalizando o uso tático (lateral) das medidas cautelares. Em outras palavras: em um contexto de jogo em que o resultado não depende de provas, mas de persuasão do adversário para forçá-lo a aceitar o acordo, o uso de providências cautelares desviadas da função de proteção processual revela-se uma arma extraordinária.⁶⁶⁸

Essa funcionalidade cria uma ambiência inquisitória. Cordero destaca o aprisionamento instrutório como o *modus* de extrair a verdade e o uso dessa tecnologia implica um ambiente específico, de tempo cíclico, com longos períodos de suspensões, com a perda de toda e qualquer garantia.⁶⁶⁹

Ou seja, deve-se avançar da ideia da tutela cautelar como meio probante e centrá-la na proteção processual. Até agora o que se constatou é que a tutela cautelar penal contempla duas funcionalidades: uma processual, que se refere ao aspecto preventivo-processual, e uma material, vinculada a uma faceta preventivo-criminal, centrada no indivíduo e em evitar o seu retorno à senda delitiva.

Apesar de a primeira ser colocada, teoricamente, com a razão da tutela cautelar – a instrumentalidade processual – a segunda é a que é utilizada na práxis jurídica. Esta última respalda quase que a totalidade das decisões examinadas. E, conforme visto, não é uma anomalia do recurso a essa tutela, mas um elemento que integrou a sua constituição da década de 40.

Então, caso se pretenda alterar, com algum grau de sucesso, o quadro prisional intitulado como “cautelar”, estabelecendo novas bases para a teoria cautelar penal, que se abdique dos motivos da codificação vigente e das raízes assentadas no processo civil, deve-se extirpar a fundamentação com contornos materiais.

⁶⁶⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 266.

⁶⁶⁸ PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 64.

⁶⁶⁹ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tomo I. Colombia: Editorial Temis S.A, 2000. p. 393.

5.2.1 O significante cautelar não é sinônimo do seu significado: delimitando a cautelaridade penal

O cerne cautelar é o *periculum libertatis*. Este é a verdadeira nota/ fundamento da tutela cautelar penal, pois é com este exame que se observará a presença do perigo cautelar.⁶⁷⁰ Não é aceitável o

sufocar do investigado, na fase preliminar, com adoção de medidas cautelares que tiram dele suas fontes de renda e sobrevivência e, não raro, a própria liberdade, não apenas serve para angustiá-lo, sob o ângulo psicológico, e enfraquecê-lo, tornando factível e <interessante> o acordo, como funciona ainda como uma espécie de <radar das infrações penais desconhecidas>, que seriam recolhidas por esta <rede> de providências cautelares de modo bastante simétrico às investigações inquisitoriais do procedimento eclesiástico da idade média!⁶⁷¹

Não há dúvidas de que a Constituição Federal e a Convenção de Direitos Humanos instituíram uma nova base axiológica ao Código de Processo Penal. Não obstante, “a lógica do sistema inquisitivo persiste, não apenas no plano normativo, mas também no plano cultural.” A prisão preventiva, nesse raciocínio, atua como um pressuposto ordinário da instrução criminal.⁶⁷²

Choukr, também observando a problemática do que pode ser tratado como cautelar, aduz que: “a natureza essencialmente cautelar da constrição, não pode ser, sob qualquer hipótese, tomada como medida antecipada da pena. Assim, as privações de liberdade anteriormente havidas devem ter sempre e necessariamente, fundamentação e finalidade cautelares.”⁶⁷³ Veja-se que

a inscrição da ordem do simbólico não imuniza e muito menos autoriza tratar significante e significado como categorias de um mesmo eixo. Essa simetriação é veiculada constantemente no modelo inquisitorial, cuja

⁶⁷⁰ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral - Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 232.

⁶⁷¹ PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 65.

⁶⁷² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 636-637.

⁶⁷³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 638.

estrutura de um sujeito em diálogo constante com a Referência permite a criação de operações fundadas a partir do grau zero de linguagem.⁶⁷⁴

Então, começa-se com a necessidade de limitar o conteúdo e retirar a periculosidade do quadro da cautelaridade, mediante a extirpação da garantia da ordem pública. Não se ignora que boa parte das legislações possuem um fundamento desse perfil ou mesmo quando retirado, como ocorreu na legislação chilena, foi reinserido por uma contrarreforma.

Contudo, seguindo o delineado por Binder, parece essa ser uma contrarreforma que denota uma prática que toca no núcleo da inquisitorialidade e, dessa forma, não será alterada com facilidade, de uma hora para a outra. Ainda que pareça uma utopia acadêmica, é ponto inarredável para reestruturar o que pode ser inserido dentro do significativo da cautelaridade pessoal penal. Observando-se “a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de “cautelar” até o ponto de transformá-la em “medida de segurança pública.”⁶⁷⁵

Por conseguinte, não é argumento suficiente para manter-se o viés simplório de que é assim ou de que todas as legislações possuem algum fundamento nesse sentido, de modo que não poderia ser questionado. Da mesma sorte, parece de todo frustrada a operação de limitá-lo externamente, já que a sua essência é a ambivalência e a ambiguidade, é o vazio que se faz cheio.

Aqui pode ser feito um paralelo entre a ordem pública com a definição estabelecida por Laclau sobre populismo. Este “no tiene ninguna unidad referencial porque no está atribuído a um fenómeno delimitable, sino a una lógica social cuyos efectos atraviesan una variedad de fenómenos. El populismo es, simplemente, un modo de construir lo político.”⁶⁷⁶ O exercício de delimitá-la, buscando uma unidade conceitual, torna a expressão ainda mais vaga, já que as demandas dissolvem parte das suas particularidades para condensar-se dentro de um mesmo significativo.

O uso desse elemento parte de uma ideologia⁶⁷⁷, que traduz uma racionalidade, precisamente, periculosista. A pluralidade de significados se origina, justamente, na

⁶⁷⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Editora Jus podivm, 2013. p. 204.

⁶⁷⁵ LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, ano 26, p. 117-153, maio. 2018. p. 144.

⁶⁷⁶ LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. Buenos aires: Fondo de cultura economica, 2010. p. 11.

⁶⁷⁷ Aqui utilizado o termo ideologia dentro da acepção simples de forma de ver a vida.

necessidade de dar nome a algo que não o tem, mas que é tido como imprescindível dentro de uma realidade heterogênea. Por isso, nessa senda, vacuidade e plenitude serão sinônimos.

Leite destaca que são estes os problemas que atingem a ordem pública: “o primeiro é a legitimidade de a prisão cautelar ser utilizada como mecanismo de proteção de interesses extraprocessuais e o segundo é a dificuldade de definir o conceito de ‘ordem pública’.”⁶⁷⁸

Pensar que é possível dar-lhe limites externos⁶⁷⁹ não coincide com a função desse conteúdo na seara teórica. E, melhor sorte não o acomete no âmbito prático, já que, em 2011, por exemplo, tornou-se inviável utilizar prisão cautelar em crimes apenados com até quatro anos e determinou-se a observância das singularidades do caso concreto (dois limites externos), entretanto, a ordem pública seguiu sendo “o” fundamento por excelência (observe-se a pesquisa empírica no terceiro capítulo).

Gloeckner, apoiando-se em Roxin, afirma que

durante siglos ‘la represión del socialmente peligroso’ há ocupado um primer plano en el proceso penal”. Com essas palavras Roxin manifesta uma advertência que parece muito importante para o momento. A partir do momento em que o processo penal passa a se preocupar com determinados estereótipos, com personagens edificados sobre conceitos vinculados a uma estratégia de purificação – o discurso higienista e sanitário inerente ao positivismo – torna-se a tarefa profilática do processo penal o combate aos resíduos e indesejáveis.⁶⁸⁰

É a periculosidade que torna a cautelaridade parte essencial de uma política criminal de defesa social, de combate (em termos belicistas) e de eliminação de indivíduos. Com aquela encobre-se uma função administrativo-policial centralizada no interior do processo penal, de roupagem acusatória, mas de conteúdo inquisitivo. O invólucro é democrático-acusatório, mas o repertório é buscado no patrimônio autoritário-inquisitório. Observa-se que

o tecnicismo jurídico-penal, alavancado ao *status* de tecnicismo jurídico-penal constitucional, tratou de remodelar funções, objetivos, limites semânticos e pragmáticos do processo penal, investindo-os de esqueleto constitucional e

⁶⁷⁸ LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. In: Leonel González (Dir.) **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para uma reforma processual penal no Brasil. v. II. Chile: Ceja, 2018. p. 129.

⁶⁷⁹ Zanoide propõe a parametrização a partir de um conteúdo essencial relativo, usando três requisitos cumulativos, que tenham como foco o fato imputado: o primeiro observaria a pena em abstrato aplicada ao crime para determinar a proporcionalidade; o segundo atenta para as circunstâncias do fato; e o terceiro se centra na observância do lapso temporal transcorrido entre o crime e a postulação da medida. (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010. p. 389-397.)

⁶⁸⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 217.

“democrático”. As categorias processuais penais foram ressignificadas através de um esquema de adequação constitucional. (...) Tais categorias permanecem operando em sintonia com as velhas práticas punitivas de fundo autoritário.⁶⁸¹

Para Choukr, a “periculosidade” se aproximou do conceito da ordem pública com a extirpação da prisão obrigatória ao final da década de 70.⁶⁸² Com isso, tornou-se “a” própria cautelaridade. Ou seja, a representatividade desse fundamento nas decisões examinadas não permite conclusão diversa.

Mesmo se destacada a predisposição dessa tutela para garantir a administração da justiça, o que, aliás, garantir-lhe-ia o espaço de “área-limite entre a função jurisdicional e aquela, administrativa, de polícia”⁶⁸³, dado o seu caráter precipuamente preventivo, exercido com urgência e a partir de um juízo provisório, não deixa de ser um procedimento cautelar jurisdicional que jamais poderá ser vinculante da decisão de fundo.

O reestabelecimento da segurança social, o afogamento da impunidade, a prevenção geral e especial, são escopos inalcançáveis via medida cautelar (e acredita-se que, inclusive, mediante sentença). Nem a pena consegue garantir a sua funcionalidade, haja vista a quantidade de variantes que permeiam a sua execução, então, que dirá as medidas cautelares.

Essa simetria entre medida cautelar e dispositivo policial tem sido legitimada pela ausência de uma delimitação do que é efetivamente cautelar, pela equivocada compreensão de que qualquer medida adotada, antes de uma sentença transitada em julgado, reveste-se de cautelaridade. Evidentemente que não se aduzirá, em sentido oposto, a ausência de cautelaridade penal em qualquer forma, pois isso retiraria um limite formal ao poder punitivo, ainda que semântico, mas um limite. Contudo, nem toda prisão processual pode ser definida como cautelar.

Cautelar será toda medida que responda a um perigo, apesar da redundância, “cautelar”. Ademais, esse perigo de frustração do processo, necessariamente, deve ser passível de ser atribuído ao sujeito passivo. Aplica-se aqui a divisão estabelecida, com precisão, por Pujadas.

O risco de frustração do processo, como elemento objetivo, é aquele que produz o desaparecimento de elementos essenciais à reconstrução do fato pretérito ou ausência do sujeito para a concretização de uma futura sentença. Já o perigo processual potencial do sujeito passivo,

⁶⁸¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 483.

⁶⁸² CHOUKR, Fauzi Hassan. **A ordem pública como fundamento da prisão cautelar**: uma visão jurisprudencial. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-ordem-publica-como-fundamento-da-prisao-cautelar-uma-visao-jurisprudencial>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁶⁸³ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 210.

elemento subjetivo, é a capacidade do indivíduo de atuar sobre esses elementos ou frustrar o fim do processo. Em síntese, aponta o primeiro o que deve ser protegido no processo; e o segundo, de quem deve ser protegido.⁶⁸⁴

Esas cualidades deben ser afirmadas mediante elementos objetivables y, en cualquier caso, personales, no resultando válida pues la adopción de una medida, bajo la cobertura cautelar, cuando esa aptitud se derive del simple paso del tiempo o traiga causa unicamente en la peligrosidad de sujetos distintos al pasivo del proceso.⁶⁸⁵

Sustenta-se, portanto, a necessidade de reestruturar os fundamentos que autorizam a aplicação de medidas cautelares pessoais, sejam elas privativas de liberdade ou restritivas de outros direitos. Por conseguinte, estas compartilham da mesma exigência, qual seja: o perigo cautelar. Sanando, assim, um outro problema, demarcado desde o início das atividades legislativas, que

induz à conclusão de que as medidas alternativas são atuadas quando houver liberdade provisória. A dizer, inexistem fundamentos cautelares mas, mesmo assim, impõem-se medidas constritivas da liberdade. Trata-se de deformação sistêmica inaceitável pois o modelo de funcionamento desejado é completamente diverso.⁶⁸⁶

Ponto primeiro: toda e qualquer medida cautelar deve submeter-se aos mesmos requisitos e fundamentos. Segundo, se a tutela cautelar está a serviço do processo penal e este é uma barreira à senda punitiva, voltado para a reconstrução de um fato criminoso pretérito, a funcionalidade cautelar está aí delimitada. Aqui o fundamento é processual, vinculado à defesa do processo penal.

O guia prático desenvolvido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como roteiro a ser utilizado pelos Estados membros para adotarem os *standards* na matéria cautelar,⁶⁸⁷ fixa como ponto de partida no tema, o que se entende que não poderia ser diferente, a presunção de inocência: mesmo preso cautelarmente, o sujeito permanece com *status* jurídico de

⁶⁸⁴ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 136 e 139.

⁶⁸⁵ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 140.

⁶⁸⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **As medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro**: panorama dos três anos da Lei n. 12.403/2011. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro-panorama-dos-tres-anos-da-lei-n-12-403-11-por-fauzi-hassan-choukr>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁶⁸⁷ Fala-se em standards, pois tratam de padrões mínimos, ou seja, nivelamentos propostos no que tange à tutela cautelar, desenvolvidos a partir do acúmulo das experiências de diversos países.

inocente.⁶⁸⁸ Então, não pode ser outra a consequência que a inviabilidade de se empregar uma presunção de culpabilidade.

Aduz a CIDH que as duas fundamentações legítimas são: o risco de fuga e o risco de obstrução da investigação criminal.⁶⁸⁹ Ademais, ressalta a ausência de pesquisas empíricas que comprovem que a redução da liberdade individual, mediante o uso maior do encarceramento, coincida com a diminuição da violência, da criminalidade e de questões atinentes à segurança dos cidadãos.

Com efeito, considerando a nova redação do inc. I do art. 282 do CPP, inserida pela lei 12.403/2011 não existe problema na aplicação das medidas cautelares quando destinadas à garantia da aplicação da lei penal, investigação e instrução criminal. Todavia, quando pretensamente dirigida a evitar a prática de infrações penais o que se está pretendendo, diversamente da tutela do processo, é o controle social, a prevenção geral ou específica, que é o objetivo da pena e não das medidas cautelares.⁶⁹⁰

Cordero, quando trata do segundo prognóstico quanto à necessidade cautelar (o primeiro seria o *fumus*, que será tratado ao final deste tópico), destaca que este está atrelado ao perigo concreto, para o qual são necessários sinais de alta importância indutiva. Utilizando como exemplo o modelo processual penal italiano, da época e atual, arrola três fatores que condicionam a existência do perigo concreto: destruição de provas; garantia da execução de possível condenação; tentativa ou cometimento de delitos graves, com o uso de armas ou outra forma de violência contra a pessoa, prática de crimes contra a ordem constitucional, ou em criminalidade organizada, ou se for acusado por delito da mesma espécie do já praticado. Nessa Terceira hipótese, a intervenção provisional torna-se medida de segurança para a tutela de interesses coletivos.⁶⁹¹

Explica que, apesar de derrubado o regime totalitário, do qual o Código processual era fruto, algumas das suas figuras normativas permaneceram vivas e que isso ocorre porque “las maquinas represivas son menos reformables que los Estados, porque se refieren a un

⁶⁸⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Guía práctica sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019. p. 10.

⁶⁸⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Guía práctica sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019. p. 10.

⁶⁹⁰ NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 55.

⁶⁹¹ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Colombia: Editorial Temis S.A, 2000. p. 404-405.

metabolismo social profundo; en esos planos, las metamorphosis políticas cuentan relativamente poco.”⁶⁹²

Aqui, partindo da ótica da identidade processual penal brasileira, afirma-se que há uma “abstração quanto à formação discursiva dos conceitos clássicos, que aparecem aqui completamente desconexos de sua historicidade. (...) determinadas categorias formadoras do pensamento processual penal brasileiro lá se encontram sedimentadas.”⁶⁹³ Propositamente olvida-se aquele que foi o discurso oficial da reforma do processo penal brasileiro, na década de 40, voltado para a minimização de garantias processuais e incremento da repressão.⁶⁹⁴ No qual o conceito de segurança foi “fabricado juridicamente a fim de fomentar uma paulatina incorporação de desideratos políticos no campo jurídico.”⁶⁹⁵

Concorda-se com Minagé, que de nada adiantará

a criação, exploração e sistematização prático-teórica de um procedimento próprio para a análise da prisão preventiva, se ainda permanecermos a enxergá-la com as lentes inquisitoriais, fruto não só de resquícios legislativos que ainda nos assombram, mas principalmente dos discursos políticos maquiados, proferidos e entronizados no inconsciente coletivo de que a criminalidade violenta de rua é o grande inimigo causador da insegurança individual e coletiva.⁶⁹⁶

Pelos mesmos motivos explicitados quanto à ordem pública, quando se aborda a possibilidade de reiteração, como elemento que autoriza a segregação cautelar, principalmente com o teor do art. 313, inc. II, do CPP, está-se diante da absorção de um escopo material, que escancara a absorção do direito penal do autor, afastando-se a análise sobre a necessidade cautelar.

