

## PRISÃO PREVENTIVA E A LEI N.º 12.403/11. A OUTRA FACE DA PROPORCIONALIDADE.

Charles Emil Machado Martins\*

**Resumo:** O objetivo do texto é analisar o novo tratamento dado à prisão preventiva pela Lei n.º 12.403/11, o que será feito dentro da noção de que a proporcionalidade possui uma dupla dimensão (“proibição de excesso” e “proibição de deficiência”), bem como levando em consideração que o processo penal é um instrumento bifronte (que visa, de um lado, proteger bens jurídicos, tornando viável a punição estatal daqueles que os violam, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais). A partir dessa dupla perspectiva, almeja-se apontar a exigência constitucional de se buscar um ponto de equilíbrio entre os princípios constitucionais processuais penais, que protegem o indivíduo arguido (investigado ou acusado) de excessos do Estado na persecução penal, e a exigência de se dar eficácia ao Direito Penal, enquanto instrumento de manutenção da paz social, protetor de valores elementares à vida comunitária, em consonância com os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade justa, em que haja a defesa do bem de todos (art. 3º da CF).

**Palavras-chave:** prisão preventiva; proporcionalidade; eficácia da persecução penal.

**Abstract:** This text aims to analyze the new treatment given to the protective custody by the Law nº 12.403/11, by presenting the notion that proportionality has a double dimension (“excess prohibition” and “deficiency prohibition”), as well as taking in consideration that the penal process is a two-faced instrument (that on one hand aims to protect legal assets, making the state punishment feasible to those who violate it, and on the other hand, to serv as an effective instrument to guarantee the individual rights and liberties). From this double perspective, we want to point the constitutional demand of searching for a balance, between the constitutional penal process principles, that protect the defendant individual (investigated or accused) of states excesses in the penal persecution and the demand to give efficacy to the penal code while maintenance instrument of social peace, protector of elementary values to the daily life in society, according to the fundamental objectives of building a fair society in which there is the defense of the greater good (art. 3ª Brazilian Federal Constitution).

**Key words:** protective custody; proportionality; efficacy of the penal persecution.

\* Promotor de Justiça/RS, Mestre em Direito pela UNISC, Professor de Processo Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 69	maio 2011 – ago. 2011	p. 101-121
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

## Introdução

A Lei n.º 12.403/11 faz parte do ciclo de reformas pontuais do Processo Penal, iniciado em janeiro de 2000, a partir da instituição da Comissão integrada pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, que a secretariou, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauri Tucci e Sidney Beneti.

Os trabalhos da referida comissão foram divididos em duas etapas, sendo, primeiramente, elaborados onze anteprojetos, que guardavam correspondência com outros projetos que haviam sido elaborados em 1994, por anterior Comissão do Ministério da Justiça, presidida por Sálvio de Figueiredo Teixeira, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, os quais acabaram sendo retirados do Congresso Nacional a pedido do próprio governo. Naqueles anteprojetos foram feitas modificações significativas, muito embora oito membros da epitetada “Comissão Pellegrini” tivessem participado da comissão anterior.

Finalizando esta primeira etapa, foi promovido um amplo debate, em nível nacional, com a participação de vários seguimentos envolvidos na persecução penal, cujo ponto alto aconteceu por ocasião da III Jornada Brasileira de Direito Processual Penal, ocorrida em Brasília, nos dias 23 a 26 de agosto de 2000. Em um segundo momento, a partir da análise de todas as críticas e sugestões apresentadas durante o aludido debate público, os textos dos anteprojetos foram significativamente alterados, sendo remetidos ao Congresso Nacional, surgindo o Projeto de Lei n.º 4.208/01 que passou a tramitar a passos lentos no Congresso Nacional, muito embora o pedido de urgência feito pelo Líder do Governo, no início de 2002.

