

A inserção de medidas cautelares diversas no sistema processual penal brasileiro: entre a expansão do controle punitivo e sua limitação.

Vinicius Gomes de Vasconcellos¹

Resumo: O presente trabalho pretende traçar apontamentos em busca da compreensão da complexidade da teia de relações que envolvem a tensão entre as medidas cautelares e o direito à liberdade, em especial no cenário atual de expansão do Direito Penal, a partir da análise das mudanças da Lei 12.403/11 no ordenamento brasileiro. Serão examinados os reflexos de tais alterações no campo jurídico criminal, questionando-se as consequências da nova legislação na cultura dos atores do processo penal e buscando-se critérios para a limitação do controle punitivo.

Palavras-chave: Processo Penal. Medidas Cautelares Diversas. Controle Punitivo.

Introdução

A partir da análise do cenário jurídico brasileiro atual, percebe-se a utilização paulatinamente mais rotineira de medidas cautelares, em especial da prisão preventiva, as quais deveriam ser restritas a casos excepcionais. É nesse momento desordenado que surge a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. A partir da inovadora previsão de medidas cautelares alternativas à prisão pretendeu-se fornecer opções intermediárias ao juiz, posto que anteriormente só havia a possibilidade de segregação ou plena liberdade. Há, portanto, uma clara intenção descarcerizadora, que, todavia, não deve impedir a análise crítica dos reflexos latentes a tais novidades.

Com base nos estudos das mudanças e reflexos da Lei 12.403/11, será avaliado o cenário jurídico atual, com o escopo de questionar as consequências da nova legislação na cultura dos atores do processo penal, a partir de três pontos: 1) a utilização indevida de medidas cautelares diversas pode desvirtuar o objetivo da reforma legislativa, de modo a acarretar uma expansão do controle punitivo estatal; 2) para que isso seja evitado, é essencial a atenção aos fundamentos para a decretação de qualquer medida cautelar, seja ela diversa ou prisão; e, 3) a postura dos atores do campo criminal, em regra pautada pelo punitivismo acrítico, pode impedir a concretização da principal finalidade da Lei 12.403/11, qual seja, reduzir o número de encarceramentos provisórios.

¹ Graduando em Direito pela PUCRS. Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC de 2009 a 2012, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia (GEPCCrim) da PUCRS.

I - Lei 12.403/11 e as medidas cautelares diversas. Menos cárcere? Mais controle?

Em junho de 2011, houve a publicação de edição do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais direcionada ao tema recentemente modificado. O editorial de tal informativo intitulou-se “Um oásis no deserto punitivo”.² Ao passo que exalta a edição do diploma legislativo alterador por este não ter sido desenvolvido como “fórmula de legislação de pânico”, mas sim planejado por comissão designada em 2001, o texto ressalta o saldo positivo da nova Lei, sustentado que esta deve servir de exemplo para o legislador brasileiro. Pensamos que a Lei 12.403/11 deve ser aplaudida, entretanto não se pode esquecer a constante postura crítica que sempre deve permear a análise, especialmente em matéria criminal. Neste sentido, relacionamos a inserção de medidas cautelares diversas no sistema processual penal com a implementação de penas alternativas, ou restritivas de direitos, conforme o panorama que se traçou intensamente após 1995 (Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais Criminais e Lei 9.714/98 que reformou a aplicação das penas alternativas pela Código Penal brasileiro).