Não há adequação constitucional-convencional do dispositivo,⁶⁹⁷ pois se abre mão do fato delitivo e dos perigos apresentados para a sua “reconstrução”, para voltar-se ao seu suposto autor. “Ese critério no puede compartirse porque, en puridad, cuando se toma en consideración,

⁶⁹² CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Colombia: Editorial Temis S.A, 2000. p. 393 e 396.

⁶⁹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 482.

⁶⁹⁴ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 40.

⁶⁹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 379.

⁶⁹⁶ MINAGÉ, Thiago M. A necessidade de um procedimento cautelar próprio para imposição de prisão preventiva. In: POSTIGO, Leonel González (Org.). **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 496.

⁶⁹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 750.

se esta partiendo de la presunción de culpabilidad y se pretenderia hacer cumplir a la prisión provisional con un fin de prevención especial.”⁶⁹⁸

Conforme observado na pesquisa empírica, a argumentação quanto à reiteração delitiva é o segundo atalho, depois da ordem pública, para respaldar a prisão preventiva. Isso quando não aparecem juntos. Com este, legitima-se um fundamento não falseável. Quando se prende para garantir a ordem pública, “diante da reiteração de delitos e risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e ao fundamento do processo penal.”⁶⁹⁹

Em 2011, modificaram-se alguns pontos, mais tangenciais, mas o núcleo que sustenta a cautelaridade penal na prisão, como desígnios defensivistas-periculosistas, restou inalterado. Consequentemente, é insustentável pensar um novo modelo cautelar com a permanência da reiteração delitiva e da ordem pública enquanto legitimadores da prisão preventiva, já que este “permanece amplo demais para um modelo acusatório de processo com assento constitucional e convencional.”⁷⁰⁰

Nessa senda, em consonância com o que determina a CIDH, além de caber ao poder legislativo, principalmente, derrogar todo dispositivo que estabeleça hipóteses de prisão obrigatória pelo tipo penal e ampliar as hipóteses de não cabimento da prisão cautelar, não podem ser empregados *standards* como alarme social, repercussão social e periculosidade para respaldar o uso da tutela cautelar pessoal penal.⁷⁰¹

No ponto, novamente, percebe-se um retrocesso em termos de reforma do diploma processual ao estabelecer que o clamor público não poderá justificar a segregação cautelar isoladamente. Em sentido inverso, está a se dizer que ele poderá ser utilizado desde que corroborado com outros elementos. Exatamente nos mesmos termos da redação atual do art. 155 do CPP. Assim sendo, afronta-se a concepção de perigo cautelar, como sendo o risco ao processo penal produzido pelo processado, pois não é possível atribuir-lhe a produção do alarme social, da repercussão social, já que são elementos para além dele.

Destarte, estabelecida a funcionalidade cautelar, pode-se, então, classificar quais atos processuais penais se revestem de cautelaridade. Com isso, a finalidade espúria, mas utilizada

⁶⁹⁸ SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. Madrid: Ed. Codex, 1996. p. 528.

⁶⁹⁹ LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, ano 26, p. 117-153, maio. 2018. p. 142.

⁷⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 752.

⁷⁰¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Guía práctica sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019. p. 15.

corriqueiramente (de modo não declarado), conforme se observou dos julgados analisados e nos dados da pesquisa de Gloeckner, não se sustenta: prisão cautelar como antecipação de pena (resolução do mérito).

No que toca à prisão temporária e à prisão em flagrante, pelos argumentos já estabelecidos no primeiro capítulo, sustenta-se que não são medidas cautelares. A primeira pelo lugar que ocupa, de modo que é um ato de investigação propriamente, e a segunda pelo seu caráter administrativo. Ou seja, claramente, não possuem uma finalidade processual.

No ponto, impõe-se destacar a impropriedade das disposições do CPP, em trâmite de aprovação, ao tratá-las como cautelares. O avanço dado com a reforma de 2011, quando definiu a prisão em flagrante como prelúdio para uma medida cautelar, foi abandonado. E no que toca à temporária, apesar de todas as críticas acadêmicas consistentes quanto à sua origem de duvidosa constitucionalidade, bem como sobre a sua funcionalidade como um ato investigatório em si, esta foi inserida no CPP.

Seguindo. Tampouco pode-se aduzir a legitimidade cautelar das prisões para garantir a ordem pública e a ordem econômica,⁷⁰² já que, pelo desenvolvimento teórico e empírico estabelecido até agora, não se voltam para a tutela do processo penal. Pelo mesmo argumento, também não pode integrar esse significante a internação provisória do acusado nas hipóteses dos crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração.⁷⁰³ Veja-se que se trataria de medidas de segurança pré-delituais.

Em síntese,

los únicos fines constitucionalmente legítimos que puede cumplir la prisión provisional son los de evitar la fuga del imputado e impedir que pueda obstaculizar la investigación, ocultando o destruyendo elementos probatorios; en otro caso se quebrantaría la habilitación constitucional para la privación de la libertad durante el proceso.⁷⁰⁴

⁷⁰² Não se conferiu um espaço maior à crítica pelo emprego da garantia da ordem econômica, pois, com base na pesquisa empírica realizada durante o mestrado, e pela agora produzida, percebe-se um emprego inexpressivo dela. Todavia, destaca-se que, pelos mesmos fundamentos utilizados na ordem pública, vagueza, amplitude semântica, antecipação de punição, devem ser extirpados do rol de fundamentos cautelares. Ademais, quando se está frente à necessidade de resguardar patrimônio, as medidas reais são meios mais aptos e legítimos para tal função.

⁷⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 270-271.

⁷⁰⁴ SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. Madrid: Ed. Codex, 1996. p. 527.

Pelo exposto, classificam-se como cautelares as prisões destinadas ao resguardo da instrução criminal e para a garantia da aplicação da lei penal, bem como as cautelares diversas da prisão, arroladas no art. 319 e 320 do CPP, que se voltem a essa função. Inclusive, mantém-se, nesse rol, a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o acusado dela permanecer distante. Observa-se que, num processo como o brasileiro, que se mantém absolutamente vinculado, em termos probatórios, à prova testemunhal, o resguardo de determinados indivíduos, se esta for a justificativa, é fundamental à reconstrução do fato pretérito.⁷⁰⁵

Logicamente, se a funcionalidade cautelar é o resguardo do processo de atos do acusado que possam materializar um risco a ele, afasta-se a defesa de um direito material. A suposta proteção oferecida pela pena não pode ser deslocada à seara processual, já que seria criar uma proteção imediata do direito penal:

las medidas cautelares sólo pueden asegurar los efectos de la pena, pero no su funcionalidad, básicamente porque (1) se intentaría asegurar la funcionalidad de algo que todavía no existe y (2) se utilizaría un mecanismo del todo insuficiente para influir sobre las distintas variables que inciden en la funcionalidad de la pena.⁷⁰⁶

Por fim, é nesse ponto que se deve abandonar como parâmetro o desenvolvimento da instrumentalidade cautelar civil que, claramente, liga-se quase que simbioticamente ao direito material postulado, numa espécie de antecipação, propriamente, da sentença. O processo penal, que tem como pedra angular a presunção de inocência, não pode adotar a mesma concepção de efetividade, vendo na provisoriedade a antecipação da decisão almejada ao final do processo.

Aqui, observando a necessidade de se estabelecer um processo penal, como regra, para se atingir uma pena, bem como não sendo esse seu único papel, haja vista a premência de fazer valer um núcleo de garantias, a efetividade trará um conteúdo vinculado ao poder de atuar e não a escopos de direito material.⁷⁰⁷ “Es evidente que el querellante no tiene otro derecho sino

⁷⁰⁵ O que não parece ter simetria com as medidas protetivas, uma vez que elas não se encontram a serviço do processo, todavia destinadas à proteção de um bem jurídico individualizável, tal como a vida, a integridade física, etc. Apesar de constar um perigo decorrente do sujeito, não há um risco mensurável ao processo, que seria o elemento objetivo do perigo cautelar. Evidentemente que não significa que não devam existir, mas apenas que não se inserem na cautelaridade penal.

⁷⁰⁶ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 98.

⁷⁰⁷ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 109.

el de acusación, es decir, el de pedir al juez que ejercite su poder de condenación y ejecución contra el culpable.”⁷⁰⁸

Por isso, também, a rejeição da inclusão de medidas que “antecipam” o resultado do processo no gênero cautelar, haja vista não serem estritamente processuais. Considerar um sujeito “perigoso” não diz respeito ao processo ao qual responde, relaciona-se com a prevenção criminal. E esta última, se já é duvidosa como finalidade da pena, que dirá de uma medida que é destinada a ser situacional e temporária. Portanto, a medida poderá até antecipar o “efeito” encarceramento, como, de fato, ocorre, mas não suas funções.

Deixou-se o *fumus commissi delicti* para o final, apesar de, na análise da utilização da tutela cautelar, conforme se abordará no tópico sobre a audiência de controle, dever preceder ao exame do *periculum libertatis*. Foi feita essa opção, pois se acredita que a nota da cautelaridade penal é o *periculum*, o *fumus* pode estar presente, mas se não for combinado com o risco processual passível de ser materializado pelo réu, a tutela cautelar pessoal penal não poderá ser empregada.

Quanto ao chamado requisito da cautelaridade, teoricamente, não se encontram maiores digressões. Ele se divide na necessidade de elementos sólidos da existência de crime e indícios suficientes que liguem o indivíduo ao seu cometimento. Dessa forma, reporta-se integralmente à definição procedida no primeiro capítulo, a fim de evitar repetições.

O que, sim, pela pesquisa empírica, constatou-se é a confusão entre o *fumus* e o *periculum*. Pode-se asseverar que, em alguns julgados, a existência do *fumus* foi suficiente para respaldar a medida cautelar, redundando numa espécie de prisão obrigatória pelo tipo penal, em tese, perpetrado.

Por exemplo, apresentar elementos constitutivos do crime de roubo, dizendo que foi praticado, com violência, ou grave ameaça à pessoa, é trazer caracteres do delito em si, vinculados à sua materialidade, mas que não são aptos a demonstrar o risco gerado ao processo e como o processado poderá materializá-lo. Da mesma sorte, aventar que o crime é “grave”, pois atinge este ou aquele bem jurídico, é a razão daquela conduta ter sido elevada à condição de crime.

Ou seja, pode haver processo, partindo de uma investigação (ou não), que tenha gerado lastro suficiente entre uma conduta delitiva e a sua realização por um determinado sujeito e, por isso, tenha se oferecido uma inicial acusatória. Pode, como em boa parte dos casos analisados,

⁷⁰⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**: Conferencias dadas em la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935. p. 36.

ter ocorrido a prisão em flagrante, evidenciando a materialidade do crime e o vínculo de alguém à prática daquela conduta. Todavia, nada disso caracterizará o perigo cautelar como elemento necessário para o uso dessa tutela.

Ademais, a sua justificação deve estar no caso concreto e não vinculada abstratamente à gravidade do crime, em tese, perpetrado. Destaca a CIDH como *standard* contrário à excepcionalidade da prisão processual o uso de um *quantum* de pena para tanto.⁷⁰⁹

Para o recurso à tutela penal, não basta essa imputação e nem mesmo provas robustas de que tenha sido aquele o sujeito que praticou o crime. Com o propósito de utilizar uma medida cautelar pessoal, devem somar-se a materialidade daquela conduta e os indícios de autoria ao perigo cautelar.

⁷⁰⁹COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019. p. 60.

5.3 OS CARACTERES FORMAIS DA TUTELA CAUTELAR: INDEPENDÊNCIA X AUTONOMIA DA TUTELA CAUTELAR

Ao início do trabalho, no primeiro capítulo, foi feito claro recorte para estabelecer a necessidade de superação da concepção do processo como mecanismo meramente punitivo, para dar-lhe a forma de instrumento de tutela de um núcleo mínimo de garantias, que denotam a escolha por um modelo de Estado, de sistema processual penal, e, finalmente, de processo penal.

Por conseguinte, afastou-se a ideia de instrumentalidade processual voltada para escopos metajurídicos (fins sociais – pacificação social e educação – e políticos), externos ao processo penal, que tornariam a jurisdição um agente político, como meio de restituir a credibilidade da justiça. Já que para concretizar tal fim se ampliaria o acesso à justiça; investir-se-ia na desformalização do processo e, para evitar a impunidade, o processo equivaleria a uma instância repressiva e defensivista. Ou seja, formular-se-ia um processo “majoritário e intuitivo (quando se deve pensá-lo como contramajoritário e contraintuitivo).”⁷¹⁰

Nessa senda, a instrumentalidade processual é concebida desde uma perspectiva exterior, afincada na relação “do sistema processual com o direito, o político e o social,”⁷¹¹ demarcando como objetivo-síntese, nas palavras de Gloeckner, a realização do bem comum.

Em oposição a isso, a posição aqui adotada é a do processo penal como o instrumento que o sujeito detém para se defender e proteger-se do poder estatal. A tutela cautelar, nessa ótica, serve a esse modelo de processo, visto que “a instrumentalidade cautelar não pode ser analisada autonomamente do processo penal e sua instrumentalidade constitucional.”⁷¹² Diz Gloeckner que:

essa configuração permite que não se possa falar, portanto, de uma independência das cautelares reativamente ao processo penal. Igualmente, se é possível falar em autonomia das cautelares penais, este conceito somente se aplica à existência de pressupostos, requisitos e seu próprio fundamento com contornos diversos do processo (...) ⁷¹³

⁷¹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. I. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 558-564.

⁷¹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. I. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 565.

⁷¹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 267.

⁷¹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 267.

Com isso, afirma-se que são dependentes, pois não podem perder de vista o caso penal, mas também são autônomas, já que possuem requisitos e fundamentos próprios. Portanto, a acessoriedade da tutela, desenvolvida a partir da ausência de um fim em si mesma, não procede. Impõe-se rejeitar, em absoluto, a tutela de direitos materiais, assentados no “risco de demora” ou na “aparência do direito”, pois redundante, conseqüentemente, na satisfação de um direito material penal.⁷¹⁴

Retirar a autonomia da cautelaridade lhe garante a equivalência com o instrumento processo penal, abrindo-se espaço para que qualquer coisa se faça, já que legitimada pelo significante cautelar, erigido como instrumento ao quadrado. E, a depender da funcionalidade vinculada ao processo, por exemplo, como meio de pacificação social, autoriza-se o seu emprego para finalidades estranhas ao processo.

Essa concepção ganha ainda maior importância se se observa o âmbito cautelar como construído teleologicamente. Não há uma estrutura procedimental ou forma de decisão ou efeitos que o definam, porque está fixado entre a seara judicial e a administrativa, esse entregar dependerá dos fins que lhe são atribuídos para dizer-se cautelar ou não.

Com isso, a instrumentalidade, como a característica da tutela cautelar, apregoada desde as lições de Calamandrei, já na década de 30, como a nota “verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares”, pois nasceriam a serviço de uma decisão definitiva, não tem como permanecer nesses moldes. Isto é, não pode ser concebida como vinculada à realização do direito material, pois nada pode dizer sobre ele.

Definitivamente, a providência cautelar não é a antecipação, do todo ou de parte da decisão final, conforme aduzia Marques.⁷¹⁵ Explica Giacomolli que, hodiernamente, a prisão processual é assecuratória, acautelatória, desvinculando-se do resultado final do processo.⁷¹⁶

A referida tutela deve ser compreendida como dependente, sim, do processo penal, que se desenvolve ou desenvolverá, mas por uma questão de proporcionalidade, em virtude de não ser possível utilizar uma medida mais gravosa do que aquela que, se confirmada a pretensão acusatória, será empregada ao final do processo. Aqui, não se está a abordar um prognóstico quanto à condenação, mas um exame dos delitos que no processo se discutem.

⁷¹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 739.

⁷¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 31-32.

⁷¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a constituição federal e o pacto San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 360.

Seguindo, será justamente essa conexão instrumental, essa dependência, que autorizará que se fale em procedimento cautelar, voltado ao exame do perigo cautelar. Em decorrência disso, a instrução probatória dessa forma de procedimento vai se limitar a informações sumárias e não à construção de elementos de prova aptos a embasar uma sentença penal condenatória ou absolutória.

E, como decorrência lógica dessa estrutura, não haverá um juízo de admissibilidade vinculado a condições da postulação acusatória para o aprazamento de audiência, que discutirá a cautelaridade penal pessoal. O julgador, em audiência, ao decidir sobre os requisitos e os fundamentos, conseqüentemente, decidirá sobre a controvérsia cautelar.

Outro traço, reflexo de uma ideia de não autonomia cautelar, que, por muito vigorou, e ainda vigora, nos termos delineados por Calamandrei, é a provisoriedade, compreendida a partir da sua natureza: “destinada a esgotar-se, quando o seu objetivo terá sido finalmente alcançado no momento em que for emanado o procedimento sobre o mérito da controvérsia.”⁷¹⁷

Esse caractere provisório, que espera tornar-se definitivo mediante o processo ordinário, tampouco se amolda à liberdade e à presunção de inocência constitucionais como ótica preponderante do processo penal.