Somente em 2004, juntamente com alguns outros apresentados pela “Comissão Pellegrini”, o Projeto de Lei n. 4.208/01 foi reconhecido e apontado como essencial à modernização do processo penal pelo “*1º Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano*”, compromisso firmado pelos chefes dos três Poderes da República para racionalização da prestação jurisdicional. Mesmo assim, a proposta ainda foi objeto de intensos debates e discussões até ser aprovada.

Diante dessa síntese histórica, é fácil concluir que a Lei n.º 12.403/11 não pode ser enquadrada no que se convencionou denominar de “legislação de emergência”, pelo contrário, tendo como paradigma modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal, ela é fruto de profundo e demorado debate que procurou sistematizar e atualizar o tratamento da prisão,

das medidas cautelares pessoais e da liberdade provisória, com ou sem fiança, bem como superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com anteriores reformas pontuais, as quais, rompendo com a sua estrutura originária, desfiguraram tenebrosamente o sistema processual anterior, a exemplo das alterações introduzidas pela Lei n.º 6.416/77, a partir da qual a fiança passou de instituto central no regime de liberdade provisória, a só servir para poucas situações concretas.

Nessa linha, as principais alterações almejadas com a reforma foram: **a)** o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares pessoais e da liberdade provisória; **b)** o aumento do rol destas medidas, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória; **c)** manutenção da prisão preventiva, de forma genérica pela conveniência da instrução do processo e para garantia da execução da pena e, de maneira especial, para garantia da ordem pública; **d)** impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar; **e)** valorização do instituto fiança.

Naturalmente, o processo legislativo alterou, em pontos polêmicos, a redação original do referido projeto de lei, sendo que o grande desafio do legislador reformista foi dar maior efetividade às garantias constitucionais do cidadão frente ao poder punitivo do Estado, adequando o Código de Processo Penal à Constituição Federal de 1998, sem descurar da eficácia da persecução criminal. Nessa empreitada, como era de se esperar, o resultado produzido, a Lei n.º 12.403/11, tornou-se passível de toda sorte de críticas, dividindo os juristas que se dedicaram à sua análise, alguns comemorando o reforço das garantias individuais dos investigados e processados, outros criticando supostos excessos que, para eles, podem aumentar a impunidade já existente no país.

Entre estes dois extremos, o presente ensaio parte da convicção de que, muito embora não seja perfeita (como de resto nenhuma obra humana é), se utilizada com razoabilidade, a reforma servirá a toda sociedade, e não apenas aos acusados em geral. Será o intérprete do direito que vai definir para qual finalidade ela se prestará.

## **2 O duplo viés da proporcionalidade**

Todos os estudiosos da Lei n.º 12.403/11 destacam a utilização da proporcionalidade<sup>1</sup> na essência da reforma por ela implementada, pondo

<sup>1</sup> Em virtude dos estreitos limites desta quadra, não se entrará na discussão sobre a natureza jurídica da proporcionalidade, se é princípio, sobre-princípio, máxima ou postulado, tampouco se ela está positivada ou subjacente em nossa Constituição.

em destaque o objetivo de coibir eventuais excessos de cautela, por parte do Estado, durante a persecução criminal. Tornou-se lugar comum, pois, uma interpretação da reforma sob o prisma que se convencionou designar de “garantismo negativo”, ou seja, privilegiando a perspectiva de defesa dos direitos fundamentais do indivíduo frente ao Estado.

Sem embargo, a proporcionalidade não pode ser compreendida sob a exclusiva ótica da preocupação com a “proibição de excesso” do Estado, visto que, igualmente, o legislador e a legislação (por conseguinte) estão vinculados aos “direitos de proteção” que todos os cidadãos tem perante o Estado, os quais, nas palavras de Robert ALEXY, são os “direitos do titular de direito fundamental frente ao estado para que este o proteja de intervenções de terceiros”<sup>2</sup>, gerando correlatos “deveres de proteção do Estado”, o que encontra desdobramento na assim chamada “proibição de proteção insuficiente”.