É cristalino que a postura punitivista e encarceradora dos atores do campo jurídico e da sociedade em geral influencia diretamente na aplicação dos novos preceitos legais, podendo acarretar a inversão dos objetivos da reforma ou até mesmo sua inaplicabilidade na prática. Desse modo, aponta-se a hipótese de que a inserção de medidas cautelares diversas pode reproduzir e relegitimar a lógica do aprisionamento, posto que não se tornará efetivo o rompimento com a estrutura punitiva centrada na prisão. Neste sentido, ao examinar os substitutivos punitivos do Código Penal, aponta Salo de Carvalho:

“Assim, fundamental perceber que as medidas descarceradoras devem ser vistas como importantes mecanismos de desinstitucionalização, sendo sua aplicação inegavelmente mais vantajosa do que qualquer forma de aprisionamento. O problema que se coloca na investigação, porém, é o de até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do cárcere sobre os grupos vulneráveis/criminalizados, ou seja, se as alternativas são efetivamente incorporadas pelos sistemas político-legislativo, jurídico e executivo como alternativas à prisão (e também ao processo penal) ou se constituem aditivo de ampliação do controle social punitivo retroalimentador da prisão.”³

² UM OÁSIS no deserto punitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n° 223, jun./2011, p. 01.

³ CARVALHO, Salo. *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. 47.

O referido autor apresenta estatísticas sobre a utilização de prisões e penas alternativas no Brasil: em 1995 foram, respectivamente, 149 mil e 80 mil; já em 2008, chegou-se ao índice de 440 mil prisões e quase 500 mil medidas alternativas.⁴ A inserção de substitutivos penais não reduziu o nível de encarceramento, mas este continua crescendo de modo gradual no decorrer dos anos, agora somado com a acelerada expansão do controle punitivo por meio de penas alternativas.⁵ Portanto, Elena Larrauri antevê que “a utilização massiva das penas alternativas no futuro deverá ser lida não como sinal de benevolência, mas como mostra de baixa tolerância”.⁶

A partir de David Garland,⁷ a inserção do modelo de substitutivos ao cárcere pode ser vista de modo semelhante à reforma iluminista, que buscou a abolição de penas corporais com a utilização da prisão como pena essencial. Ou seja, a aparente humanização do poder punitivo se mostra como um mero desenvolvimento da tecnologia punitiva, de modo a ceder até certo ponto ao clamor humanitário de parcela da sociedade, mas mantendo o sistema de controle estatal em pleno funcionamento. Neste sentido, conclui Marcelo Apolinário:

“Trata-se, portanto, de um remanejamento do poder de castigar, multiplicando sua incidência, aumentando sua eficácia e diminuindo seu custo político, fazendo da punição e da repressão uma função regular, coextensiva à sociedade; não deixar de punir, mas punir com mais inteligência, propagando a necessidade do controle e da punição no espaço público.”⁸

O modelo de penas alternativas não pode reproduzir a cultura encarceradora e inquisitória, não pode simplesmente criar um sistema adicional e apenso, mas sim concretizar medidas que sejam efetivamente alternativas, de modo a acarretar uma real redução do poder punitivo estatal e das taxas de cidadãos aprisionados. Infelizmente, percebe-se que a reforma

⁴ CARVALHO, Salo. *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. 55.

⁵ Elena Larrauri afasta a possível crítica a tal constatação que legitima a expansão do controle em um suposto aumento do número de crimes na sociedade, pois tal crescimento da criminalidade é negado por diversos autores, visto que este índice segue uma linha descendente desde 1990. (LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias en las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, 2005, p. 81). Em relação ao panorama brasileiro, ver: CARVALHO, Salo. *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. 44-46.

⁶ LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias en las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, 2005, p. 82.

⁷ GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: a study in social theory*. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 131-137.

⁸ APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. *Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão*. Pelotas: Editora Universitária UFPEL, 2011. p. 100.

no Código Penal não cumpriu tal árdua missão. Romper com a cultura do campo criminal é tarefa complexa por requerer a essencial mudança de postura dos atores.