Veja-se, a provisoriedade atenta para a situação objetiva de perigo, que cuida do verdadeiro objeto do procedimento cautelar, não para o hipotético julgamento de um processo penal, que poderá sequer ocorrer. Dessa forma, a provisoriedade deve ser pensada temporalmente, pelo espaço de tempo que pode durar, e nunca pela dependência a um resultado de um processo.⁷¹⁸

A tutela cautelar deve estar conexa ao processo penal, não obstante, isso não retira a autonomia do conteúdo cautelar, que se escorará em requisitos e fundamentos próprios. Desse modo, a provisoriedade dela pauta-se na sua limitação no tempo, de forma que, caso a medida se vincule à permanência da situação objetiva de perigo – seu lapso temporal não poderá constituir antecipação de pena. Por derradeiro, não é o retardo da prestação jurisdicional que justifica o emprego da tutela cautelar penal pessoal, mas uma situação fática que gera perigo objetivo à instrução criminal ou risco de fuga.

Característica essa que, diga-se novamente, enterra a acessoriedade, haja vista que o objeto do procedimento será o perigo cautelar. Apesar de o processo trazer os limites de quando pode ser utilizada a tutela cautelar pessoal, pelos delitos e patamares de pena, há uma autonomia

⁷¹⁷ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 32-33.

⁷¹⁸ SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 50 e 60.

entre os objetos. Aqui, não se analisa o caso penal, mas a situação de perigo em si. Por conseguinte, não se adequam nem a acessoriedade, tampouco uma independência incondicionada como traços da tutela cautelar.

Uma independência absoluta poderia ampliar ainda mais o discurso, já presente em julgados, de que a tutela cautelar, por não ser definitiva, não deve atentar para critérios de proporcionalidade quanto à espécie de pena que poderia advir no caso concreto, já que bastariam o *fumus* e o *periculum* para o seu uso. Dessa forma, sustenta-se trabalhar com uma conceituação de autonomia, que traz esse entre-lugar.

5.4 O PROCEDIMENTO CAUTELAR: A COMPREENSÃO DE FORMA COMO GARANTIA OU O AVESSE DO AMORFISMO INQUISITORIAL

Avança-se no desenvolvimento do aspecto formal da tutela cautelar, buscando responder “cómo y cuándo proceder a la imposición y mantenimiento de esa injerencia estatal en las libertades del hombre, que son las medidas cautelares.”⁷¹⁹ Destaca-se a imperiosidade de uma organização, uma racionalização teórica, para verificar a procedência ou não do aspecto material, anteriormente desenvolvido, e aplicar a medida cautelar adequada.

A fim de justificar a necessidade premente de uma alteração procedimental, sustenta-se que o conceito da forma joga uma função importantíssima na redução da irracionalidade do poder punitivo.⁷²⁰

Nessa ótica, a falta de um método jurídico de aplicação da tutela cautelar pessoal penal não se revela como uma modernização da cautelaridade ou racionalização do poder punitivo, ocorrido na época da elaboração do Código de 40, mas, sim, é um reflexo patente do amorfismo próprio a sistemas processuais inquisitoriais. Talvez também seja essa a explicação da manutenção, nos exatos termos, da formação da cognição cautelar pela lei nº 12.403/2011.

Esse modelo tem favorecido o arbítrio na tomada de decisões na matéria, o que pode ser amplamente confirmado pelas estatísticas prisionais do país, que tem estados com mais de 50% de seus presos em custódia cautelar.

As medidas cautelares, desenvolvidas como incidentais e desvinculadas de um procedimento em contraditório, ou mesmo um processo (Jardim⁷²¹; Nicolitt; Choukr), é um desdobramento de um sistema que permaneceu afincado na centralidade da figura do magistrado; pautado na prisão como regra e na liberdade como a exceção; em fundamentos e motivações automatizadas e genéricas; na ausência do contraditório e da ampla defesa; na inversão da presunção de inocência mediante a busca desenfreada pela comprovação de uma suposta verdade, que tem permitido o uso da prisão preventiva como um mecanismo probatório de fato.

⁷¹⁹ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 410.

⁷²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Editora Jus podivm, 2013. p. 143-159.

⁷²¹ Em síntese, partindo de uma concepção unitária do direito processual, sustenta o autor que por ser a atividade jurisdicional una, não haveria por que negar a existência de um processo penal cautelar, apesar deste não criar uma relação processual autônoma. Em sendo a pretensão a categoria essencial para o processo penal, seria delimitável uma pretensão cautelar que geraria, conseqüentemente, um processo. Esta última consistiria na manifestação em juízo do autor, exteriorizada num pedido e delimitada por uma imputação, mediante o exercício da ação (JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 242-245 e 161-162)

Nesse panorama é que se constata que a falta da forma, aliada à ausência de um conteúdo cautelar estritamente processual, de modo significativo, têm enfraquecido a proteção da liberdade e conseqüentemente, as garantias e os direitos fundamentais. Ou seja, aqui, não se está a sustentar o mero formalismo, como burocratização das atividades jurisdicionais que, inclusive, podem ser empregadas contrariamente ao acusado.

Sustenta-se a procedimentalização como escudo protetor, justificado e criado a partir do ideário de maior proteção contra a arbitrariedade estatal, sintonizado com um processo que afasta o sujeito da posição de objeto e se afina com categorias acusatórias e democráticas.

Explica Gloeckner que cada modelo de sistema processual adota um regime econômico e político da forma, de modo que ampliar ou restringir “as funções protetivas extraídas da noção de legalidade processual incide, justamente, na adoção dessas condições inevitavelmente políticas que a forma processual assume.”⁷²²

A justaposição de categorias da esfera cível com a penal, conforme visto no primeiro capítulo da tese, e a compreensão da cautelaridade partindo de uma seara assimétrica à penal, são o mote para o funcionamento do sistema inquisitorial. Com aquela foi possível centralizar a tutela cautelar em escopos materiais, não processuais, de aplicação imediata, que prescinde até de acusador.

E, percebe-se que aqui não se trata da não adequação dos princípios informadores da seara cautelar penal, mas da ausência de regulação de categorias que lhe deem estrutura. Por isso mesmo é que não se postula uma alteração de toda a principiologia desenvolvida e declarada como própria à cautelaridade, aderindo-se ao núcleo principiológico estabelecido por Lopes Jr., todavia desenvolver-se-ão projeções que partem deles, como meio de dar-lhes operatividade com *standards* cautelares.

Por conseguinte, o aspecto formal do exercício dessa tutela parte de “algunos de los principios del proceso penal y aplicando sus proyecciones técnicas a las medidas cautelares penales. Este ejercicio permite atribuir un régimen uniforme de adopción a las medidas de este género”⁷²³ Por exemplo, é clarividente que a jurisdicionalidade é um princípio inerente à tutela cautelar. Entretanto, entende-se que se deve ir além e dar-lhe os contornos, ou seja, como deve ser exercida e por qual juiz.

⁷²² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 23.

⁷²³ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 335.

Seguindo a exposição de Coutinho, pensa-se no modelo procedimental como a ampliação do limite penal ao exercício do poder punitivo. Vínculo entre forma e sistema processual penal, uma teoria cautelar necessariamente deve ser estruturada a partir do sistema processual constitucional. Modelo esse que é o acusatório, único viés compatível com a estrutura democrática, pois “todos os atos processuais orientam-se pela preservação das regras do jogo – as garantias fundamentais.”⁷²⁴

Observe-se a relevância da atividade jurisdicional na preservação dessas regras, compreendidas no binômio forma-sistema acusatório. Forma inclusive como limite à busca desenfreada pela verdade substancial, pois um processo amorfo descamba para a arbitrariedade.

⁷²⁵ Dito isso, apoiando-se em Cordero, aduz Coutinho que:

O aspecto político da forma é o de sustentar a existência de limites os quais governam os procedimentos judiciais. As formas mais rigorosas, como as vislumbradas no sistema acusatório, indicam um tratamento do limite que se antepõe ao poder político de maneira mais veemente. Uma ausência do tratamento do limite no processo penal estaria a indicar uma confusão entre o sistema jurídico e político, já que se constituiria o processo penal em instrumento perfeito para se atingir inúmeros e os mais variados fins, mediante o que Cordero denominará de amorfismo.⁷²⁶

Se, no quadrante histórico atual do Brasil, é possível a condução de procedimentos à revelia da lei, que dirá quando essa condução sequer encontra amparo em qualquer lei, portanto, não possui forma legal para respaldá-la. Na ausência da forma processual, os fins justificam os meios, conforme exaltado pelo autor. Por isso, delineia-se uma nova estrutura em matéria cautelar adequada a um processo penal acusatório, de cunho democrático.

Pensar na procedimentalização da seara cautelar condiz com a inserção de uma prática reativa ao modelo de processo de cariz inquisitorial, pois se dá um passo, justamente, na direção contrária ao amorfismo atual. Veja-se que “a figura ativa do juiz e a prescindibilidade das formas como controle da atividade processual são assim elementos indecomponíveis da

⁷²⁴COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Pensar a genealogia do processo autoritário**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-25/limite-penal-pensar-genealogia-processo-penal-autoritario>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁷²⁵COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Pensar a genealogia do processo autoritário**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-25/limite-penal-pensar-genealogia-processo-penal-autoritario>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁷²⁶COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Pensar a genealogia do processo autoritário**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-25/limite-penal-pensar-genealogia-processo-penal-autoritario>. Acesso em: 11 mar. 2019.

estrutura inquisitorial. A cultura paranoide se arvora na mesma raiz de suas atividades policiaescas.”⁷²⁷

Não é possível exigir que o próprio magistrado coloque “barreiras mentais” à sua cognição, saia da posição de “descobridor” da verdade do caso para a de árbitro das regras do jogo processual penal, se se deixa ao seu dispor um rol *a la carte* de medidas que produzem a sua contaminação e/ou legitimam o seu ativismo. Portanto, é imperativo privilegiar a técnica processual, mediante uma estrutura procedimental, para que se possa falar, efetivamente, na fixação de condições para a imparcialidade e cognição originária, em fortalecimento das atividades das partes e em efetivo contraditório na senda cautelar. Nesse sentido, Gloeckner:

Sob o plano da imparcialidade anteriormente tratada, a preocupação do sistema acusatório, ao contrário de consistir em um significante originário hábil por si mesmo a instituir a comprovação objetiva do crime, se amolda à opção pela técnica processual. O juiz se converte numa espécie de árbitro cuja tarefa primordial é garantir o respeito pelas regras do jogo (*fair trial*).⁷²⁸

A prisão não pode ser concebida como mero ato decorrente da relação hierárquica inquisitiva, mas deve se dar como resultado de uma construção procedimentalista em contraditório, submetida aos ditames constitucionais e convencionais. O procedimento como alternativa para a efetivação de direitos e garantias, limitando o exercício do poder jurisdicional. Uma possibilidade de influenciar efetivamente na construção de uma decisão.⁷²⁹ Para sistematizar o conteúdo cautelar, opta-se, assim como fez Calamandrei, pelo procedimento.⁷³⁰

Explica Choukr que:

não existia – e ainda o é, embora de forma atenuada com a reforma – a materialização de uma pretensão cautelar por meio de uma provocação postulatória especificamente baseada em provas sobre a necessidade da cautela a ser tomada e, tampouco, existe um verdadeiro procedimento cautelar específico que materialize, com o emprego substancial do devido processo legal, o caminho cognitivo a ser percorrido pelo Magistrado para que alcance seu provimento.⁷³¹

⁷²⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 157-158.

⁷²⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 175.

⁷²⁹ MINAGÉ, Thiago M. A necessidade de um procedimento cautelar próprio para imposição de prisão preventiva. *In*: POSTIGO, Leonel González (Org.). **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 502-503.

⁷³⁰ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 19 p.

⁷³¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 645.

A proceduralização para a aplicação de medidas pessoais é um caminho ao constrangimento do excesso punitivo, da vontade de punir, em voga, contemporaneamente. É um elemento apto a constranger a evidência que pauta um modelo, o qual ganha forma no primado das hipóteses sobre os fatos. Nenhum *locus* é tão propício quanto a tutela, dita cautelar, para saciar expectativas políticas, sociais e governamentais, absolutamente alheias à ótica processual. Por isso a necessidade de um procedimento próprio e autônomo. Há a imperiosidade de um modelo cautelar de tipo acusatório.

O Código que nunca entrou em vigor, de Frederico Marques, Projeto de Lei nº 633, no seu art. 479, definia que o “procedimento da prisão preventiva ocorrerá em apartado, apenso ao processo principal, e será iniciado mediante pedido da autoridade policial, Ministério Público, ou do Assistente.”⁷³² No § 1º estabelecia a oitiva do Ministério Público pelo juiz, no prazo de 24 horas, se tivesse sido solicitada não por esse órgão, devendo decidir em até 48 horas. No § 2º era facultado ao juiz ouvir o acusado, de ofício ou quando requerido, e testemunhas antes de decidir sobre a prisão preventiva, realizando uma espécie de instrução em audiência sumária. Nesse Código, inclusive com base nos influxos que se percebe pelas categorias empregadas – criminoso habitual, por tendência, réu vadio (art. 484, §4º, do CPP) – era legitimada a atuação de ofício pelo magistrado, podendo decretar a prisão preventiva nos autos do próprio processo.⁷³³

Contudo, retira-se desse modelo apenas aquilo que se amolde aos interesses deste trabalho, principalmente, por se tratar de redação da década de 70. Traz-se esse histórico para demonstrar como não é nova a questão de proceduralizar a tutela cautelar, mas, sim, é suplantada a discussão e ignorada pelas implicações que acarreta. Parece que mais do que questões atinentes à forma e aos vínculos com o processo de conhecimento, a problemática reside em alterar a praticidade mecanicista com que se aplica o principal mecanismo de controle do processo penal.

A lei nº 12.403/2011 não conseguiu alterar pontos centrais que mantiveram a lógica operacional e cultural do modelo que se “pretendia” vencer. As principais permanências que devem ser aventadas são os fundamentos autorizadores da segregação (objeto do tópico anterior da tese); a forma de apuração do conteúdo cautelar, ou seja, escriturada e avessa à oralidade e

⁷³²BRASIL. **Projeto de lei nº 633 de 1975**. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_A.pdf#page=1. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁷³³BRASIL. **Projeto de lei nº 633 de 1975**. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_A.pdf#page=1. Acesso em: 14 nov. 2018.

a manutenção da prisão como “o” mecanismo cautelar (ponto a ser trabalhado na sequência), conforme o art. 321, do CPP.⁷³⁴ Nesse sentido, o referido artigo mantém a prisão como a medida cautelar por excelência, inclusive, estabelecendo a compreensão de que as demais não gerarão restrição à liberdade. O perigo cautelar é o fio condutor dessa tutela.

E é por aí que se principia, objetivando, fundamentalmente, alterar “a utilização da prisão processual como um momento processual de definitivização do caso penal, isto é, como um ato processual que lastreará o mérito do processo.”⁷³⁵ Com as disposições atuais não se criam condições procedimentais, estruturais/rituais, bem como culturais, de imparcialidade quando do julgamento do processo penal, tornando-se a medida cautelar a sua própria definição. “Deve-se buscar medidas de redução de danos, que diminuam a permeabilidade inquisitória e os riscos para a imparcialidade e a estrutura acusatória constitucionalmente demarcada.”⁷³⁶

A prisão cautelar está em demasia ligada à evidência, esta se dá com o preenchimento de uma expectativa, anulando o elemento intermediador.⁷³⁷ Com isso, a inserção de um procedimento cautelar seria um mecanismo proposto para minimizar a evidência, esse preenchimento, essa acomodação de apenas um fragmento como “a” narrativa. O contraditório, como elemento contraintuitivo, ganha protagonismo com maior nível de eficácia

Conforme defendido, não se entende que a opção por medidas incidentais seja o mecanismo que melhor se amolde a um processo penal de cariz acusatório. Parece que essa premissa já está corroborada pela análise teórica e empírica do uso da cautelaridade pessoal penal, pois “a manutenção de um simulacro de procedimento escrito na tomada de decisão cautelar é uma das mais arraigadas consequências de um processo de padrão inquisitivo.”⁷³⁸ Contudo, conforme explicitado no capítulo primeiro, tampouco se acredita que um processo cautelar seja o mecanismo adequado, haja vista os contornos da cognição cautelar.

Não é possível, salvo teoricamente, atribuir o mérito ao *fumus*, materialidade e indício de autoria; e o *periculum*, à análise das condições, uma vez que este último condiz com o próprio perigo que fundamenta o emprego de uma cautelar. Da mesma sorte, é do todo inapropriado e nada vantajoso separar o exame do perigo entre alegado e suficiente para completar as

⁷³⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 695-696.

⁷³⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 266.

⁷³⁶ LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, ano 26, p. 117-153, maio. 2018. p. 137.

⁷³⁷ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁷³⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 742.

condições da ação e provado e procedente no exame do mérito, haja vista a forma e o lapso temporal no qual ocorre esse tipo de análise.