Em solo pátrio, Ingo SARLET foi precursor em trazer esse contexto para o direito penal material e para o processo penal, vinculando os “direitos de proteção” à teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, ponderando que: *“A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal...”*<sup>3</sup>

Dito de outro modo, a proporcionalidade possui uma dupla face no âmbito do Direito Penal:<sup>4</sup>

- a) A primeira, e mais tradicional, é a de “proibição de excesso”, que limita o poder punitivo do Estado em prol da garantia de integridade física e moral dos cidadãos investigados e/ou acusados, visando garantir, de uma modo especial, máxima efetividade aos direitos individuais fundamentais (direitos de defesa do indivíduo perante o Estado);
- b) A segunda, mas não menos importante, é a função de “proibição de deficiência” no âmbito do direito penal material e processual. Essa dimensão visa dar efetividade aos direitos sociais fundamentais, na

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo. Editora Malheiros. 2008. p. 430.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais: entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris. Ano XXXII, n.º 98, junho/2005. p. 107.

<sup>4</sup> A respeito: FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2005.

compreensão de que a violação dos direitos individuais não parte apenas do Estado, mas também de outros cidadãos, sendo obrigação estatal proteger *todos* que estão sub-rogados ao monopólio do poder punitivo (direitos de proteção da sociedade).

Essa dupla dimensão da proporcionalidade, criada e desenvolvida no Direito Alemão, visa assegurar uma coexistência livre, pacífica e ordeira em sociedade, mediante a proteção de todos, dos “humanos direitos” e daqueles que se encontram “em conflito com a lei”, no que pode ser denominado de “humanismo integral”.

Nesse diapasão, vem a calhar a conclusão de Claus ROXIN: “*De tudo isso resulta: em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração justa e eficiente, um sistema monetário e de impostos saudável, uma administração livre de corrupção etc.) sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor*”.<sup>5</sup>

De fato, o Estado (Social) Democrático de Direito é caracterizado por um “garantismo positivo”, em que se destaca a função estatal de promover e criar condições de igualdade e liberdade, por meio do reconhecimento de novos direitos fundamentais de caráter econômico e social, que são agregados aos tradicionais direitos individuais. Trata-se, pois, de um Estado orientado a implementar condições de possibilidade para a “consecução do bem comum”.

Em resumo, no Direito Penal, em virtude do seu inerente conflito entre a liberdade do indivíduo arguido e a garantia da segurança pública, a proporcionalidade somente se concretiza quando o legislador e o julgador balizam suas escolhas ponderando as duas dimensões da proporcionalidade, de modo a dar máxima efetividade tanto aos direitos individuais quanto aos direitos sociais fundamentais, finalidade e *ratio essendi* do Estado Democrático de Direito.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Porto Alegre. Livraria do Advogado, Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2009/2006. pp. 17-18).

### 3 A proporcionalidade nos critérios e fundamentos da prisão preventiva

Em nosso sentir, a Lei n.º 12. 403/11 levou em boa medida a dupla dimensão da proporcionalidade, adotando os critérios indicados pela doutrina para a ponderação dos interesses postos em debate no processo penal, logo, se interpretada de forma sistemática e razoável, certamente garantirá a preservação do equilíbrio entre os valores da defesa da segurança pública e a defesa das liberdades individuais.

Nesse sentido, partindo da ótica da “proibição do excesso”, a nova redação dada ao art. 283 CPP estabelece **um pressuposto** objetivo para aplicação de todas as cautelares pessoais previstas no Título IX do CPP<sup>6</sup> ao estabelecer que elas “*não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade*”, com o que o legislador buscou estabelecer, razoavelmente, uma *homogeneidade* (ou simetria) entre o provimento cautelar e o provimento final (sentença), pois, via de regra, o “mal necessário” imposto durante o curso do processo não pode ser maior do que aquele que, eventualmente, será infligido ao acusado quando do seu término.