Desse modo, teme-se que a reforma processual introduzida pela Lei 12.403/11 não diminua a utilização de prisões cautelares no Brasil, mas, ao contrário, contribua em muito para a expansão do controle social através do poder punitivo estatal. Tal possibilidade se mostra provável diante da reprodução acrítica da nova legislação, com a simples adequação das antigas decisões às mudanças numéricas dos artigos legais, reproduzindo o conteúdo e o dispositivo final anteriores. Além disso, deve ser vista com prudência a conversão de uma cautelar diversa em prisão no caso de descumprimento (artigo 312, parágrafo único, CPP), visto que aqui reside um grande risco de aumento do número de segregados provisoriamente exatamente a partir dos meios alternativos implementados recentemente. Conforme Aury Lopes Jr.:

“O maior temor é que tais medidas sejam deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle. O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade), passem a ser objeto de incidência de restrições. O que se busca com a reforma é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual.”⁹

Crítica que também se adequa ao cenário aqui estudado é a direcionada aos Juizados Especiais Criminais em relação aos crimes de menor potencial ofensivo.¹⁰ A partir do ressurgimento do controle estatal em delitos menores ou até insignificantes, a Lei 9.099/95 resultou em uma expansão do sistema criminal, de modo a desvirtuar por completo os fins de sua redação. Além disso, a inserção de possibilidades de punição antecipada também deve ser analisada com ressalvas, pois, conforme Maria Lúcia Karam:

“Essas medidas ditas despenalizadoras, consubstanciadas na pena não privativa de liberdade antecipadamente imposta e na suspensão condicional do processo, ampliam o alcance do sistema penal, ao preço do enfraquecimento de garantias inerentes à fórmula fundamental do devido processo legal.”¹¹

⁹ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 121.

¹⁰ Sobre isso ver: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹¹ KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/01 – Leis dos Juizados Especiais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 39, São Paulo, ano 10, jul.-set./2002, p. 172.

Portanto, a Lei 12.403/11 deve ser estudada e aplicada sempre tendo-se em conta as críticas aqui expostas. A inserção de medidas cautelares diversas não pode acarretar a expansão do controle penal nem a relegitimação do sistema focado no aprisionamento.

II – Apontamentos em busca de critérios para a decretação de medidas cautelares diversas.

Em busca deste ideal, ou seja, para que sejam efetivados os objetivos visados pela reforma empreendida, pensamos que questão essencial é a atenção aos pressupostos das medidas cautelares diversas, os requisitos e fundamentos que autorizam a restrição à liberdade do acusado, ainda que de modo diverso do encarceramento. Sabe-se que, em prol do princípio da presunção de inocência, qualquer restrição à liberdade do acusado deve ser legitimada e fundamentada pelas previsões legais e permeada pela análise do caso concreto.¹² Não podemos conceber um modelo de imposição de medida cautelar automática, seja ela prisão ou diversa, de modo que, em qualquer caso, devem ser atendidos o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Nesse sentido, bem aponta Aury Lopes Jr.:

“Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostos.”¹³

Surge então questão importante e que deve ser analisada: a imposição de medidas cautelares diversas também é restringida pelos requisitos do artigo 313 do Código de Processo Penal, essencialmente a impossibilidade de decretação para crimes com pena abstrata máxima inferior a quatro anos? Pensamos que a resposta mais adequada seria sim, por três motivos: 1) para prezar pela sistematicidade do modelo implementado com a Lei 12.403/11; 2) para garantir a proporcionalidade da imposição, posto que o descumprimento de uma cautelar diversa pode acarretar a prisão, de modo a causar a segregação de um acusado que, ao fim do processo, se condenado, não seria encarcerado; e, 3) para respeitar os objetivos traçados pela reforma processual, qual sejam, reduzir o número de presos provisórios e reforçar a prisão cautelar como *ultima ratio*. Inicialmente, foi essa a posição adotada por Aury Lopes Jr. ao

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. As reformas processuais penais introduzida pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora RT, 2011. p. 26.