Portanto, o impeditivo para se falar em processo cautelar não é a ausência de previsão legal de uma ação cautelar,⁷³⁹ mas a inviabilidade de distribuir, entre as categorias que permeiam o processo penal, a cognição cautelar. Ademais, entende-se que incharia a cautelaridade com mais problemas jurídicos do que com soluções, basta observar a problemática que perpassa a natureza jurídica do processo, as condições da ação e o seu objeto.

Este último não pode ser reproduzido na seara cautelar. Em qualquer das acepções empregadas, seja como majoritariamente vem sendo compreendido, como pretensão punitiva, como se o acusador efetivamente detivesse o poder de punir e penar, numa forma de direito subjetivo à pena; seja como pretensão acusatória, englobando o direito potestativo de acusar, considerando-se a suposta violação a um bem jurídico, sendo imprescindível para que se exerça, ao final, se comprovada a tese acusatória, o poder punitivo; ou como caso penal, pois a tutela penal nada pode dizer sobre este último.⁷⁴⁰

Pode-se afirmar, em parte, uma simetria procedimental com as medidas assecuratórias, já que estas estão “estruturadas no Código como procedimentos incidentes à ação principal, merecendo autuação em apartado (arts. 129 e 138 do CPP) e decisão em separado.”⁷⁴¹ Com isso, retira-se o exame da cautelar de “dentro” do processo, que, conforme pesquisa apresentada anteriormente, tem sido fator decisivo para as sentenças condenatórias, de modo que “as razões, elementos e formalização de todas as medidas cautelares, protetivas e preventivas devem ser autuados em apartado, perante juiz diverso da instrução e jamais poderão acompanhar os autos principais.”⁷⁴²

No ponto se insistirá num procedimento, como um modo de estender a cognição cautelar num número maior de atos, sempre iniciado pela postulação do órgão acusador por medida cautelar pessoal penal, seguido pela realização de audiência de controle, que favoreça a oralidade, de competência de juiz diverso daquele que julgará o processo penal, decidindo se há ou não materialidade e indícios de autoria e perigo cautelar. Restando esse conteúdo afastado do processo.

⁷³⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 806-807.

⁷⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 126-129.

⁷⁴¹ NICOLITT, André. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 131.

⁷⁴² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 283.

Por conseguinte, tem-se um procedimento autônomo, pois pautado em requisitos e fundamentos próprios, voltado para a apuração de conteúdo próprio, objeto este diverso daquele que perpassa o processo penal, mas conexo a este último, uma vez que o caso penal deve ser empregado para garantir a proporcionalidade das providências cautelares adotadas.

“Deve-se considerar que a opção pela democracia como um natural contrafator às práticas autoritárias se constitui como um operador insuficiente ou epistemologicamente incapaz de estabelecer limites às denominadas práticas autoritárias.”⁷⁴³ E, partindo dessa afirmação, corrobora-se a necessidade de analisar vias de dar-lhe concretude, estabelecendo óbices ao avanço de práticas autoritárias, em contextos ditos democráticos.

A relevância de se avançar nesse sentido, em matéria cautelar, é patente, uma vez que se está a experimentar uma hierarquização probatória (remontando a épocas inquisitoriais), o uso da prisão cautelar como elemento probante em si, que visa a compelir o preso ao fornecimento de informações (prisão para confissão, delação, acordo) e a ampliação dos poderes judiciais, o que permite, por fim, cancelar as duas medidas anteriores.⁷⁴⁴

⁷⁴³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do direito, 2017. p. 12.

⁷⁴⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 17 e 27.

5.4.1 A jurisdicionalidade cautelar: o juiz de controle, a imparcialidade e a não prevenção

Calamandrei, dada a ausência de uma sistematização própria à seara cautelar, destacava a impossibilidade de se diferenciar o procedimento cautelar por caracteres objetivos, referentes a um juiz diverso ou um modelo de decisão, e subjetivos, vinculados a efeitos jurídicos próprios, diversos daqueles que seriam produzidos por uma sentença em um processo de conhecimento, por exemplo.⁷⁴⁵ Por isso, para dar sequência na estruturação do procedimento cautelar, este tópico será dedicado a estabelecer o primeiro caractere objetivo, aventando-se a necessidade de um juiz de controle ou de garantias (nomenclatura que é adotada pelo novo CPP). Já o tópico subsequente focará no segundo caractere objetivo, que a formação cognição cautelar.

A diferenciação subjetiva é mais teórica do que passível de ser extraída da operacionalidade da decisão de cunho cautelar, já que, apesar de que se compreenda que a prisão com escopos de tutela do processo penal é cautelar, a privação da liberdade em si é a mesma. Já foi visto que a prisão cautelar pode compartilhar do mesmo efeito da pena (segregação), mas não a mesma funcionalidade (justificações da pena). Por isso a opção de aprofundar os dois caracteres passíveis de distinguir objetivamente a tutela cautelar.

Portanto, não restam dúvidas de que a “prisão deve ser sempre jurisdicional (mesmo na hipótese do flagrante delito, que deve ser comunicada imediatamente ao juiz de Direito) e sua decisão, assentada na análise dos fundamentos estritamente cautelares (...).”⁷⁴⁶

As medidas cautelares penais se submetem, primeiramente, ao princípio da jurisdicionalidade, haja vista a vedação que pende sobre a Administração no que toca à decretação de medidas que restrinjam a liberdade; a figura do juiz natural e do monopólio jurisdicional na aplicação de medidas que, de certa forma, carregam efeitos próximos aos da pena.⁷⁴⁷ “No Brasil a reserva de jurisdição da determinação de controle da necessidade cautelar é judicial e não pode ser delegada a órgãos administrativos.”⁷⁴⁸

Contudo, é suficiente dizer-se que foi um juiz que aplicou a medida cautelar? Parece que a resposta é negativa, já que de nada adianta dizê-la jurisdicional, mas autorizar a sua aplicação dentro de uma estrutura que não permite o alheamento necessário ao julgador. E não

⁷⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 21.

⁷⁴⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 638.

⁷⁴⁷ SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. Madrid: Ed. Codex, 1996. p. 482.

⁷⁴⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Inicição ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 760.

apenas isso, garante-lhe o *status* de elemento probante e que, se aplicada em razão do flagrante ou durante o processo, pode o juiz, inclusive, produzi-lo, de ofício.

Dessa sorte, emergem dois problemas fundantes na matéria: a atuação, de ofício, do sujeito processual que deveria ser imparcial e a prevenção como fixadora de competência em matéria penal, que assegura a contaminação do julgador pelos atos de inquérito, dos quais não se logrará desvincular por ocasião do julgamento do processo.⁷⁴⁹

Nenhuma das medidas que integram a tutela cautelar pessoal podem ser decretadas de ofício. Parte-se do enfoque acusatório, apontado por Goldschmidt, de que o melhor caminho para investigar o ocorrido e justicá-lo “es dejar la invocación del juez y la recogida del material procesal a aquellos que persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes: pero descargando de esta tarea al que ha de fallar el asunto y garantizando de este modo su imparcialidad.”⁷⁵⁰

O atuar de ofício é um dos principais ranços do processo inquisitório. Ou melhor, “um símbolo da administrativização do modelo e de sua potencial inquisitividade, nada obstante sua possibilidade estar, agora, restrita ao curso do processo e não mais desde a investigação (ao menos na forma da imposição inicial).”⁷⁵¹

Não importa a etapa da atuação de ofício do juiz, pois esta sempre conduzirá ao desequilíbrio processual, à quebra da paridade de armas, à potencialização da parte acusadora e à ausência de imparcialidade. De nada adianta atribuir funções diversas às partes, mas autorizar que o juiz produza elementos probatórios. Em nada se avança em termos de processo acusatório se o julgador segue podendo vestir-se de acusador.

Para redefinir o papel do juiz na investigação, privilegiando o princípio do acusatório e do contraditório, a incumbência de postular pela aplicação da tutela cautelar penal pessoal é do acusador, devendo, na sequência, discutir-se em audiência a procedência da medida.

Explica Lopes Jr., quando examina a atuação de ofício, que não se trata apenas da cumulação de papéis na figura do magistrado, todavia de um conflito desses papéis, que, anacronicamente, é resolvido com base na objetividade do profissional, supervalorizando a

⁷⁴⁹ Parece que aqui não é necessário fazer maiores digressões quanto à limitação de garantias constitucionais durante a realização da investigação preliminar, bem como a ausência de obrigatoriedade da realização, por parte do delegado de polícia, das diligências postuladas pela defesa, em oposição à obrigatoriedade de produzir aquelas requeridas pelo órgão acusador.

⁷⁵⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**: Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935. p. 69.

⁷⁵¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 645.

relação sujeito-objeto e desconsiderando todo o conhecimento já acumulado em termos de inconsciente e superação do paradigma cartesiano.⁷⁵²

Acresce-se a colocação de Amaral, no que tange à coleta das provas, para o âmbito da atuação de ofício do Magistrado na aplicação de medida cautelar, quando afirma que o dispositivo inquisitorial não perderá espaço se o juiz vai atrás dos elementos que comporão a sua decisão, mesmo que seja permitido o contraditório posterior, já que o julgador ocupa posto privilegiado à porosidade da evidência.⁷⁵³

Portanto, assevera-se que, partindo da inércia da jurisdição, da imparcialidade do magistrado e do modelo processual penal acusatório, são inconstitucionais os dispositivos legais que legitimam o poder de o juiz usar da tutela cautelar, de ofício.⁷⁵⁴

O juízo competente para julgar a aplicação dessa tutela é outra questão tormentosa, pois as regras da seara processual penal encaminham o exame ao juiz da causa, tornando-o competente para o julgamento do processo. A referida disposição legal, além de caminhar em sentido contrário à autonomia da cautelaridade, pauta-se em critérios de prevenção que comprometem a espécie de cognição sumária do provimento cautelar.

Gloeckner, em pesquisa empírica realizada, que examinou 90 sentenças e os respectivos 90 acórdãos, concluiu que, direta ou indiretamente, em todos os casos, a prisão processual (preferencialmente a prisão em flagrante) foi empregada como elemento formador da convicção judicial. Com isso, o autor definiu três significativos problemas epistemológicos: o primeiro, a elevação da prisão cautelar ao *status* de decisão de mérito; o segundo, a prisão em flagrante ocupa lugar da “verdade” no processo; e terceiro, a perda do caráter instrumental da prisão cautelar, tornando-se ato probatório por excelência.⁷⁵⁵

É necessário percorrer a separação de funções dentro da própria jurisdicionalidade, como caminho para uma melhor justiça, que se desancore do ritual inquisitório primitivo, abandonando a estrutura que lhe é própria e que outra seja delineada, garantindo-lhe também a estética necessária. Definir uma figura julgadora responsável por atuar na senda cautelar é nota

⁷⁵² LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 143, ano 26, p. 117-153, maio. 2018. p. 53.

⁷⁵³ AMARAL, Augusto Jobim. **O dispositivo inquisitivo**: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2014. 498 f. V. 1. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 347.

⁷⁵⁴ NICOLITTI, André. **Processo penal cautelar**: prisão e demais medidas cautelares. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 61.

⁷⁵⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 274-275.

avessa ao modelo primitivo e um imperativo para deslocar a atual funcionalidade dada à segregação cautelar.

Com isso, cria-se um mecanismo e condições para driblar a tendência confirmatória que permeia as decisões, inclusive as jurídicas.⁷⁵⁶ Gloeckner, apoiando-se em Festinger, aduz que a teoria da dissonância cognitiva cuida das relações travadas entre objetos e preferências, tendo como ponto de partida a experiência acumulada pelo indivíduo. “Um evento que confirma as pressuposições e que faz parte, assim, do conjunto de expectativas do intérprete produz um sentimento de consonância.”⁷⁵⁷

Por outro lado, quando o acontecimento é diverso do esperado, gera-se uma situação de dissonância e o sujeito buscará formas para reduzir esse sentimento de aversão, seja mudando os elementos cognitivos dissonantes (mudança de comportamento), desvalorizando (ignorando) elementos cognitivos dissonantes ou ainda somando outros condizentes com a cognição existente, objetivando atingir a consonância novamente.⁷⁵⁸

Em qualquer processo judicial, já não existem alternativas simples, mas decisões sequenciais. Isto é, as decisões do julgador não apenas levam em conta o quadro decisório presente, mas também levam em consideração aquelas decisões passadas, provocando um quadro decisório complexo. Naturalmente, as decisões supervenientes terão como condicionante insuprimível a primeira importante decisão. A procura pela redução da dissonância acarreta a tomada de decisão de forma coerente com aquela primeira decisão.⁷⁵⁹

A unidirecionalidade que parte de uma hipótese acusatória, lançada em sede investigatória, ocasião cercada por uma precariedade dos elementos produzidos, que partem de uma única ótica e, ainda, o julgador que acompanha essa etapa, autorizando a produção de

⁷⁵⁶ A presente tese não tem por escopo aprofundar o exame dos pressupostos da teoria da dissonância cognitiva, bem como as críticas enfrentadas por uma suposta amplitude conceitual. Portanto, será empregada como uma condição cotidiana, uma tendência que se faz presente na tomada de decisões e formação de opinião. Explica Festinger que “a dissonância cognitiva pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para redução de dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome. (...) 1. A existência da dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância (...)” (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradutor Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 12-13.)

⁷⁵⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 276.

⁷⁵⁸ RITTER, Ruiz. Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. p. 90.

⁷⁵⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 276-277.

elementos probatórios ser o mesmo que fará a sentença, ancora o processo numa fluência. Dentro de um fluxo “normal” se caminharia em direção à confirmação da primeira hipótese delineada.

(...) a partir da fixação dessa cognição inicial, haverá um processo involuntário de evitação de novos conhecimentos dissonantes (informações que confrontem essa primeira impressão), que, se frustrado (havendo o contato forçado com tais elementos), será substituído por novos processos (desvalorização dos elementos cognitivos envolvidos nessa relação dissonante e adição de novos elementos cognitivos consonantes com a primeira cognição), e técnicas específicas (percepção errônea, invalidação e esquecimento seletivo), na busca de confirmação daquela impressão inicial.⁷⁶⁰

Portanto, é fundamental criar mecanismos difluentes e, nesse ponto, seria o da figura de um outro julgador para a etapa preliminar, devendo ser responsável pelo recebimento ou rejeição da inicial acusatória, pois “o modelo inquisitorial tende a aumentar e reforçar a tendência ao fechamento cognitivo do julgador, produzindo – até pela falta de teses contrapostas – atos processuais consonantes.”⁷⁶¹

Não é demais afirmar que o processo penal, nas condições atuais, traz uma visão incriminadora do acusado, sendo a prevenção uma categoria potencializadora desse norte. Se se estabelece o processo penal como meio para concretizar uma pretensão punitiva (o que majoritariamente é feito), os mecanismos que o integram, inexoravelmente, caminharão nesse sentido.⁷⁶²

Como isso, fundamental que se estabeleça uma estética de imparcialidade, somada a uma estrutura, ou seja, um ritual que o afasta do decisionismo individual, ao passo que essa decisão se torne controlável com a procedimentalização oral. Há a criação de condições estruturais/procedimentais a fim de que se possa falar em originalidade cognitiva daquele que vai julgar o processo, nos moldes do processo penal italiano e chileno, separando, definitivamente, os atos de investigação dos atos de prova. Possibilita-se a imparcialidade, que, no atual modelo processual, parece inexistente.

⁷⁶⁰ RITTER, Ruiz. Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. p. 119.

⁷⁶¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 279.

⁷⁶² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 281-282.

Ademais, é insuficiente dizer o juiz natural e competente, contudo, de forma desconexa de qualidades mínimas, que o tornam garantidor do sistema delineado constitucionalmente. A imparcialidade, como princípio fundante da dialética processual, é uma construção técnica complexa e deve ser examinada dentro dessa complexidade.⁷⁶³

Adotando-se a divisão feita pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a imparcialidade é examinada sob duas perspectivas: subjetiva e objetiva.⁷⁶⁴ A primeira refere-se à ausência de pré-compreensões quanto ao caso penal. Dessa forma, a atuação do juiz no inquérito policial, autorizando a produção de provas e decretando medidas, comprometeria a sua imparcialidade ao julgamento do posterior processo, pois o aproxima comprometedoramente do julgamento do mérito, haja vista a contaminação com tudo aquilo que já foi produzido nessa sede.⁷⁶⁵

Con esto ha de observarse la construcción del <principio del juez no prevenido>, según la que “parece del todo natural, inevitable, que quien dirige la investigación se forje una idea concreta de los hechos o, dicho com otros términos, adquiera una prevención o prejuicio: el avance del proceso implica enjuiciamientos provisionales sobre conductas.”⁷⁶⁶

Já a imparcialidade objetiva coincide com o “parecer” imparcial. Agrega-se à necessidade de ser, inexistindo prejuízos sobre o caso penal, a estética de imparcialidade, ou seja, o “parecer”.⁷⁶⁷

Para que exista imparcialidade objetiva ele não pode praticar atos típicos de parte, como é a atuação *ex officio* na busca de provas ou na decretação de uma prisão. Viola a imparcialidade toda vez que o juiz, objetivamente, sair do local estruturalmente demarcado, qual seja, de afastamento da arena das partes.⁷⁶⁸

⁷⁶³ LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, ano 26, p. 117-153, maio. 2018. p. 129-130.