Porém, a adoção da proporcionalidade pelo legislador reformista pode ser detectada especificamente no art. 282 CPP, que institui **dois critérios<sup>7</sup> de ponderação no momento da avaliação e aplicação de tais medidas cautelares. O primeiro critério é a necessidade** para: a) a aplicação da lei

<sup>6</sup> As quais abrangem várias modalidades de restrições à liberdade individual, desde a mais grave, que é a prisão, até as mais leves, nominadas ou não no art. 319, pois, ante a riqueza de situações que mundo da vida nos apresenta, o confinamento das providências cautelares penais às hipóteses expressamente previstas em lei, sob o frágil argumento de “obediência ao princípio da legalidade”, não parece razoável, visto que elas têm natureza processual e, assim, estão abertas aos termos do art. 3º do CPP, comportando aplicação analógica, o que torna possível a aplicação, no processo penal, da regra prevista art. 798 CPP. Nesse sentido, é a jurisprudência do STF, vg: (...) Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada. (HC 94147 RJ, Relator: Ellen Gracie, Data de Julgamento: 26/05/2008, Segunda Turma)

<sup>7</sup> Adequação e necessidade são considerados critérios da proporcionalidade pela jurisprudência alemã, engendrada a partir do Direito Administrativo. Daí porque preferiu-se essa nomenclatura. No doutrina pátria, todavia, a terminologia utilizada para se referir a esses critérios que compõem a proporcionalidade é variável, pois alguns os chamam de pressupostos ou requisitos, enquanto outros a eles se referem como subprincípios da proporcionalidade.

penal; b) a investigação ou instrução criminal; c) evitar a prática de infrações penais. O segundo é a *adequação*, aferível diante: a) da gravidade do crime; b) das circunstâncias do fato; c) das condições pessoais do investigado ou acusado.

A partir destes critérios, é possível concluir-se que, dentro das dimensões dos **três tradicionais fundamentos cautelares da prisão preventiva**, expressos no caput do art. 312 CPP (*garantia da aplicação da lei penal; conveniência da investigação ou da instrução criminal, e garantia da ordem pública*),<sup>8</sup> o encarceramento preventivo somente poderá ser imposto quando houver a necessidade de uma cautelar pessoal durante a persecução e as demais medidas restritivas da liberdade, diversas da prisão, revelarem-se insuficientes.<sup>9</sup>

Logo, não se pode deixar de reconhecer que o legislador reformista, adotando aludido pressuposto e dentro dos critérios e fundamentos que estabeleceu, levou em acentuada consideração a “proibição de excesso” no uso das medidas cautelares, preocupando-se de forma especial com a prisão preventiva, ao reconhecer que, a princípio, a legitimidade de tal segregação *ante tempus* repousa no seu caráter instrumental, devendo ser utilizada apenas como *extrema ratio da ultima ratio*, ao determinar que ela somente pode ser adotada “em último caso” (art. 282, § 4º, CPP). Ademais, na medida em que, via de regra (art. 310, II),<sup>10</sup> a prisão em flagrante não subsistirá por si só, restou reforçada a natureza jurídica da preventiva como “genuína prisão cautelar”, única a atuar, verdadeiramente, como “instrumento do instrumento”, visto que se destinará ao resguardo da efetividade do processo, enquanto meio necessário para a prestação jurisdicional, mediante a proteção da pretensão punitiva, ou da prova.

Nada obstante, a outra faceta da proporcionalidade, a da “proibição de deficiência” (cujo enfoque é esquecido pela maioria dos doutrinadores que comentam a lei), pode ser identificada na manutenção da prisão preventiva como instrumento de proteção da “ordem pública”, fundamento em que

<sup>8</sup> Entende-se inadequado reconhecer na “garantia da ordem econômica” um fundamento independente para a prisão preventiva. Quando presente, ele se desloca para o fundamento proteção da ordem pública, da qual a ordem econômica é espécie. Nesse sentido, por todos: NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 423.

<sup>9</sup> Há, todavia, um fundamento adicional para a decretação da preventiva, introduzido pelo parágrafo único do artigo 312: a ineficácia de qualquer outra cautelar, considerada inicialmente necessária e adequada. A seu respeito, trataremos em seguida.