¹³ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 119.

sustentar os limites do art. 313 como regra geral para qualquer medida cautelar: “Logo, incabível qualquer das medidas cautelares diversas se, por exemplo, o crime for culposo ou com apenamento máximo inferior a 4 anos”.¹⁴ Entretanto, tal postura acabou revista, posto que contrária ao discurso majoritário¹⁵ (ou até um senso comum teórico, talvez desavisado do risco de expansão do controle penal intensificado pela cultura punitivista que permeia parte dos atores do campo criminal):

“Resguardo minha posição no sentido de que o ideal é enfatizar o caráter substitutivo, ou seja, somente nos casos em que coubesse prisão preventiva e para substituí-la. Sem embargo, tenho de admitir que a posição majoritária desde agora é no sentido de uma aplicação muito mais ampla, com cabimento também nos casos que não pode ser decretada a prisão preventiva (fora, portanto, dos limites do art. 313). É o viés de expansão do controle penal que previ na edição anterior.”¹⁶

É com pesar, portanto, que visualizamos a possibilidade de imposição de medidas cautelares diversas também em casos de não cabimento de prisão preventiva, conforme o art. 313. Entretanto, mais uma vez devemos ressaltar que sempre devem ser cumpridos os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, e, neste diapasão, aponta-se o artigo 282 do Código de Processo Penal como baluarte dos pressupostos gerais das medidas cautelares:¹⁷

Art. 282: As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a

¹⁴ Ibidem, p. 120.

¹⁵ Neste sentido: CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão Cautelar*. Dramas, Princípios e Alternativas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 141; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal*. Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19 e 24; BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas Cautelares Alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011. p. 221-222; NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 67.

¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 853 e 854; LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. xiii.

¹⁷ Sobre tais parâmetros gerais, previstos no art. 282 do CPP, interessante é o posicionamento de Gabriel de Almeida ao considerar tal dispositivo na pretensão de, através de uma interpretação sistêmica, tornar menos vago o tão questionado fundamento da “ordem pública”. Segundo tal autor, a partir do advento da Lei 12.403/11, com a nova redação do inciso I do art. 282, a única fundamentação adequada para a prisão preventiva em proteção da “ordem pública” seria evitar a prática de infrações penais, ou seja, prevenção geral negativa. Embora adotarmos posição contrária a tal justificativa em sede de medida cautelar, por carecer do essencial caráter instrumental em relação ao processo, sendo, por isso, inconstitucional ao violar o princípio da presunção de inocência, pensamos que a construção de Gabriel de Almeida pode contribuir para a limitação desta ampla possibilidade de discricionariedade do julgador, em regra tendente ao autoritarismo. Deve-se apontar que a prisão cautelar por razão de reincidência é, em regra, aceita na doutrina nacional e estrangeira. (ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, nº 229, dezembro/2011, p. 14-16)

instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Portanto, primeiro deve-se analisar a fumaça do cometimento de um delito a partir dos elementos probatórios presentes no estado em que os autos se encontram e somente será cabível qualquer medida cautelar se houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.¹⁸ Por óbvio que a simples denúncia/queixa e o início de um processo penal não pode acarretar a restrição à liberdade do réu sem um razoável suporte probatório no sentido das alegações acusatórias. Além disso, Gustavo Badaró elucida um “pressuposto negativo”, posto que, em casos de verificação de possível excludente de ilicitude (art. 314, CPP) ou culpabilidade (em analogia ao mesmo artigo), não é cabível qualquer medida cautelar.¹⁹ Também assim podemos caracterizar, a partir de Pacelli de Oliveira, a vedação contida no parágrafo primeiro do art. 283 em casos de não cominação de pena privativa de liberdade ao delito tipificado.²⁰

Em seguida, parte-se para a análise do *periculum libertatis*. Como já exposto no item 2.1 deste trabalho, a medida cautelar no processo penal tem um caráter instrumental, ao passo que, diante do princípio da presunção de inocência, basilar em um Estado Democrático de Direito, nenhuma restrição deve ser imposta ao réu antes do trânsito em julgado de sua condenação, exceto para a tutela de fins relacionados ao próprio processo (cautela instrumental ou final). Conclui-se com Rogério Cruz que:

“Sendo assim, tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei nº 12.403/11 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (...), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais.”²¹

Pensa-se, por exemplo, no caso da imposição de fiança diante de uma prisão em flagrante. Não há fundamentação para que o acusado continue segregado ou que seja obrigado

¹⁸ Explica Aury Lopes Jr.: “O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.” (LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 67)

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas Cautelares Alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011. p. 219-221.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 15.