⁷⁶⁴ RITTER, Ruiz. Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. p. 64-65.

⁷⁶⁵ LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, ano 26, p. 117-153, maio. 2018. p. 130-131.

⁷⁶⁶ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral - Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 349.

⁷⁶⁷ LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, ano 26, p. 117-153, maio. 2018. p. 134.

⁷⁶⁸ LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, ano 26, p. 117-153, maio. 2018. p. 135.

Dito isso, partindo-se da complexidade que permeia o processo, destacada é a relevância de um juiz com competência demarcada para a etapa investigatória e tutela cautelar, sem poderes de atuação de ofício, e a assunção do pressuposto do juiz não preventivo como critério de fixação de competência em matéria penal.

5.5.2 O elemento contracultural: as audiências de controle

Nesta parte, adentra-se no segundo viés dos caracteres objetivos, delineados ainda por Calamandrei, que tratam do modelo de decisão. Neste ponto, tem-se como referencial o modelo adotado pelo processo penal chileno. Nesse país, há a previsão, clara e precisa, das audiências de controle de detenção. O uso da audiência se dá de forma mais ampla, devendo ocorrer não apenas em casos de prisão em flagrante, mas também quando houver prisão decretada por ordem judicial diversa. A legislação chilena, ainda, determina a obrigatoriedade da presença do Ministério Público na audiência e a apresentação do preso será ao juiz de garantias.⁷⁶⁹

Na constante busca de mecanismos para limitar a subjetividade do julgador, surge a audiência como um elemento de freios e contrapesos, que garante maior democraticidade na tomada de decisão. A oralidade ganha centralidade, para evitar a burocratização com que é restringida a liberdade individual. Desse modo, “toda decisão, protetiva preventiva deverá ser acompanhada de audiência, em contraditório, para que o afetado pela decisão possa alargar o campo cognitivo judicial.”⁷⁷⁰

Pujadas sustenta uma ideia de “princípio de audiência”, que se amolda ao ponto, pois consistiria em ter esse ato como uma garantia defensiva, com condições de limitar o poder estatal. Focalizado em impedir que uma decisão judicial, apto a gerar um prejuízo de qualquer ordem, seja tomado sem que o sujeito sobre o qual recaia tenha tido a oportunidade de fazer a sua defesa.⁷⁷¹

A realização de audiências deve dar-se de modo sistematizado sempre que houver o pedido de uma medida cautelar, de natureza pessoal, nos exatos termos de um elemento reativo a uma prática acostumada à forma escrita e não oral, pois “se já é notória a dificuldade de construir-se casos no processo de conhecimento diante de seu apego visceral ao modo inquisitivo de processo mais ainda o é no âmbito cautelar.”⁷⁷²

Portanto, as audiências devem ser a metodologia central para a tomada de decisões, em virtude de reunirem todos atores envolvidos, geram informações e permitem o controle da outra

⁷⁶⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; SILVA, Láila Terra Vieira da. A audiência de custódia no Brasil e a audiência de controle de detenção no Chile: um estudo comparado. In: *In: POSTIGO, Leonel González (Org.). Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil.* Santiago: CEJA, 2017. p. 449.

⁷⁷⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 283.

⁷⁷¹ PUJADAS, Virginia Tortosa. *Para una teoría general de las medidas cautelares penales.* 2007. 518 f. Tesis doctoral - Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 400.

⁷⁷² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial.* 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 734.

parte, de modo que se ganha em qualidade do material produzido e das decisões, consequentemente.⁷⁷³

Se a oralidade deve nortear toda a persecução penal, também o ato do decreto de prisão, como medida cautelar, há de inserir-se nessa lógica, de modo que as partes sejam as protagonistas das informações trazidas ao juiz e que a decisão se produza em audiência, a partir de debate em que se garanta a paridade de armas. Para tanto, é fundamental que as partes assumam novos papéis, mais ativos, deixando-se ao magistrado a tarefa de julgar e de assegurar a observância das regras.⁷⁷⁴

Com Giacomolli, para dar um novo início a essa tutela, impõe-se a substituição do modelo escritural pelo oral, com a apresentação do preso em flagrante e do preso nas demais hipóteses ao juiz de garantias. Nessa ocasião, realizar-se-ia uma audiência de custódia, diante daquele juiz, denotando uma opção política por um processo penal de cunho acusatório-democrático.⁷⁷⁵ Veja-se que a oralidade, nesse contexto, é compreendida como “um modelo de justiça criminal republicano e democrático, que se opõe de forma clara ao modelo marcado pelo sistema inquisitivo”, que se volta à proteção do sujeito investigado/processado.⁷⁷⁶

O ingresso do elemento contraditório, de forma oral, realizado em audiência, constitui um dos principais problemas da aplicação das cautelares, qual seja, o modelo administrativista. Está-se a tratar de como deve ser a procedimentalização do contraditório.

Por cuidar de uma decisão pautada na incerteza, dada por cognição sumária, deve-se estabelecer um procedimento em contraditório na dinâmica de uma audiência,⁷⁷⁷ que sempre preceda o recurso à tutela cautelar, como forma de garantir a participação mais efetiva das partes na tomada da decisão. É o meio que irá impor que cada um tome o seu lugar dentro do processo penal, conduzindo a um melhor preparo das partes, que deverão, efetivamente, apresentar quais elementos sustentam a imputação e o perigo cautelar.

⁷⁷³ Programa Brasileiro sobre reforma processual penal. Etapa internacional.

⁷⁷⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. *In*: Leonel González (Dir.) **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para uma reforma processual penal no Brasil. v. II. Chile: Ceja, 2018. p. 133.

⁷⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Aprisionamento preventivo no Brasil, alternativas tipificadas e propostas para uma futura reforma do código de processo penal brasileiro. *In*: POSTIGO, Leonel González (Org.) **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 473-475.

⁷⁷⁶ SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. A necessária revitalização da fase intermediária do processo: pela implementação de uma audiência de controle da acusação. *In*: Leonel González (Dir.) **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para uma reforma processual penal no Brasil. v. II. Chile: Ceja, 2018. p. 69.

⁷⁷⁷ MINAGÉ, Thiago M. A necessidade de um procedimento cautelar próprio para imposição de prisão preventiva. *In*: POSTIGO, Leonel González (Org.) **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 500.

Assim, obviam-se as inúmeras páginas perdidas, que nada dizem relativamente “àquele” fato, prestigiando a exposição e o debate daquilo que pode conduzir a uma medida cautelar. Com Pujadas, compreende-se que aplicar uma medida desse gênero, esquivando-se a audiência, permite que a decisão não sofra influência dos argumentos das partes.⁷⁷⁸ No Brasil, ainda o cenário torna-se mais grave – haja vista a compreensão do processo como um mecanismo tão somente punitivo –, pois essa decisão tenderá a se amoldar a uma cadeia punitiva de elementos, iniciada pela hipótese investigatória.

Por isso, sustenta-se a realização de audiência como o método para aplicar a tutela cautelar penal pessoal, pois, assim, garante-se a difluência processual, possibilitando que a tomada de decisão parta de uma construção de dados trazidos pelas partes, de modo a dar eficácia ao contraditório, ampla defesa, publicidade, celeridade e imediação.⁷⁷⁹

Passa-se, agora, ao conteúdo dessa audiência, começando do modelo que se faz presente na legislação chilena. Ressalva-se que não se desconhece que as audiências no Chile podem ser multifuncionais.⁷⁸⁰ Todavia, no Brasil, ainda falta uma clara demarcação entre as fases investigatória e processual, de modo que se entende que a audiência deva ser aprazada tão somente com a finalidade de discutir o emprego da tutela cautelar.

Então, esta última tem de ser exclusivamente voltada ao exame, primeiro, da existência dos requisitos (art. 140, alíneas a e b, do CPP Chileno), que tratam do relato do fato delitivo e da concorrência do imputado nele.⁷⁸¹ Na ausência destes, sequer há razões para seguir adiante, devendo a prisão ser relaxada se ilegal; não ser aplicada nenhuma medida cautelar postulada; ou ser revogada, caso se esteja frente a uma audiência para reexame.

Segue-se, se estabelecidos os requisitos, com a análise dos fundamentos cautelares (art. 140, alínea c, do CPP Chileno),⁷⁸² que se assentam nas causas de procedência (garantia da instrução criminal ou risco de fuga). Nesta etapa, o cerne é o perigo cautelar, pois, notoriamente, é possível que se tenha *fumus*, todavia sem riscos mensuráveis ao processo; ou se há riscos, estes não possam ser atribuídos ao sujeito passivo do processo. Na sequência, utilizando as regras da proporcionalidade, verifica-se a necessidade efetiva do uso de medidas.⁷⁸³

⁷⁷⁸ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral - Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 403.

⁷⁷⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Guía práctica sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019. p. 39.

⁷⁸⁰ Programa brasileiro sobre reforma processual penal: etapa internacional.

⁷⁸¹ Programa brasileiro sobre reforma processual penal: etapa internacional.

⁷⁸² Programa brasileiro sobre reforma processual penal: etapa internacional.

⁷⁸³ A medida adotada deve ser necessária, de modo que se demonstre imprescindível restringir direitos ou privar o sujeito de liberdade cautelarmente, haja vista a presença de perigo cautelar, e adequada ao fim pretendido. Nesse sentido é o teor do art. 282 do CPP atual.

Presentes, então, a materialidade e os indícios de autoria, somados ao perigo cautelar, baliza-se a aplicação da tutela por medidas previamente definidas em lei, com o estabelecimento de prazo para reexame da necessidade cautelar. Com o propósito de desenvolver uma proporcionalidade pragmática, que conduzirá à extinção do título da medida, quando transcorrido o prazo definido, devem ser estabelecidos prazos máximos, conforme o *quantum* de pena do delito acusado.⁷⁸⁴

No que tange ao rol das medidas, vige a “estrita legalidade da medida, que não pode ser tomada fora dos restritos limites impostos por lei. Existe, aqui, sem dúvida, uma necessária tipicidade da prisão que se reveste, tal como no tipo penal material, de certeza e da lei escrita.”⁷⁸⁵ Não pode o juiz, como decorrência de ser o acusador aquele que postula a medida cautelar, aplicar medida mais gravosa do que a postulada, haja vista o princípio da correlação, já que a sua decisão está atrelada à demanda ministerial.⁷⁸⁶

Dessa forma, é integralmente observada a recomendação da CIDH, quanto às práticas no âmbito judicial, quando destaca a relevância das decisões analisarem as medidas cautelares aplicadas sob a ótica da excepcionalidade, da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade e, ao aplicar a prisão, individualizar o sujeito a quem está aplicando a medida, vinculando os fatos que lhe são atribuídos e sua classificação penal, apresentando os fundamentos e o prazo de vencimento da medida.⁷⁸⁷

Ponto de absoluta relevância, para garantir a demarcação clara entre a cautelaridade e o processual penal, é que os elementos produzidos, nas audiências sobre cautelares, não podem acompanhar o processo. Pujadas, atenta à questão, explica que, se a tutela cautelar pode dar-se, antes ou durante o processo, os dados atinentes ao seu emprego devem ser conhecidos por aquele que irá aplicá-la, como forma de garantir um melhor uso da tutela penal, nos moldes que ocorre na Itália, por exemplo.

Dessa forma, para a autora, caberia ao legislador ponderar as vantagens e as desvantagens entre encaminhar essa audiência para decisão ao órgão julgador ou mantê-las apenas em mãos do juiz responsável pela etapa investigatória.⁷⁸⁸

⁷⁸⁴ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Colombia: Editorial Temis S.A, 2000. p. 446.

⁷⁸⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 638.

⁷⁸⁶ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Colombia: Editorial Temis S.A, 2000. p. 429-430.

⁷⁸⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Guía práctica sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019. p. 13.

⁷⁸⁸ PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral - Universitat de Girona. Girona, 2007. p. 355-356.

Aqui, sustenta-se que, ocorrendo no decurso do processo alguma postulação, por parte do órgão acusador, quanto à necessidade de medidas cautelares, esta deverá ser encaminhada ao juiz de controle, podendo o juiz responsável pelo mérito fazer uso da detenção, até a realização da audiência cautelar. Veja-se que, se fica em mãos do julgador do processo a possibilidade de aplicar a medida cautelar, estar-se-ia a abrir as portas para conteúdos alheios à resolução do caso penal.

Para manter a autonomia do procedimento, restringindo-o à discussão sobre o perigo cautelar, a figura que deverá ser explorada, conforme ocorre na Codificação chilena, é a detenção para o encaminhamento do acusado à autoridade competente. Os dispositivos 125 ao 131 especificam o instituto não apenas para a hipótese do flagrante, explorando outras situações.⁷⁸⁹ Por exemplo, aproximando a questão do teor do art. 127, a detenção poderia ser decretada para que o sujeito comparecesse na audiência aprazada.

⁷⁸⁹ CHILE. **Lei nº 19.696/2000**. Código de processo penal. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&r=1>. Acesso em: 27 dez. 2018.

5.4.3 Só é excepcional se efetivamente for a última opção: o uso prefacial de medidas cautelares diversas da prisão

Binder classifica a prisão preventiva como a instituição maldita do direito processual, o que encontra amparo na incompatibilidade entre um processo penal – democrático, moderno e garantista – e o massivo encarceramento preventivo, que, justamente, é a negação dos seus princípios básicos; também por não ter se encontrado uma política que logre a redução e racionalização do uso dessa prisão; bem como por não se lograr conceituar uma medida, uma prática e um sistema adequado pelos conceitos tradicionais; e, por fim, por ser uma significativa ferramenta da seletividade penal. Sustenta o autor que “frente a este panorama quien diga que se trata de un mero instrumento de cautela, cierra los ojos frente a las más clara de las realidades.”⁷⁹⁰

E é, precisamente, essa afirmação que move a etapa final do trabalho, focalizando no emprego de medidas cautelares diversas da prisão como um meio de reduzir e, posteriormente, eliminar a execrável necessidade da prisão cautelar. Sabe-se o quão ilógico é falar em eliminação da prisão, ainda mais num Estado Penal como o atual. Contudo, não se pode deixar de colocá-la com um objetivo utópico, que sustente e mantenha a caminhada em busca de reduzir a violência institucionalizada e as ingerências na liberdade.

Partindo dessa premissa,

todo sistema de justicia penal debe trabajar día a día para aumentar los estándares de intolerabilidad, mientras justifica realmente como último recurso los casos que restan de prisión preventiva. Se trata, sin duda, de una visión menos tranquilizadora que las falsas armonías y plantea un campo de lucha en las ideas menos claro y riguroso que en el modelo anterior, pero más punzante y concreto.⁷⁹¹

Seguindo o modelo do autor, indica-se como um “*standard* de intolerabilidade” o uso da prisão cautelar quando presentes outras medidas que tutelem o processo do risco produzido pelo processado. À vista disso, a excepcionalidade e a proporcionalidade, como princípios reitores, devem ganhar forma no emprego preferencial de medidas cautelares diversas da prisão.

Moreira colaciona decisão de relatoria do Ministro Rogério Schietti, do Superior Tribunal de Justiça, que destaca a necessidade dos requisitos e motivos da prisão cautelar, e não

⁷⁹⁰ BINDER, Alberto M. **La intolerabilidad de la prisión preventiva**. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/07/doctrina29870.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019. p. 1.

⁷⁹¹ BINDER, Alberto M. **La intolerabilidad de la prisión preventiva**. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/07/doctrina29870.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019. p. 2-3.

sua inexistência, para a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, já que guardariam um menor grau de lesividade à liberdade individual. Os motivos justificadores e autorizadores da prisão preventiva são equivalentes aos das cautelares diversas.⁷⁹²

No ponto, importante destacar que a proporcionalidade não entra nessa análise, pois a presença de perigo cautelar, que fundamenta o recurso à tutela cautelar, é o mesmo. Esse critério incide, depois de afirmada a presença de *fumus e periculum*, na decisão por qual medida.

Nesse panorama, “la prisión solo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.”⁷⁹³ Não é outro o entendimento da CIDH. No caso concreto, a autoridade judicial deverá iniciar sua análise, quando presente o perigo cautelar, pela medida menos gravosa, atendendo a questões de gênero e a afetação de outras pessoas em situação de risco, tais como crianças.⁷⁹⁴

Destiná-las aos casos que não caberia prisão, coincidiria em munir ainda mais o Estado com meios de recortar a liberdade, restando intocado o espaço ocupado atualmente pela segregação cautelar. Ainda, esta última se ressignifica como “o” mecanismo central, para a contenção dos crimes “graves”, relegando as medidas cautelares diversas para as condutas tidas como mais “leves”.

Habita uma compreensão equivocada, inclusive divulgada por órgãos oficiais, como o CNJ, quanto ao emprego dessas medidas. Veja-se a seguinte definição:

As medidas cautelares, também conhecidas como alternativas penais, são disciplinadas pela Lei n. 12.403, de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal. Elas podem ser decretadas pelo juiz no curso da investigação quando a pena privativa de liberdade (prisão) máxima prevista para o crime apurado não ultrapassar quatro anos.⁷⁹⁵

Ocorre que não há nenhum impeditivo legal ao uso dessas medidas para crimes com pena superior a quatro anos. Ao contrário, pois se elas não forem empregadas em hipóteses nas quais caberia prisão, o núcleo prisional permanecerá intocado. Em síntese, não há qualquer

⁷⁹² MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e da liberdade provisória**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 41-45.