<sup>10</sup> A exceção, segundo jurisprudência majoritária do STF, são os crimes inafiançáveis, conforme já tivemos oportunidade de demonstrar: MARTINS, Charles Emil Machado. Crimes inafiançáveis: uma interpretação da Lei nº 12.403/11 à luz da jurisprudência do STF. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2926, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19476>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

nitidamente o cárcere provisional possui a natureza jurídica de “*medida de segurança predelitual*”, para se usar a expressão cunhada por Alberto M. BINDER,<sup>11</sup> visto que, estando intimamente ligado aos critérios de adequação do art. 282 CPP, busca evitar a prática de outras infrações penais, levando em consideração a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e a “periculosidade” do agente.

Vale dizer, sob este fundamento, a prisão preventiva não se traduz em “genuína prisão cautelar”, porque falta, na espécie, referência instrumental ao direito discutido no processo penal principal, caracterizando-se, portanto, a minguada de outro instituto específico no ordenamento jurídico pátrio, como uma verdadeira “medida de segurança social”, em que o Poder Judiciário, enquanto garante dos direitos fundamentais de todos, ponderando os valores constitucionais em confronto (defender o arguido de uma persecução estatal desmesurada *versus* proteção da ordem pública ante eventual periculosidade do agente), resolve resguardar a sociedade do risco de maiores danos, não se devendo falar, portanto, em “antecipação da pena”, mas sim em gerenciamento judicial dos riscos que a liberdade do indivíduo representa.

É bem verdade que, em virtude desta ausência de cautelaridade processual e pela abertura interpretativa que a expressão oferece, a legitimidade do fundamento da “garantia da ordem pública” é contestada por parte da *intelligentsia* jurídica nacional, sendo acoimado, inclusive, de “inconstitucional” e “antigarantista”.

Almejando evitar a ambiguidade na interpretação do que vem a ser “ordem pública”, a “Comissão Pellegrini” apresentou o seguinte texto para o art. 312: “*A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa*”.

Tal redação, todavia, restringia demasiadamente o conceito de “ordem pública” ao “risco de reiteração” e aos crimes violentos, portanto o processo legislativo, atento à realidade da vida como ela é, manteve a fórmula tradicional, acatando as críticas formuladas pelo Deputado Federal Luiz Antonio Fleury Filho, que destacou que a redação proposta no projeto original “*além de omitir o tráfico, não substitui convenientemente o que foi suprimido, bastando imaginar que o autor de um crime extremamente grave, desde*

<sup>11</sup> BINDER, Alberto M. Introdução ao Direito Processual Penal. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2003. p. 150.

que não demonstre intenção de reincidir, não mais poderá ser preso, sendo irrelevante a intranquilidade que sua conduta tenha gerado na comunidade”.<sup>12</sup>

Realmente, muito embora a “garantia da ordem pública” seja uma expressão fluída e vaga (e sendo certo que todo significado depende do intérprete), é possível buscar-se no Dicionário Político, de Norberto BOBBIO *et alii*, uma definição que a compreende sob dois aspectos distintos e igualmente relevantes, a ordem pública material e a ordem pública constitucional. A primeira, dada pela circunstância fática, servindo “(...) como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento”. Explicando-se, que a segunda “(...) constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva (...)”.<sup>13</sup>

Assim, se a convivência social ordenada e segura estiver seriamente abalada pela periculosidade do agente, aferida a partir de dados concretos existentes nos autos, não há “antigarantismo” na preventiva pela ordem pública, pois neste caso estarão em risco valores constitucionais igualmente relevantes, afinal como diz Lenio STRECK: “*Trata-se daquilo que Alessandro Baratta denominou de política integral de proteção dos direitos, o que significa definir o garantismo não somente em sentido negativo como limite do sistema positivo, ou seja, como expressão dos direitos de proteção relativamente ao Estado, senão também como garantismo positivo.*” Afinal, nesta quadra da história, para além da “da proibição do excesso” é possível afirmar que o Estado de Direito não pode se demitir da sua função de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades de todos cidadãos.”<sup>14</sup>

Com efeito, o Direito, mesmo sendo um sistema pautado pela regra (no caso, a propalada “regra da liberdade”), não deve se fechar às exceções, inerentes ao alto grau de complexidade do sistema social e à imensurável diversidade de fatos que a vida nos apresenta, visto que, na contemporaneidade, a existência do risco, como elemento nuclear da organização social, exige um novo olhar do operador do Direito.