²¹ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 138.

a pagar por sua liberdade, salvo se houver o *periculum libertatis*, ou seja, se seu estado de liberdade cause um perigo concreto ao processo penal em andamento. Portanto, em regra, o réu deve ser posto em liberdade provisória sem qualquer imposição de medida cautelar diversa!

Surge, então, outra questão controvertida: as finalidades previstas para cada medida cautelar diversa no art. 319 e sua relação com o *periculum libertatis*. Sabemos que o artigo 282 aponta os ditames gerais em matéria de pressupostos para medidas cautelares, entretanto, algumas das possibilidades previstas no art. 319 determinam (e, assim, restringem) as finalidades que devem ser por elas cumpridas (por exemplo, a proibição de ausência da comarca para conveniência ou necessidade da investigação ou instrução), enquanto outras não apresentam objetivo definido (por exemplo, a monitoração eletrônica).

Pergunta-se: as medidas cautelares diversas podem ser decretadas com fundamento somente nas previsões de seus incisos (art. 319), ou por qualquer motivo, conforme o art. 282 (necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais)? Gustavo Badaró sustenta que, em cumprimento com o princípio da legalidade e com a vedação do poder geral de cautela no processo penal, as medidas cautelares diversas só podem ser impostas nos limites das previsões de seus incisos do art. 319, sendo analisados subsidiariamente os ditames do art. 282:

“As medidas alternativas à prisão dos incs. I, III, V, VIII e IX do *caput* do art. 319 e a do art. 320 do CPP poderão ser decretadas quando necessárias ‘para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal’ (CPP, art. 282, *caput*, inc. I, 1ª parte). Para a medida de proibição de ausentar-se da comarca é prevista somente a finalidade de cautela probatória ou instrumental (CPP, art. 319, *caput*, IV). Finalmente, em relação às medidas alternativas dos incs. II, VI e VII do *caput* do art. 319, o legislador, observando a exigência da parte final do inc. I do *caput* do art. 282, expressamente previu que poderão ser decretadas para evitar a reiteração criminosa.”²²

Por outro lado, Eugênio Pacelli de Oliveira defende que qualquer das medidas cautelares pode ser decretada com fundamento nas previsões do art. 282, ainda que ela preveja somente uma das justificativas em seu inciso do art. 319. Somente o “risco de reiteração criminosa” necessita de previsão expressa no respectivo inciso em que esteja

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas Cautelares Alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011. p. 219 e 231.

prevista a medida cautelar diversa. Portanto, todas elas podem ser impostas para resguardar a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal, “(..) mesmo quando afastada da definição legal de seu objetivo”. Complementa que:

“Entendimento contrário, além de conduzir a grave retorno a um arcaico positivismo legalista, em que se vê o legislador como ser onipotente e incapaz de erros ou limitações, poderá justificar o incremento e a preferência pela prisão preventiva, sempre que uma finalidade cautelar não estiver contida na respectiva definição legal.”²³

Neste debate, devemos, inicialmente, questionar a cautelaridade e, com isso, a constitucionalidade do fundamento “evitar a reiteração criminosa”, ao passo que tal possibilidade extrapola a instrumentalidade que legitima uma medida cautelar, em face do princípio da presunção de inocência.²⁴ Em face da questão dos limites traçados pelas finalidades postas por cada medida cautelar diversa, pensamos que a posição mais adequada é aquela que respeita o princípio da legalidade, essencial e enfatizado em matéria penal. Ou seja, a proibição de ausência da comarca (prevista no inciso IV do art. 319), por exemplo, somente pode ser imposta quando caracterizado o *periculum libertatis* em relação à necessidade para a investigação ou instrução criminal (cautela instrumental, ou seja, tutela da prova). E, quando não houver previsão de objetivo específico, como no monitoramento eletrônico (art. 319, IX), a medida poderá legitimar-se tanto para esse fim quanto para garantir a aplicação da lei penal (cautela final), conforme as disposições gerais contidas no artigo 282. Conclui-se, com Aury Lopes Jr., ao criticar a restrição realizada pelo legislador no inciso IV do artigo 319:

“Portanto, a medida seria melhor utilizada para minorar o risco de fuga e não para a tutela da prova, cuja legitimidade é profundamente discutível, mas infelizmente não foi esse o texto final aprovado. E, como não vemos espaço hermenêutico para, por passe de mágica, mudar de ‘tutela da lei penal’ para ‘tutela da prova’, a medida deve ser usada nos limites legais e não subvertida. E nos limites legais, é inadequada aos fins que se pretende...”²⁵

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal*. Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 26. Nesse sentido, também: CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 169.

²⁴ Neste sentido: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 126 e 132; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas Cautelares Alternativas*. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011. p. 216-218.

²⁵ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 128.

Entretanto, como já mencionado, a doutrina majoritária sustenta a possibilidade de imposição mais ampla destas inovações, de modo que a nós resta somente clamar pelo respeito aos pressupostos de qualquer medida e pela garantia da presunção de inocência. Mais uma vez, repetimos: a liberdade sem qualquer restrição precisa ser regra antes da condenação transitada em julgado. Somente assim teremos um processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito e aos ditames da Constituição Federal.

III. Reformas parciais e a dificuldade de rompimento de cultura.

Esses são parâmetros que devem ser atendidos para que a restrição a um direito por meio de uma medida cautelar diversa seja legítima, evitando a expansão do controle estatal punitivo e a desvirtuação da reforma processual empreendida. Entretanto, tal estudo pode ser inutilizado em caso de não aplicação dos novos preceitos e estabelecimento de um novo paradigma. Adentramos, então, em problema muito mais complexo, qual seja, a necessidade de mudança na cultura dos atores do campo criminal em geral.

Por mais que a produção legislativa em matéria penal se mostre pautada pelo populismo punitivo, são os aplicadores do direito que lhe dão efetividade, de modo a concretizar tal postura punitivista ou guarnecer os direitos e garantias fundamentais basilares ao Estado Democrático de Direito. Segundo Salo de Carvalho:

“(...) o fenômeno do grande encarceramento que marca a política criminal nacional não está restrito à incorporação do populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas requer, para sua plena efetivação, que os atores com poder de decisão na cena processual penal entendam a diretriz punitivista como legítima, concretizando-a através da racionalidade jurídico-instrumental.”²⁶

A postura do magistrado se mostra fundamental na limitação do poder punitivo, ao passo que é ele quem deve exercer o papel de garante dos direitos fundamentais na relação processual penal.²⁷ Ainda com Salo de Carvalho, podemos perceber que o poder legislativo exerce apenas a criminalização primária, a partir da seleção de condutas e das formas abstratas de punição. De fato, são as agências dos Poderes Executivo (Polícia, Ministério Público e Administração Penitenciária) e Judiciário (Magistratura) que assentam os

²⁶ CARVALHO, Salo. *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. 59-60.

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson. O papel do novo juiz no processo penal. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson (coord.). Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 03-55.

parâmetros de interpretação que efetivarão a incidência do controle penal na sociedade, pautando a criminalização secundária.²⁸

A cultura dominante no campo criminal, permeada pelo punitivismo e pela atitude inquisitória, pode implementar barreiras e obstáculos para a concretização dos objetivos da Lei 12.403/11, ao passo que o rompimento com o paradigma encarcerador se mostra intrincado. A definição da prisão cautelar como última opção, ou seja, medida de extrema excepcionalidade, não parece de fácil aceitação por parte dos atores processuais penais em geral. Ao abordar tal problema, Jacinto Coutinho aponta que:

“O que aparentemente se pretendeu com a Lei nº 12.403/11 tende a não vingar. Mas não porque ela seja má em si, e sim em razão de que temos muito caminho a percorrer até formarmos uma cultura democrática no processo penal, a qual só virá com a reforma global e a mudança efetiva para um processo fundado nas bases do sistema acusatório. Ter-se-á, portanto, que esperar a mentalidade sofrer o câmbio que precisa, e até lá seguimos rezando para os estragos serem os menores possíveis.”²⁹

A necessidade de ruptura com a cultura punitivista e inquisitória é nítida, e, em busca de tal virada de pensamento, a realização de reformas parciais no Código de Processo Penal, como procedida pelo legislador brasileiro nos últimos anos, se mostra um forte empecilho. Tais mudanças pontuais contribuem para a reprodução acrítica das novas disposições legais, de modo a dar continuidade à tradição anterior. Também aqui, segundo Jacinto Coutinho:

“Hoje, porém, não se tem muita dúvida de que as reformas parciais sempre se mostraram desastrosas: aos invés de melhorarem o sistema processual penal, cada vez mais o desestruturam, desgastando aquilo que possibilita o conjunto e a extensão dos efeitos dos atos, ou seja, o nível de força com que cada ato chega aos demais e, assim, o necessário controle, fonte primeira da imprescindível mínima segurança.”³⁰

Como se pode continuar com um Código de Processo Penal, especialmente após os ditames da Constituição de 1988, que na sua exposição de motivos aponta que: “(...) De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna,

²⁸ CARVALHO, Salo. *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. 60.

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson. Lei 12.403/11: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 19, nº 223, junho/2011. p. 04.

³⁰ *Ibidem*, *idem*.

necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.”. Uma reforma integral precisa ser efetivada para que seja buscada a compatibilização com os preceitos constitucionais e com o Estado Democrático de Direito.

O pensamento inquisitório institucionalizado não pode mais ser reproduzido acriticamente, sob pena de inutilização de toda e qualquer tentativa de mudança legislativa. São exemplos de novidades desvirtuadas pela postura dos seus aplicadores a redação dada ao artigo 212 do CPP pela reforma de 2008, que buscou implementar o modelo acusatório no modo de inquirição das testemunhas durante a audiência de instrução;³¹ o debate em torno do momento de recebimento da denúncia, em face do conflito entre os artigos 396 e 399, conforme redação dada também pela reforma de 2008;³² e a implementação do modelo de justiça dialogal pela Lei 9.099/95.³³ Todas estas alterações acabaram desvirtuadas na prática, tornando-se mera letra morta diante da reprodução acrítica do modelo anterior.

Entretanto, é correto Jacinto Coutinho ao afirmar que “ (...) pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar”.³⁴ Certamente a reforma total não será o suficiente, mas pode ser um fomento à ruptura com a cultura punitivista e inquisitória anterior. E, ademais, será tanto mais efetiva quanto maior e mais persistente for a luta empreendida por aqueles que clamam por um processo penal democrático no Brasil.

Considerações Finais

Diante do exposto, aponta-se que os fenômenos da expansão do Direito Penal e do punitivismo, presentes na postura de parte substancial dos atores do campo criminal e

³¹ Sobre isso ver: MAYA, André Machado. A incontrolável tentação dos juízes pela busca da verdade: na pauta o artigo 212 do Código de Processo Penal. *Boletim Informativo IBRAPP*, Rio de Janeiro, ano 01, 2011/02, p. 03-04. Recentemente, parece haver certa irrisignação por parte da jurisprudência superior, que pode retomar o rumo da reforma (ex. STJ REsp 1259482). Ver: LOPES JR., Aury. Ausência do ministério público na audiência de instrução e a postura do juiz à luz do artigo 212 do CPP. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 19, nº 229, dezembro/2011.

³² Sobre isso ver: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 200-203.