⁷⁹³ SANTOS, Andrés De La Oliva; ARAGONESES, Sara Martínez; SEZOVIA, Rafael Hiñojosa; ESPARZA, Julio Muerza; GARCÍA, José Antonio Tomé. **Derecho procesal penal**. 8. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007. p. 404-405.

⁷⁹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019. p. 81.

⁷⁹⁵ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **O que são e para que servem as alternativas penais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79804-o-que-sao-e-para-que-servem-as>. Acesso em: 11 mar. 2019.

congruência em alegar que estas foram dispostas na lei para reduzir os danos advindos do cárcere e determinar que, primeiro, é necessário observar-se se não cabe prisão para, depois, pensar em mecanismos alternativos.

Evidente que o passo prefacial é verificar a possibilidade de o indivíduo permanecer em liberdade sem qualquer restrição nos seus direitos, dentre eles, a liberdade. Com isso, as medidas cautelares diversas da prisão se apresentam como substitutas, na hipótese que caberia prisão cautelar e não como meio de não conceder liberdade plena.

Não se pode esquecer o tensionamento feito por Giamberardino, inclusive, dos fundamentos endoprocessuais da segregação cautelar, quando expõe que estes autorizam e corroboram a lógica inquisitiva da gestão da prova, ao reificar o acusado, para poder retirar-lhe a verdade mediante o uso do cárcere.⁷⁹⁶ De modo que é essencial buscar ampliar e dar efetividade a meios diversos ao cárcere.

O emprego dessas medidas coincide com a modernização da administração da justiça, reduzindo os custos individuais e econômicos advindos de uma prisão processual. Não se pode esquecer que o sujeito preso rompe laços familiares, laborais e de amizade, além de ser colocado numa posição processual desvantajosa, ao que soma o alto custo, relatado pela administração pública, para a manutenção de um sujeito encarcerado.⁷⁹⁷

A CIDH lançou um documento voltado ao relato de medidas aptas a reduzir o uso da prisão processual no âmbito das Américas. Esse trabalho se apresenta como uma continuidade ao informe já feito pela CIDH, no ano de 2013, que, naquela ocasião, apontou o uso excessivo da prisão como o sinal mais evidente do fracasso da administração da justiça. As recomendações aos Estados foram as seguintes:

(...) las recomendaciones respecto de las cuales se hace seguimiento, responden a las siguientes materias: a) medidas de carácter general relativas a políticas del Estado; b) erradicación de la prisión preventiva como pena anticipada o herramienta de control social; c) defensa pública; d) uso de medidas alternativas a la prisión preventiva y e) celeridad en los procesos y corrección del retardo procesal.⁷⁹⁸

⁷⁹⁶GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 2008. 200 f. Dissertação (Mestrado em direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 95.

⁷⁹⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019. p. 83.

⁷⁹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019. p. 16.

O estudo centrou o enfoque no uso de medidas cautelares diversas como meio de racionalizar o emprego da prisão, como forma de redução de danos e instrumento apto a retirar o espaço ocupado atualmente pela segregação cautelar. Destacou, inclusive, que o incumprimento de uma medida não pode redundar na conversão automática em prisão. Deve o magistrado verificar a motivação que levou ao descumprimento, permitindo que o indivíduo se manifeste antes de aplicar outra medida ou mesmo convertê-la em prisão.⁷⁹⁹

A Comissão, apesar de reconhecer o empenho dos Estados na redução do uso da prisão processual, destacou que ainda são constatadas dificuldades nessa redução e aplicação de outras medidas, elencando-as da seguinte forma:

a) políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a la inseguridad ciudadana, que se traducen en la existencia de legislación y prácticas que privilegian la aplicación de la prisión preventiva y que restringen la posibilidad de aplicación de medidas alternativas; b) prevalencia de la política de mano dura en los discursos de altas autoridades para poner fin a la inseguridad ciudadana mediante la privación de libertad, y la consecuente presión de los medios de comunicación y la opinión pública en este sentido; c) utilización de mecanismos de control disciplinario como medio de presión o castigo contra las autoridades judiciales que determinan la aplicación de las medidas alternativas; d) inadecuada defensa pública, y e) falta de coordinación interinstitucional entre actores del sistema de administración de justicia.⁸⁰⁰

Essas dificuldades podem ser reportadas em sua integralidade ao contexto brasileiro, uma vez que são patentes as políticas criminais centralizadas no uso da prisão como mecanismo apto a reduzir a insegurança social, limitando o uso de medidas alternativas. No mesmo sentido, são as manifestações das autoridades públicas que estabelecem uma conexão de proporcionalidade entre o aumento do campo de atuação penal e a redução da insegurança, o que é insuflado e corroborado pela mídia, dando equivalência à opinião pública àquela publicada. Também não são estranhos à nossa realidade o uso de punições às autoridades judiciais que, conhecendo da realidade prisional brasileira, optam pelo não encarceramento.

Ainda, a falta de coordenação entre os diversos atores é percebida pela ausência de centrais vinculadas ao cúmulo de dados sobre os indivíduos que tiveram alguma medida cautelar decretada, o seu cumprimento ou descumprimento. Nisso se estabelece a dificuldade de optar por outra medida diante da ausência de fiscalização e seu acompanhamento, já que não

⁷⁹⁹ Tampouco aqui podem ser ignoradas as limitações estabelecidas na lei quanto à vedação do uso da segregação cautelar.

⁸⁰⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019. p. 17.

há uma clara avaliação qualitativa quanto à sua eficácia. Isso se deve à ausência de pesquisas empíricas que amparem a decisão do juiz.

Aponta a Comissão que uma das maiores dificuldades enfrentadas no uso desses mecanismos cautelares diversos é justamente a ausência de uma estrutura estatal que monitore a sua aplicação e cumprimento.⁸⁰¹ Ou seja, a ausência de uma organização por parte do Estado compromete o uso dessas medidas, pois não garante sua efetividade na tutela do processo penal.

Inclusive, pode-se falar na própria indisponibilidade instrumental, como é o caso do monitoramento eletrônico, que não está disponível, de forma significativa, para sua aplicação judicial. Com isso, essas medidas perdem legitimidade, dando espaço para que, inclusive, sustente-se que tudo foi tentando, mas nada supera a efetividade da prisão para conter os riscos que pairam sobre o processo penal, ressignificando-a.

O uso patológico da prisão preventiva é um dos problemas contemporâneos mais graves, pois, além de ser incompatível com um Estado dito democrático, que observa a presunção de inocência do indivíduo, a sua utilização agrava em muito o quadro da população carcerária.⁸⁰²

Conhecendo esse panorama, que não é exclusividade do Brasil, a CIDH pugna por uma mudança de paradigma de leitura da prisão processual na cultura e na prática judicial, mediante incentivos institucionais, planos de capacitação e sensibilização no que toca à autonomia de atuação.⁸⁰³ Não é possível ignorar o contexto no qual também estão inseridos os atores vinculados ao processo penal, de modo que é fundamental estabelecer pontes de diálogo com a sociedade civil, para que sejam utilizados como fonte de conhecimento e não apenas como objetos de análise.

Da análise do informe e da guia sobre o uso da prisão preventiva lançados pela CIDH, constata-se que o emprego de medidas cautelares diversas é meio central para garantir a redução dos índices de aprisionamento cautelar. Ademais, acarreta vantagens expressivas ao Estado, pois o custo de um indivíduo monitorado por medida diversa da prisão é absolutamente inferior ao de mantê-lo preso, sem sequer adentrar na seara da reinstitucionalização, em razão da reincidência, que é amplamente estimulada no âmbito carcerário.

⁸⁰¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019. p. 90-91.

⁸⁰² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019. p. 25.

⁸⁰³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019. p. 64.

No ponto, clara deve ser a premissa de que o Estado não tem como prender o quanto tem prendido, em virtude de não haver estrutura física para tanto. Ainda que se trabalhe com o discurso rasteiro de construção de mais e mais estabelecimentos prisionais para dar conta desse hiperencarceramento experienciado no Brasil, não há viabilidade de construí-los na mesma velocidade com que têm crescido as taxas de prisionalização.

“Entre nós a impossível coerção sobre a presunção de inocência obedece à lógica de impor limites ao encarceramento como estratégia histórica de controle social. E é contra esta estratégia que o devido processo penal se instituiu no Brasil, pós 1988.”⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. *In*: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Decisão judicial**: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 55.

5.4.4 O reexame da decisão tomada no procedimento cautelar

Este tópico é dedicado ao reexame da medida cautelar aplicada. Seguindo as orientações da CIDH, dada a precariedade da decisão atinente à matéria cautelar penal, impõe-se a necessidade de os ordenamentos jurídicos trazerem um meio para tanto.⁸⁰⁵

Partindo dos dois ordenamentos que são utilizados como referência para delinear o procedimento cautelar, constata-se que na Itália há a previsão de um modelo mais complexo recursal na seara cautelar, já que o CPP prevê o *Riesame* (correspondente ao *habeas corpus*-limitado a uma única interposição), o *Appello* (para o qual não há preclusão, conforme mudem as circunstâncias pode ser, novamente, interposto) e a *Cassazione* (atinente a vícios de legitimidade cautelar), cada um deles com pressupostos diversos, conforme a natureza da cautelar, e se já cuida de um primeiro ou segundo recurso. O Tribunal de Liberdade é responsável por esses julgamentos atinentes às cautelares. Contudo, o Órgão julgador possui uma composição diferente, conforme o recurso em questão, e os prazos de julgamento são bem mais exíguos.⁸⁰⁶

Já no Chile, o CPP estabelece a apelação, como recurso único, para enfrentar a decisão tomada em audiência de controle, este será encaminhado à Corte de Apelações, nesta não há um Órgão especial para esse julgamento. E, o *habeas corpus*, que é chamado de *recurso de amparo*, não tem uma utilização expressiva.⁸⁰⁷

Todavia, cumpre apontar que, nesse país, raras são as hipóteses de interposição de recurso, pois o que ocorre, via de regra, é a postulação por nova audiência para rediscutir ou reexaminar a necessidade cautelar. Existe um manejo sistemático de audiências no processo penal chileno, já que não há uma limitação do número de audiências de controle, bem como existe a obrigatoriedade da formalização, em audiência, da investigação pelo fiscal se ele julgar necessária a postulação de alguma medida.⁸⁰⁸

Ademais, findo o prazo para procedimento investigatório, há o aprazamento de nova audiência, para discutir os elementos probatórios que poderão integrar o juízo oral e, neste juízo, que é composto por três juízes, já há uma decisão condenatória ou absolutória. Se condenatória,

⁸⁰⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019.

⁸⁰⁶ Art. 309 a 311 do CPP italiano. (ITALIA. **Codice di procedura penale**. Disponível em: www.altalex.it. Acesso em: 05 set. 2016 e 28 jan. 2019)

⁸⁰⁷ Programa Brasileiro sobre reforma processual penal. Etapa internacional.

⁸⁰⁸ Programa Brasileiro sobre reforma processual penal. Etapa internacional.

e a pena for de prisão, ainda que sobrevenha recurso sobre a decisão oral, o sujeito aguardará preso.⁸⁰⁹

No Brasil, atualmente, a previsão legal é do recurso em sentido estrito para combater decisão “que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante” - teor de claro interesse acusatório - e que conceder ou denegar *habeas corpus* na primeira instância de julgamento. Como regra, dada a celeridade no processamento, a escolha defensiva é pelo manejo de *habeas corpus* para as hipóteses de aplicação de medidas cautelares.

A apelação prevista no art. 593, inciso II, do CPP, é uma espécie de apelo residual, para as situações não contempladas no rol do RSE, voltada para as decisões definitivas ou com força de definitivas. Não há uma clareza quanto a quais seriam essas situações.⁸¹⁰ Não obstante, as decisões em matéria cautelar, evidentemente, são mutáveis, de forma que não poderiam ter como caractere força de definitiva.

Portanto, do exame das disposições atuais da codificação processual penal não é possível apontar um recurso próprio à senda cautelar. As hipóteses de RSE são taxativas, não contemplando a de aplicação de medidas cautelares, como regra, já a apelação residual tampouco se encaixa com a definição que atualmente lhe é atribuída.

No ponto, dada a necessidade do estabelecimento de meio para reexame da decisão, se aproveitam as disposições do Projeto de CPP, que deixa de prever o RSE e, em seu lugar, arrola o agravo. No art. 504, inciso V, amplia as hipóteses de cabimento. Segue a redação: “deferir, negar, impor, revogar, prorrogar, manter ou substituir qualquer das medidas cautelares, reais ou pessoais.”⁸¹¹ Ganha relevância a previsão de um recurso próprio, pois há no referido projeto o encolhimento das hipóteses de cabimento de *habeas corpus*.

Não obstante, deve-se destacar que, o tempo do seu processamento e julgamento deverá ser compatibilizado com objeto em questão, de modo que, obrigatoriamente, se impõe o estabelecimento de uma tramitação mais célere. Destarte, o nome atribuído ao recurso não é o cerne, pois pode ser denominado de apelo, agravo ou RSE. Todavia, de nada adiantará a previsão de um recurso se não se ajustar a questão temporal e a definição de um Órgão com essa atribuição nos Tribunais.

⁸⁰⁹ Programa Brasileiro sobre reforma processual penal. Etapa internacional.

⁸¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1022-1023.

⁸¹¹ BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório final**. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 11 mar. 2019.

O que também é relevante para garantir a não prevenção, quando da interposição do recurso, pois insuficiente seria determinar que quem decide sobre a cautelar é juiz diverso daquele que julgará o processo, mas já em um primeiro recurso cautelar, ou mesmo em um *habeas corpus*, tornar-se-ia uma Câmara Criminal preventa para julgar o posterior recurso sobre o teor do processo.

Num plano ideal, sustenta-se a realização de nova audiência de controle, quando da necessidade de reexaminar uma medida cautelar já imposta, nos moldes da experiência chilena. Contudo, havendo desacordo sobre o teor da audiência, surgiria a possibilidade de recorrer dessa decisão, com encaminhamento ao Tribunal de segundo grau, que deverá contar com Órgão julgador com esta competência específica, e realizará uma nova audiência para decidir sobre a matéria, inspirando-o no Tribunal de Liberdade italiano.⁸¹²

⁸¹² O ponto exige maior aprofundamento teórico e empírico, para, efetivamente, viabilizar essa estruturação de audiências de controle e reexame cautelar e estabelecimento de um Órgão nos Tribunais com essa competência. Observe-se que o procedimento é pensado, principalmente, para o primeiro grau de jurisdição. Contudo, não ignorando a competência originária dos diversos Tribunais, de segundo grau e superiores, para a condução de julgamentos, impõe-se ajustá-lo, bem como melhor delimitar a questão recursal.

5.4.5 O avanço em termos de tutela cautelar penal pessoal: os contornos do procedimento cautelar

O delineamento do procedimento cautelar, então, se dará:

Primeiro, pelo estabelecimento a partir da postulação do Órgão acusador, como ocorre nos ordenamentos chileno e italiano, o pedido pela aplicação de medidas cautelares é incumbência do Ministério Público. O juiz, definitivamente, passa a ocupar o lugar de julgador, de modo que não define nem quando é necessário o recurso à tutela cautelar, nem qual será a medida;

Segundo, a decisão sobre a procedência ou não do pedido deverá dar-se em audiência promovida para tal fim, afastando-se a ideia, pelo menos inicialmente, da multifuncionalidade chilena, utilizando-a para discutir, exclusivamente, o emprego da tutela cautelar.

Terceiro, o procedimento se dará em apartado ao processo principal, de modo a evitar que o conteúdo cautelar adentre no processo;

Quarto, o conteúdo da audiência cautelar estará vinculado à cautelaridade penal, dividindo-se em questões materiais, atinentes ao delito e ao possível autor, e processuais, vinculadas às situações de perigo cautelar e à possibilidade de o sujeito passivo do processo concretizá-las;

Quinto, um juiz distinto daquele que julgará o processo estará vinculado ao procedimento cautelar, atendo-se às postulações da defesa e da acusação. É imperativo estabelecer um novo espaço de jurisdição. Para que se reconheça a autonomia do procedimento, deve-se abandonar a prevenção como critério de fixação de competência, tanto no âmbito do primeiro grau de jurisdição quanto no segundo;

Sexto, eventual recurso, decorrente da decisão adotada no procedimento cautelar, deverá ser encaminhado a um Órgão específico destinado a essa espécie de julgamento.

Estabelecidos, sinteticamente, os principais caracteres do procedimento, cumpre, ainda, salientar os ganhos de desenvolver a tutela cautelar penal, de natureza pessoal, a partir de um procedimento, em virtude de uma medida. Entende-se que, com essa opção, se dará maior eficácia ao contraditório, pois na atual conjuntura este já nasce fraco, haja vista a própria noção de cautelaridade penal.

O procedimento cautelar é apresentado como uma ferramenta de intervenção concreta, já que fundada numa pesquisa teórica, que comprova os contornos de medida de polícia da cautelaridade penal brasileira, bem como se assenta numa pesquisa empírica, que demonstra o quão funcional ao efficientismo penal tem sido o modelo atual de aplicação da tutela cautelar.