<sup>12</sup> Voto em separado apresentado à CCJ na Câmara dos Deputados em 2002. Disponível em [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=26558](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=26558).

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 8ª Ed. UnB: Brasília. DF. p. 851.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz; A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n 53. Porto Alegre. Metrópole. 2004. p. 241.

Logo, o concreto risco que a periculosidade do arguido eventualmente representa para outros membros da sociedade não pode ser considerado um dado periférico ou menor na análise do que é constitucionalmente adequado, pois o intérprete – atento ao caráter preventivo da lei penal – deve evitar a defraudação de expectativas normativas institucionalizadas e/ou a violação de bens jurídicos essenciais à convivência em sociedade, minimizando o risco de arrependimento em virtude da falta de uma adequada ponderação de valores constitucionais no momento da decretação de uma prisão preventiva fundamentada na “ordem pública”, o que nada mais representa que a gerência de riscos em face de possíveis danos futuros, individuais ou sociais, por vezes irreparáveis.

Esta problemática foi abordada, de um modo específico, por André P. SERRETTI, o qual afirma que o tecido social compreende certos riscos como toleráveis e outros não, institucionalizando tal percepção como expectativa normativa. Os riscos aceitáveis estão geralmente relacionados à baixa lesividade daquelas condutas que os representam (riscos inerentes ao tráfego), já os riscos inaceitáveis são representados por condutas que atacam a vigência das mais elementares expectativas sociais. Não se podendo deixar de concordar com o referido autor quando entende “*serem inaceitáveis os riscos referentes à liberdade daqueles que não apresentam predisposição individual à adequação ao modelo social no qual estão inseridos, referente ao respeito às expectativas normativas institucionalizadas (ou respeito aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal), observado quando vislumbrado com certo grau de determinação, que tais indivíduos estão propensos à prática de novos crimes (...) Assim, podemos definir um esquema de observação da realidade no qual se pode, em princípio, calcular todas as decisões sob o ponto de vista da probabilidade de ocorrência do dano consistente no risco ao funcionamento do sistema social (ou risco de lesão a bens jurídico-penais), objetivando evitar os referidos danos. Consoante tal modelo, podemos também diferenciar os riscos toleráveis, condizentes com determinado sistema social e coerentemente justificáveis, dos riscos intoleráveis, que representam maior custo do que benefício ao funcionamento do sistema social e à vida em sociedade.*”<sup>15</sup>

Isso nada tem a ver com suposto dom da “vidência por parte dos julgadores”, mas sim, da necessidade de reconhecer a possibilidade, em face de base empírica concreta, do risco que a liberdade do arguido representa para a convivência social ordenada, e não de suposto dano social que a sua liberdade poderia vir a causar, pois seguindo com SERRETTI: “*Não se trata*

<sup>15</sup> Em busca de um conceito funcionalista de ordem pública no processo penal brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 90, 01/07/2011 [Internet]. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9786](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9786). Acesso em 18/08/2011.

de tentar prever o futuro, mas sim de, no presente, definir o quanto de perigo a liberdade de um indivíduo representa para a sociedade. Dano e perigo são conceitos distintos e que requerem meios distintos de valoração, que pode ser lícita e constitucional. Na valoração do risco, processo eminentemente sociológico, no caso em questão, faz-se necessário um juízo de probabilidade, e não de certeza (...).”<sup>16</sup>