³³ Sobre isso ver: CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 94; CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, nº 33, abr.-jun. 2009, p. 9.

clamado por grande parte da sociedade, influenciam³⁵ na percepção do processo penal de modo a desvirtuar garantias fundamentais, que deveriam ser protegidas em um Estado Democrático de Direito.³⁶ Este cenário acarreta marcantes consequências também na esfera processual penal, especialmente em matéria de prisões cautelares, tema deste estudo, ao passo que tais medidas são banalizadas, tornando-se clara antecipação da punição e, assim, instrumento processual diretamente relacionado à expansão do Direito Penal e à cultura punitivista.³⁷

A Lei 12.403/11 surgiu, então, neste contexto atormentante e provocou importantes alterações que podem contribuir para o delineamento de um processo penal democrático no Brasil, mas o sistema de medidas cautelares diversas deve ser analisado de modo crítico, pois, em caso de intensa utilização indevida e sem legitimação adequada, tais inovações podem acarretar a expansão do controle penal, semelhantemente à introdução de penas alternativas no ordenamento brasileiro, ou seja, o objetivo da Lei 12.403/11, reduzir e racionalizar o regime das prisões provisórias no processo penal brasileira, pode acabar distorcido.³⁸

Para que a introdução de medidas cautelares diversas no ordenamento brasileiro tenha como consequência a redução do alarmante número de prisões cautelares, em frontal violação ao princípio da presunção de inocência e à busca de um processo penal democrático, resta clara a necessidade de atenção aos fundamentos para a sua decretação, ou seja, qualquer restrição a direitos do acusado antes de uma condenação definitiva precisa ser fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* (conforme a regra geral do art. 282 e as previsões específicas do art. 319 do Código de Processo Penal).³⁹

³⁵ Sobre isso, ver: GARLAND, David. *Punishment and Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 1990; GARLAND, David. *Culture of Control*. Chicago: University of Chicago Press, 2001; CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

³⁶ Para delimitações preliminares acerca de um Direito Penal e Processual Penal democrático ver, essencialmente: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002; LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

³⁷ Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

³⁸ Sobre isso, ver: APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. *Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão*. Pelotas: Editora Universitária UFPEL, 2011.

³⁹ Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011; BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas Cautelares Alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no*

Por fim, teme-se que a mudança da legislação por si só pode ser inutilizada pela reprodução acrítica dos atores do campo criminal, é fundamental, portanto, uma mudança de cultura na aplicação do poder punitivo, de modo a romper com o pensamento inquisitorial-encarcerador.⁴⁰

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, nº 229, dezembro/2011, pp. 14-16.
- APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. *Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão*. Pelotas: Editora Universitária UFPEL, 2011.
- AROCA, Juan Montero. *Proceso Penal y Libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thomson Civitas, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.
- BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BINDER, Alberto M.. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth (org.), *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- _____. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASARA, Rubens R. R.. *Interpretação Retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas Cautelares e Prisão Processual*. Comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, nº 33, abr.-jun. 2009, pp. 7-9.

Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011.

⁴⁰ Sobre isso, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, nº 33, abr.-jun. 2009, p. 7-9; COUTINHO, Jacinto Nelson. Lei 12.403/11: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, nº 223, junho/2011. p. 04; CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- _____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n° 01, 2001, pp. 26-51.
- _____. Lei 12.403/11: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro Ciências Criminais*, ano 19, n° 223, junho/2011. p. 04.
- _____; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*. Dramas, Princípios e Alternativas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011.
- GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: a study in social theory*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- _____. *Culture of Control*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/01 – Leis dos Juizados Especiais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 39, São Paulo, ano 10, jul.-set./2002, p. 148-174.
- LARRAURI, Elena. La Economía Política del Castigo. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia*, v. 11, n. 06, 2009, pp. 06:1-06:22.
- _____. Nuevas tendencias en las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, 2005, pp. 66-87.
- LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- _____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- _____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- _____. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático*. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. As reformas processuais penais introduzida pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora RT, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal*. Lei n° 12.403, de 05 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. 3ª edição. Madrid: Edisofer, 2011.

UM OÁSIS no deserto punitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, nº 223, jun./2011, p. 01.

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

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