Dito isso, é disposto como uma prática reativa ao panorama teórico e prático encontrado. Ou seja, um mecanismo pensado para constranger o patrimônio autoritário presente na tutela cautelar, que foi desenvolvida a partir de medidas incidentais, voltada para escopos defensivistas-periculosistas. Com o procedimento busca-se estabelecer condições para que direitos e garantias se concretizem e sejam melhor pautados, ganhando-se espaço na construção de um processo penal menos autoritário, mais democrático e dialógico.

Ainda, atende-se assim à demanda pela uniformização da audiência, mas colocando-a dentro de um procedimento apartado, estranho à atual codificação, que endossa uma forma de atuar (e que pouco se modifica com o PL de CPP em andamento, ainda mais com os recentes pedidos de desarquivamento de alguns aditivos). É essencial debilitar essas condicionantes e pensar num modelo que não mais seja funcional à estrutura processual penal inquisitória. O que ganha ainda maior relevância quando se está na seara cautelar.

Destarte, é uma das estratégias, reformular a cautelaridade sob a ótica de um procedimento, fortalecendo a compreensão da forma como garantia. Ainda, se afastaria a tutela cautelar de um mecanismo probante em si, colocando-a, definitivamente, como meio para que se garanta o correto desenvolvimento do processo - o perigo cautelar como cerne dessa tutela. Cria-se, assim, um mecanismo com capacidade de romper a continuidade hodierna entre medida cautelar e mérito do processo - como se a primeira fosse pressuposto do segundo.

Buscando-se uma decisão controlável, a procedimentalização permite uma racionalização dos aspectos materiais e formais da tutela cautelar, justificada e criada a partir do ideário de maior proteção contra a arbitrariedade estatal, sintonizada com um processo que se afina com categorias acusatórias e democráticas. Quer dizer, limita-se o conteúdo atinente à cautelar e cria-se um espaço jurisdicional voltado para essa tutela. Contudo, abdicando de todos os problemas teóricos que viriam com a opção por um processo cautelar.

Compreende-se que, assim, se privilegia a separação de funções persecutórias das jurisdicionais; afirma-se a oralidade como elemento central, desenvolvida em audiências, mesmo que em sede recursal; e promove-se a igualdade de oportunidades entre as partes, podendo ambas influenciarem na tomada de decisão. Isto é, desenvolve-se um elemento intermediador, que logra afastar as etapas processuais - um limite a uma prática que, notoriamente, é autoritária.

Manter a tutela cautelar afincada em medidas é compactuar com o amorfismo característico da inquisitorialidade processual, que tem legitimado o desenvolvimento de uma função administrativo-policia centralizada no interior do processo penal. A funcionalidade

atual e a forma de aplicação estabelecem uma ambiência inquisitória, que não permite que a decisão seja cautelar, adentrando no processo.

Afirmar a necessidade de reestruturação do conteúdo da cautelaridade, extraindo-lhe fundamentos de natureza material, bem como asseverar um procedimento como a forma de aplicá-la, dando preferência ao uso de medidas cautelares diversas da prisão, pode parecer discurso acadêmico infrutífero, impossível de ser incorporado no labor diário.

Todavia, nesta tese, há preferência por seguir as lições de Del Olmo, quando demonstrou que o espaço acadêmico foi *locus* privilegiado para alastrar o pensamento criminológico institucional atual, bem como ao definir paradigmas atuariais e formatar os atores neles, de modo que, em igual medida, acredita-se que esse espaço possa ser usado para desestabilizar a concepção da cautelaridade dominante.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 Destaca-se que o objeto de estudo desta tese foi a tutela penal cautelar de natureza pessoal. Afastaram-se do objeto a prisão em flagrante e a prisão temporária, pois não se entende que sejam cautelares, no sentido de se prestarem à tutela do processo penal. Portanto, a pesquisa se restringiu à prisão preventiva e às medidas cautelares diversas da prisão.

2 Como a ótica processual civil é responsável por emprestar categorias ao processo penal, começou-se por ela. Com isso, percebe-se uma clara vinculação dos fundamentos empregados na seara civil com a tutela judicial definitiva, que se centraliza no próprio direito em discussão, de modo que a construção das medidas cautelares no processo penal – que se estruturam a partir dela – também, caminham no sentido de medida que, na sequência próxima, será tornada definitiva. Não obstante, claramente, essa fundamentação não é compatível com a presunção de inocência.

3 Essa visão é a predominante na leitura processual civil e, utilizando uma teoria geral de processo, é transpassada ao processo penal. A instrumentalidade processual, partindo da construção de Dinamarco, possui um conteúdo substancial ao passo que deve cumprir escopos jurídicos, políticos e sociais. A jurisdição ganha um escopo metajurídico: a paz social. Ademais, se o processo é um instrumento de utilidade social e política, os riscos assumidos com as medidas cautelares se norteiam pela busca da efetividade desse processo.

4 Três principais consequências podem ser aduzidas desse modelo: a) quando se colocam as medidas cautelares como instrumento do instrumento processo, e este está a serviço da sociedade, as primeiras assumem essa funcionalidade (compreensão de efetividade); b) na seara processual penal, não há como reestabelecer o *status quo ante*, pela simples equação de que o tempo não é retornável; c) o espaço definido para o juiz, que congrega inúmeros poderes, é sobre-humano e tende, inevitavelmente, ao arbítrio.

5 É notório que as estruturas cautelares civis são pensadas, fundamentalmente, para a tutela de direitos reais. Não há como se importar a efetividade presente no processo civil para o penal, pois, neste último, a efetividade coincide com a própria tramitação do processo, haja vista o princípio da necessidade, não podendo vincular-se à concretização da pretensão punitiva, pela presunção de inocência.

6 A instrumentalidade processual penal não se esgota no fim de atingir uma punição. É necessário agregar-lhe, como condicionante, o cumprimento de um núcleo de garantias constitucionais. Evidenciando-se sempre a característica historicizada destas últimas,

já que são resultantes do sacrifício de pessoas, em decorrência de lutas políticas. Esse é o ponto de partida.

7 No processo penal, seguindo autores que adotam a teoria geral do processo como ótica, tais como Marques, Tornaghi e Barros, aduziu-se que há um processo cautelar que tem como função a prevenção da execução da pena, visto que esta só poderia ser imposta quando a condenação do réu fosse provável. É classificado como final e instrumental: meio de garantir o adequado desenvolvimento do processo e garantia da futura aplicação da pena. Por outro lado, se a liberdade do réu colocasse em risco o meio social, causasse repercussão danosa, ou estimulasse a possibilidade de cometimento de novos delitos, o fundamento da prisão seria a garantia da ordem pública, que é definida como medida de segurança por Marques. O que até hoje se discute sobre a cautelaridade ou não da ordem pública era questão pacífica. Defendiam os autores que, independente da finalidade pretendida, a prisão, dado o momento da adoção da medida, era cautelar e instrumental.

8 Constatou-se que a cautelaridade, no Brasil, foi desenvolvida, na codificação de 40, como medida de segurança. O influxo italiano pautou-se na utilização de medidas de polícia, subordinando a liberdade ao direito, servindo a um modelo autoritário de processo. Este último, alicerçado em mitos como o do uso do processo para pacificação social; o da busca da verdade real; e o da neutralidade do órgão julgador e acusador. Todos estes voltados ao resguardo do interesse comum.

9 Não é outra a conclusão que se retira da construção teórica do período, já que preme de conceituações amorfas, que legitimam a inserção no significante cautelar de escopos defensivistas periculosistas. Agrega-se a essa funcionalidade uma estrutura legal e *modus* de aplicação afinado ao modelo inquisitivo de processo. A ausência de uma estrutura cautelar precisa corrobora o desempenho de funções que distam, em muito, das processuais, refletindo em decisões de mérito: a prisão cautelar como um elemento de prova propriamente dito.

10 Por isso, aprofundou-se essa aproximação entre as categorias empregadas na construção teórica das providências cautelares e um pensamento criminológico periculosista, que se presta para extrapolar o espaço do perigo processual. Nesse sentido, a ideologia de defesa social foi sofisticada, mas permanece em pauta.

11 Quando se diz que o processo penal serve à segurança pública, logicamente, as medidas instrumentalmente qualificadas não têm outro caminho que não aderir ao mesmo substrato teórico de medidas de segurança. Essa crença se fez presente nas pesquisas realizadas no âmbito da Magistratura e do Ministério Público Federal. Numa equivalência de

racionalidade entre órgão julgador e acusador, estabelecendo-se uma identidade punitiva entre esses órgãos.

12 Permanece presente um patrimônio autoritário em tempos democráticos. O CPP aí se enquadra. Fruto da confluência de um sistema político autoritário com disposições legais aptas a concretizar os desígnios do primeiro. A estrutura dogmática se apoiou em construtos criminológico-positivistas que a antecederam, restando ocultas no manto da legalidade, acobertando permanências e opções políticas. É o dogmatismo colonizado pelo eixo da defesa social.

13 O CPP, nesse período da história, apoiou-se numa noção de não igualdade entre os sujeitos; na presunção da culpa; na fragilização das formas jurídicas; na noção de ordem e segurança como bens sociais máximos; na mediocrização de direitos fundamentais individuais, enaltecendo uma ideologia autoritária, com a supervalorização do poder político. Num Estado de polícia, o princípio unificador da autoridade perpassou a produção jurídico-institucional.

14 No Brasil, quando do advento das codificações penal e processual penal, não houve a transposição de um movimento criminológico positivista, pautado na defesa social, para um compromisso com a legalidade, mas, sim, uma sobreposição. A periculosidade foi estabelecida como um critério de orientação racional. Houve uma complementariedade funcional dos saberes: queria-se modernizar o controle penal com a tecnicização do direito (lei e uniformidade na aplicação) e, por outro lado, permanecia a eficácia do controle penal na defesa social.

15 O conceito de criminalidade delineado pela criminologia positivista parece nunca ter sido tão vigente, apesar de desconstruído teoricamente pelas escolas criminológicas posteriores, segue dando sustento ideológico a essa forma de “combate à criminalidade”, que se legitima como defesa social. A periculosidade se cinge a determinados indivíduos, ligando-se com um ideário de ordem pública, que não se sabe ao certo o que é. Edificam-se articulações policiais, que atuam dentro do sistema processual penal, entrelaçadas a um tipo normativo de autor.

16 A periculosidade é categoria estruturante da cautelaridade penal pessoal. É a protagonista dessa espécie de tutela, permitindo que decisões administrativas sejam juridicizadas, arrebatando direitos e garantias individuais. O controle penal brasileiro está centralizado na administrativização da justiça penal, no emprego da prisão cautelar como medida de controle social, trazendo à tona a ideologia de defesa social.

17 Permitir o ocultamento da funcionalidade originária da cautelaridade autoriza sua permanência nos exatos termos pensados num corte histórico de inspirações fascistas

estrangeiras e nacionais, legitimando-se práticas que estão para além dos limites processuais. Inserida na lógica da cautelaridade, como instrumento de um instrumento, sepultou-se o conteúdo histórico dessa tutela. Levantar o que perpassa a cautelaridade coincide com erigir a sua genealogia, destacando elementos que integraram a sua formação, mas que, contemporaneamente, encontram-se acobertados dentro do significativo cautelar, que paralisou o seu significado na instrumentalidade processual.

18 Nessa ótica, assemelha-se a cautelaridade a um dispositivo policial, haja vista a sua incumbência de garantir a segurança, chamada para responder e gerir os custos políticos e sociais de uma determinada dinâmica. Ou seja, no aspecto de uma tecnologia de segurança, que se encarrega não apenas de fatos criminosos, mas tem como função primordial o governo de pessoas perigosas: neutralizar a periculosidade social de determinada classe de indivíduos. Instrumento ideológico é a definição de inimigo social, já o instrumento prático é a prisão cautelar, com a qual se antecipam as barreiras da punição.

19 Na pesquisa empírica, ficou clara a operacionalidade da categoria periculosidade na aplicação dessas medidas. Esta se fixou no âmbito do TJRS, com a seleção de *habeas corpus*, entre os anos de 2013 e 2018. Optou-se pela análise por amostragem. Assim sendo, de 4540 julgados, selecionaram-se 1472 (função sorteio aleatório do Excel). Não obstante, o número total de julgados foi considerado como 1480, pois, quando decretadas medidas diferentes aos réus, a fim de preservar a integralidade dos dados, foram contabilizados como dois acórdãos.

20 Aplicou-se a prisão preventiva em 1393 *habeas corpus*; as medidas cautelares diversas da prisão, em 55 casos; a liberdade provisória sem medidas foi a opção em 30 julgados; e a prisão domiciliar foi aplicada a 2 *habeas corpus*. A prisão foi a escolha em 94,12% dos casos; em 3,71% optou-se por medidas cautelares diversas da prisão; em 0,13% pela prisão domiciliar; e em 2,02% pela liberdade incondicionada.

21 Da totalidade de acórdãos que aplicaram a prisão, 1368 utilizaram a garantia da ordem pública de forma isolada ou combinaram-na com outro fundamento (98,20%). Desses 1368 acórdãos, universo total que empregou o referido fundamento, 311 a combinaram com outros fundamentos (22,32%, do total de prisões decretadas). Em tão somente 25 acórdãos, empregou-se um outro fundamento isoladamente (1,79%, do total de prisões decretadas). A despeito de não poder se asseverar que esses acórdãos com outros fundamentos apresentam *periculum libertatis*, holisticamente, não é equivocado sustentar que, se a prisão se limita a menos de 25% dos casos, estar-se-ia andando em direção a um uso muito mais moderado do instituto.

22 A garantia da ordem pública como fundamento para a prisão demonstra a administrativização da justiça penal. O seu caráter essencialmente administrativo-processual se volta à prevenção do cometimento de novos delitos, nos moldes das medidas de segurança, apesar de serem classificadas como jurisdicionais.

23 O fundamento supracitado é definido como uma tríade. Congrega a gravidade concreta do crime, a repercussão social e a periculosidade do agente (possibilidade de reiteração). É o atalho argumentativo que autoriza o panorama atual de prisionalização. Autorizando o ingresso de elementos que legitimam a permanência de práticas autoritárias na cautelaridade, vinculadas a um sistema processual penal inquisitorial. Assim, evidencia-se a funcionalidade como um dispositivo policiaisco, já que não há uma limitação para tratar-se do crime. Volta-se à tutela para a gestão do perigo, sendo que o argumento precípua, que dá forma à periculosidade, é a possibilidade de reiteração.

24 O exame de antecedentes é fator determinante à escolha pela prisão e remete à ideia de aplicabilidade da presunção de inocência utilizada por Tornaghi, com base na construção teórica de Ferri. A validade da presunção depende da averiguação dos antecedentes criminais, sendo balizada pela categoria do delinquente e não pelo fato.

25 No que toca à obrigatoriedade de se afastar o cabimento de medidas cautelares diversas, antes da escolha pela segregação, conforme disposição legal, notou-se que quase 20% dos acórdãos (267) não o fez. Com isso, soterra-se o importante papel dessas medidas como etapa hábil a reduzir o uso da prisão preventiva. Seguindo a redação do art. 321, se o julgador acredita que é necessária a prisão preventiva, não precisa ponderar se há outras medidas aptas a evitar a materialização do perigo gerado pela liberdade do processado. Desse modo, a formação da cognição cautelar principia pela medida mais gravosa, em vez de encetar a análise pela liberdade.

26 Nos casos de liberdade foi afirmada a ausência de *periculum libertatis* e da periculosidade concreta, denotando a simbiose entre o *periculum* e a periculosidade como constitutivas da tutela cautelar penal. Nesse sentido, julgados que utilizaram medidas cautelares diversas da prisão, também destacaram a ausência de periculosidade concreta. Alguns destacaram, inclusive, a ausência de *periculum libertatis*. Ou seja, o uso da tutela cautelar quando não há perigo cautelar. Esses mecanismos estão abalizados pelo eficientismo penal. É patente a colonização de medidas diversas ao cárcere pela crença de que são insuficientes para tutelar o processo.

27 Ainda, na análise dos julgados foram encontrados delitos que, por si só, prendem, num retorno às hipóteses de prisões obrigatórias, sendo suficiente a presença do *fumus*

commissi delicti. Observa-se que a alegada gravidade concreta do crime não passa de uma gravidade abstrata, por estar desvinculada das peculiaridades do caso. Se o delito integra o núcleo duro da prisionalização brasileira, a “concretude” estará presente. Ademais, nessas hipóteses, é reiterada a argumentação que extrapola o âmbito do próprio crime. Agregam-se considerações sobre condutas correlatas, danos suportados por terceiros e pela população como um todo.

28 Os julgados denotam uma crença pueril de que o processo penal pode pacificar a sociedade, caso esteja imbuído de soluções para questões sociais, podendo eliminar a “sensação” de impunidade. A cautelaridade penal joga nessa lógica, que é reforçada pela ausência de um modelo decisório definido e pela presença da garantia da ordem pública e da retórica da reiteração, como fundamentação válida, permitindo que se misture materialidade delitiva, como o risco proveniente da liberdade; tipificação penal com periculosidade e periculosidade com culpabilidade. Segue-se a crença de que a prisão defende a sociedade e que o caos propagandeado decorre do fato de se punir pouco, apesar de que isso possa ser facilmente desacreditado pelo espaço ínfimo dado à liberdade e à abissal preponderância do uso da prisão.

29 O Brasil permanece em atraso no que tange à promulgação de um novo Código Processual Penal se comparado aos demais países da América Latina. Com isso, tem-se retardado a compreensão do processo a partir de uma ótica acusatória. O CPP, que pende de aprovação no Congresso Nacional, fica aquém das expectativas delineadas em termos de abandono do patrimônio inquisitório. No que toca à tutela cautelar, tendo em vista as diversas emendas e relatórios apresentados, o texto já nasce conflituoso, com disposições legais colidentes. Ainda, a audiência não é generalizada como o método de aplicação ou reexame da tutela cautelar, mantendo o juiz poderes de ofício na matéria, o qual pode ancorar sua decisão no fundamento da ordem pública, na possibilidade de reiteração e no clamor público. Este último, desde que não seja utilizado de forma isolada.

30 Nesse mesmo sentido, o Projeto de Lei Anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça, no mês de janeiro de 2019, assenta-se na crença de que o sistema processual penal não é suficientemente repressivo e, por isso, aposta na hipótese de que a prisão combate a criminalidade. Destarte, é um projeto criminalizador e penalizador, que amplia, também, o espaço de atuação das instâncias de controle penal formal. À margem da Constituição Federal e das recomendações da CIDH, reforça o sistema paralelo “cautelar”, garantindo *status* autônomo à prisão em flagrante; vedando a liberdade provisória; e definindo a obrigatoriedade da prisão após decisão condenatória proferida por órgão colegiado. Por conseguinte, além de apostar na receita falida do uso da prisão (o que, de longe, não é um jargão, já que um simples

cruzamento de dados –entre números de leis penais e processuais penais, estatísticas de cometimento de crimes e índices de aprisionamento – é capaz de comprovar a disfuncionalidade da segregação para os fins prometidos), retoma questões já julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Isto é, está-se frente a mais um projeto prenhe das ilusões do efficientismo penal e incapaz de alterar a violência estrutural contemporânea.

31 Partindo do emprego dos mecanismos até agora adotados (medidas cautelares diversas da prisão em 2011 e audiências de custódia em 2015), que visam a conter o encarceramento em massa experienciado no Brasil, constata-se que ainda não lograram mudanças mais definitivas no paradigma da centralidade do cárcere. Diante disso, propõe-se reduzir o conteúdo da cautelaridade e alterar a forma de produzir uma decisão na matéria.

32 O exame da cautelaridade pessoal penal, no aspecto material, ou seja, de conteúdo, está centrado no perigo cautelar, que é a soma dos riscos que envolvem o andamento regular do processo produzido pelo sujeito processado com a materialidade e indícios de autoria. Por isso, a funcionalidade é processual tão somente. Rejeita-se a possibilidade de a tutela cautelar agregar uma funcionalidade prevencionista-material, vinculada a escopos de prevenção criminal.

33 O perigo cautelar congrega um elemento objetivo, que é o risco ao processo ou ao seu fim, e um elemento subjetivo, que é quem gera esse risco e pretende materializá-lo. Portanto, conclui-se que a tutela cautelar, independentemente da medida que se pretenda utilizar, comparte do mesmo núcleo, o perigo cautelar. Com isso, apenas duas fundamentações são legitimamente cautelares: o risco de fuga e o risco de obstrução da investigação criminal.

34 Com o desenvolvimento do aspecto formal da tutela cautelar, pretende-se responder ao como e quando aplicá-la. Uma racionalização para verificar a procedência ou não do seu aspecto material (conteúdo). Legitima-se uma alteração procedimental, nesse campo, quando se compreende que o conceito da forma possui função importantíssima na redução da irracionalidade do poder punitivo.

35 Evidentemente, a formação da cognição cautelar contemporânea encontra seu respaldo no autoritarismo, no amorfismo próprio a sistemas processuais inquisitoriais. É a opção por um sistema centralizado na figura do magistrado; na prisão, como regra; e na liberdade, como exceção; em fundamentos e motivações automatizadas e genéricas; no simulacro do contraditório e da ampla defesa; na assunção de uma presunção de culpa pautada na busca desenfreada pela comprovação de uma verdade, que tem legitimado a prisão como elemento probatório de fato. A ausência da forma, somada à ausência de um conteúdo cautelar estritamente processual, enfraquece a proteção da liberdade.

36 Propõe-se, então, a deslegitimação da aplicação de medidas cautelares como mero ato decorrente da relação hierárquica inquisitiva, de modo que o recurso à tutela cautelar deve materializar-se num procedimento, submetido aos ditames constitucionais e convencionais. Conseqüentemente, cria-se uma possibilidade de influenciar efetivamente na construção de uma decisão de cunho cautelar. O procedimento cautelar, que terá seu conteúdo desvinculado de eventual processo penal, sempre será de iniciativa do órgão acusador, que deverá postular, em audiência, a medida cautelar pessoal penal necessária. Essa audiência de controle será de competência de juiz diverso daquele que julgará o processo penal.

37 Ademais, sustenta-se o procedimento cautelar, em virtude de medidas incidentais, como elemento intermediador apto a demarcar as etapas vinculadas ao processo penal, permitindo uma melhor racionalização dos aspectos formais e materiais da tutela cautelar. Ainda, fortalece-se a compreensão da forma como garantia, melhor pautando a separação das funções jurisdicionais das persecutórias; centralizando a oralidade na obrigatoriedade de audiências para definir a necessidade cautelar; e, por fim, favorecendo a igualdade de oportunidade entre as partes.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **O que é um dispositivo?** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/download/12576/11743>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62. p. 85-115, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p85/24686-87>. Acesso em: 20 out. 2018.
- AMARAL, Augusto Jobim. **O dispositivo inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal**. 2014. 498 f. V. 1. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.
- AMARAL, Augusto Jobim do. **Presunção de inocência: a pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC nº 126.292/SP pelo STF**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5740-Presuncao-de-inocencia-A-pre-ocupacao-de-inocencia-e-o-julgamento-do-HC-126292SP-pelo-STF. Acesso em: 20 de out. 2018.
- AMODIO, Ennio. La tutela dela libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, Anno X, Fasc. 3, 1967.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de; NASCIMENTO, Andréa Ana do. Desafios das reformas das polícias no Brasil: permanência autoritária e perspectivas de mudança. **Civitas**, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out./dez. 2016.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola superior do ministério público da união, 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/perfil-socioprofissional-e-concepcoes-de-politica-criminal-do-ministerio-publico-federal>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BAIRD, Macello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. **Monitorando a aplicação da lei das cautelares: e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo**. Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf. Acesso em: 18 jul. 2017.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradutor Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**: nova reforma do processo penal – lei 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado (Org.). Tradutor Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BINDER, Alberto M. **La intolerabilidad de la prisión preventiva**. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/07/doctrina29870.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BORGES, Nilson. A doutrina de segurança nacional e os governos militares. *In*: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Org.). **O Brasil republicano**: o tempo da ditadura, regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2003.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório final**. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 11 nov. 2018 e 11 mar. 2019.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Relatório parcial**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564012&filename=Tramitacao-PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Disponível em: http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF. Acesso em: 20 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Exposição de motivos do projeto de lei nº 4.208/2001. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=401942&filename=PL+4208/2001. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. **Pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros 2015**: a AMB quer ouvir você. Disponível em: http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Revista_Resultado_Pesquisa_AMB_2015_para_site-6.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei anticrime**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/projeto-lei-anticrime-ministerio-justica.pdf> . Acesso em: 11 fev. 2019.

BRASIL. **Projeto de lei nº 633 de 1975**. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_A.pdf#page=1. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=91D36D01C8E294AF0ECB9C2EBFFB14E8.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 28 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1742702/SC**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=87030196&num_registro=201801194482&data=20180904&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Coordenador-geral. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/4269e81937d899aa6133ff6bb524b237.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **GEOPRESÍDIOS**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Mapa de implementação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Notícia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/80092-tribunal-institui-vara-unica-privativa-de-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **O que são e para que servem as alternativas penais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79804-o-que-sao-e-para-que-servem-as>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf. Acesso em: 16 mar. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre corte, 2009.

CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**: sua estrutura seu conteúdo ideológico. Livraria José Olympio Editora: Rio de Janeiro, 1940.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; SILVA, Láila Terra Vieira da. A audiência de custódia no Brasil e a audiência de controle de detenção no Chile: um estudo comparado. In: *In*: POSTIGO, Leonel González (Org.). **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: e outros ensaios**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CASARA, Rubens R. R. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Estúdio editores.com, 2014.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do espetáculo: e outros ensaios**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CAZABONNET, Brunna Laporte. **Punitivismo e medidas cautelares pessoais**: uma análise criminológica e processual da expansão controle penal. 2013. 204 f. Dissertação de Mestrado em ciências criminais – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

CHILE. CEJA. **Prisión Preventiva y reforma procesal penal em América Latina**: evaluación y perspectivas. p. 21. Disponível em:

<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3133/cejaprisionpreventiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 out. 2018.

CHILE. **Lei nº 19.696/2000**. Código de processo penal. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&r=1>. Acesso em: 05 set. 2016 e 27 dez. 20018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A ordem pública como fundamento da prisão cautelar**: uma visão jurisprudencial. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-ordem-publica-como-fundamento-da-prisao-cautelar-uma-visao-jurisprudencial>. Acesso em: 14 nov. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro: panorama dos três anos da lei nº 12.403/2011. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). **Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere**: anais do IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal – Ibraspp. 1. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **As medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro**: panorama dos três anos da Lei n. 12.403/2011. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/leitura/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro-panorama-dos-tres-anos-da-lei-n-12-403-11-por-fauzi-hassan-choukr>. Acesso em: 14 nov. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Guía práctica sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2019.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Colombia: Editorial Temis S.A, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Pensar a genealogia do processo autoritário**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-25/limite-penal-pensar-genealogia-processo-penal-autoritario>. Acesso em: 11 mar. 2019.

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

DA SILVA, Francisco Carlos Teixeira. Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985. *In*: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neve (Org.). **O Brasil republicano**: o tempo da ditadura, regime militar e movimentos sociais em fins do século XX.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DELEUZE, Gilles. ¿Qué es um dispositivo?. *In*: Balbier, E. et al. **Michel Foucault filósofo**. Barcelona: Gedisa, 1999.

DELMANTO JR. Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti dela tutela cautelare penale**: la carcerazione preventiva. Padova: CEDAM, 1953.

DEL OLMO, Rosa. **A américa latina e sua criminologia**. Tradutores Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DEL POZZO, Carlo Umberto. **La libertà personale**: nel processo penale italiano. Torino: Torinese, 1962.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14 ed. atual. ampl., 2 reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRI, Enrico. **Sociología criminal**. Tomo II. Centro editorial de góngora: Madrid, 1900.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradutor Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. v. III. Revista forense: Rio de Janeiro, 1945.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). **Revista de História das ideias**, Coimbra, v. 23. Ano 2002, p. 85-96. 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. Aprisionamento preventivo no Brasil, alternativas tipificadas e propostas para uma futura reforma do código de processo penal brasileiro. *In*: POSTIGO, Leonel González (Org.). **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 2008. 200 f. Dissertação (Mestrado em direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 117, ano 23, p. 263-286, nov./dez. 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Razões (?) do populismo punitivo. **Revista síntese: direito penal e processual penal**, Porto Alegre, n. 71, ano IX, p. 102-116, dez./jan. 2012.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**: Conferencias dadas em la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva como sanzione atípica. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978.

ITALIA. **Codice di procedura penale**. Disponível em: www.altalex.it. Acesso em: 05 set. 2016 e 28 jan. 2019.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/>. Acesso em: 16 jan. 2018.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 796 ao 812). v. VIII. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. Buenos Aires: Fondo de cultura economica, 2010.

LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. *In*: Leonel González (Dir.) **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para uma reforma processual penal no Brasil. v. II. Chile: Ceja, 2018.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia; CANO, Ignacio; MUSUMECI, Leonarda. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. IX, anno 1954, p. 248-254, 1954.

LOIĆ, Wacquant. **As prisões da miséria**. Tradutor Andre Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, ano 26, p. 117-153, maio. 2018.

LOPES JR., Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. **Quando o juiz trata o Ministério Público como incapaz ou incompetente**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-14/limite-penal-quando-juiz-trata-mp-incapaz-ou-incompetente>. Acesso em: 17 set. 2018.

MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). *In*: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Org.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradutores Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América Chile 2970, 1951.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1960.

MARQUES, José Frederico. **O direito processual em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINAGÉ, Thiago M. A necessidade de um procedimento cautelar próprio para imposição de prisão preventiva. *In*: POSTIGO, Leonel González (Org.). **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e da liberdade provisória**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NIETZCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: Uma polêmica**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1966.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. v. VIII (arts. 813 a 889). Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático e prática autoritária. São Paulo: Ed. Unesp, 2009.

PIJOAN, Elena Larrauri. Populismo punitivo...y como resistirselo. **Revista de estudos criminais**, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 25, p. 1-19, abr./jun. 2007. p. 15-16.

POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. *In*: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Decisão judicial**: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PRADO, Luiz Carlos Delorme; EARP, Fábio Sá. O “milagre” brasileiro: crescimento acelerado, integração internacional e concentração de renda (1967-1973). *In*: **O Brasil republicano**: o tempo da ditadura, regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. Org. FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

PRANDO, Camila Cardozo de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

PUJADAS, Virginia Tortosa. **Para una teoría general de las medidas cautelares penales**. 2007. 518 f. Tesis doctoral - Universitat de Girona. Girona, 2007.

RIBEIRO, Darcy. **Os brasileiros**: 1. Teoria do Brasil. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública Geral. **A defensoria em dados**: pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. p. 130. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/45510204f9c74311b8dd7d297492be34.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

RIO DE JANEIRO. Centro de Estudo de Segurança e Cidadania. **Liberdade mais que tardia**: audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Audi%C3%A2ncias-de-cust%C3%B3dia-Apresenta%C3%A7%C3%A3o-de-slides.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017 e 18 jul. 2017.

RIO DE JANEIRO. Instituto de estudos da religião. **Imparcialidade ou cegueira**: um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. Disponível em: http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Artigo-Audiencias-de-custodia_Comunicacoes-ISER.pdf. Acesso em: 26 jul. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Resolução nº 01 de 1998 (emendas regimentais nº 4 e 6 de 2016) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 16 out. 2018.

RITTER, Ruiz. Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

ROCHA, Cristiny Mroczkoski. **As tutelas provisórias desde o prisma da teoria (e metódica) estruturante do direito e do integracionismo Dworkiniano**. 2017. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Morais; MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direito patrimoniais: uma leitura crítica. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 1, p. 7-23, Ago./Dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/1/art/art6.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SADER, Emir. **A transição no Brasil**: da ditadura à democracia?. 3. ed. São Paulo: Atual, 1990.

SANTOS, Andrés De La Oliva; ARAGONESES, Sara Martínez; SEZOVIA, Rafael Hiñojosa; ESPARZA, Julio Muerza; GARCÍA, José Antonio Tomé. **Derecho procesal penal**. 8. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.

SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. A necessária revitalização da fase intermediária do processo: pela implementação de uma audiência de controle da acusação. *In*: Leonel González (Dir.) **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para uma reforma processual penal no Brasil. v. II. Chile: Ceja, 2018.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. Madrid: Ed. Codex, 1996.

SHECAIRA, Sérgio. **Criminologia**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2014.

SILVA, Ovídio A. Batista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Porto Alegre: Sulina, 1973.

SIMON, Jonatha. **Governing through crime**: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. New York: Oxford University Press, 2007.

SOUZA, Jesse. **A inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. Tradutor Bruno Alexander. Porto Alegre: L&PM, 2018.

SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. **Museu de novidades**: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. 498 f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Tomo III. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963.

TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. v. II. Rio de Janeiro: livraria Freitas Bastos, 1963.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 34. ed. rev. e de acordo com a lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

URUGUAI. **Código del proceso penal**. Lei nº 19.293/2014. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1439386.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio. **La cuestión criminal**. Disponível em: https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradutor Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ANEXO A

FORMULÁRIO DE ANÁLISE DE JULGADOS

PEQUISA EMPÍRICA: QUANTITATIVA E QUALITATIVA DE *HABEAS CORPUS*
JULGADOS ENTRE 2013 E 2018

DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

- 1- Nº DO JULGADO:
- 2- ANO:
- 3- ORDEM CONCEDIDA () ORDEM DENEGADA () ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA
- 4- DECRETOU: () LIBERDADE PROVISÓRIA () LIBERDADE PROVISÓRIA COM MEDIDA CAUTELAR DIVERSA () PRISÃO PREVENTIVA () PRISÃO DOMICILIAR
- 5- TIPO DE CRIME(S), EM TESE, PRATICADOS:
- 6- () CRIME COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA () CRIME COMETIDO COM VIOÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA
- 7- ANTECEDENTES CRIMINAIS ANALISADOS NO HC:
- 8- SE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA:
QUAL(IS) ESPÉCIE(S) DE MEDIDA:.....
QUAL A NECESSIDADE CAUTELAR:.....
- 9- SE PRISÃO: QUAIS SÃO OS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA NECESSIDADE CAUTELAR?
- 10- FUNDAMENTO:
- 11- AFASTA OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS:
- 12- QUAIS SÃO OS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA PERICULOSIDADE?