Obviamente que matéria tão complexa e intuitivamente sujeita à subjetiva interpretação enseja todo o cuidado e pormenorizada análise do caso concreto, mas não é por isso que se deve recusar a decretação de prisão para garantia de ordem pública, tanto assim que, a despeito das críticas feitas a este fundamento, ele sempre teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF, o qual reiteradamente decide que a prisão preventiva pela ordem pública é legítima à salvaguarda do meio social, violentado pela gravidade do crime, aferida pelo *modus operandi* na prática do crime, ou pelo concreto risco de reiteração criminosa.<sup>17</sup> Para além disso, no julgamento do HC 80.717/SP, cujo paciente era o ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, o Pleno do STF firmou o entendimento de que o sério abalo à respeitabilidade das instituições e o aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência são, sim, argumentos válidos para o encarceramento cautelar, reconhecendo, portanto, a legitimidade do decreto da preventiva em crimes sem violência à pessoa, quando posta em xeque “a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário, quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal”.

Em que pese a importância deste precedente, afinal foi julgado pela composição plena da mais alta Corte do país, ele é sistematicamente relegado ao olvido pela doutrina quando da abordagem da constitucionalidade da prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, valendo destacar que não se trata de precedente isolado, visto que a “credibilidade da justiça” seguiu sendo interpretada como base idônea à prisão preventiva, como se pode ver na Questão de Ordem suscitada no Habeas Corpus (HC-QO) 85.298/SP, em que figurava como paciente Law Kin Chong, quando a Primeira Turma lembrou que: “O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.717, fixou a tese de que o sério agravo à credibilidade

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Nesse sentido, a respeito da gravidade concreta, em ambas as turmas: STF, 1ª T., HC 97462, Relª. Minª. Cármen Lúcia, j. em 24/03/2010, DJe de 23-04-2010; STF, 2ª T., HC 100899, Rel. Min. Eros Grau, j. em 02/02/2010, DJe de 30-04-2010 e STF, 1ª T. Nesse sentido, a respeito do risco de reiteração, em ambas as turmas: Precedentes: HC 104699/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 26/10/2010, Primeira Turma; HC 99497/PE, Rel. min. Eros Grau, Julgamento: 11/05/2010, Segunda Turma.

*das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública (...) Questão de ordem que se resolve no sentido do indeferimento da liminar.”*

Verdadeiramente, é sabido o Direito Penal também atua mediante prevenção geral, como estímulo e renovação da confiança no Direito, na preservação de *valores elementares* na comunidade juridicamente organizada. Entretanto, se o Direito Penal é contrafeito e se, por imperativo do devido processo penal, sempre haverá um lapso temporal para a aplicação da sanção nele prevista, nesse interregno constitucionalmente indispensável, a previsão de uma prisão anterior à condenação também poderá ser legitimada pela preservação dos valores elementares da vida comunitária, devendo ser invocada, se concretamente necessária, a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública, fundamento que, de resto, está presente nas mais diversas legislações do mundo ocidental, pelas mais variadas razões, como se pode ver, por exemplo, no art. 204 do CPP português, no § 112 do StPO (CPP alemão), no art. 503 da LECr. (Espanha) e no art. 274 do CPP italiano.

Em epítome, ao manter a “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva e ao estabelecer a gravidade do crime; as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente como critérios objetivos para a decretação da prisão preventiva, o legislador reformista obrou em sintonia com o direito comparado e com a jurisprudência de nossa Corte Constitucional, afinal, como esta já proclamou, em diversas oportunidades, no Estado Democrático de Direito não existem princípios ou direitos absolutos, o que permite, à luz da dupla face da proporcionalidade, a coexistência da presunção de inocência e a preservação cautelar da ordem pública.

#### **4 A individualização da prisão preventiva e a interpretação sistemática como instrumentos de superação da insuficiência normativa**

Muito embora a ausência deste outro enfoque da proporcionalidade por parte da maioria da doutrina quando trata de abordar os critérios e fundamentos da prisão preventiva, estabelecidos pela reforma implementada pela Lei 12.403/11, é possível verificar-se que o legislador também não descuroou da face “da proteção eficiente” ao instituir os **quatro requisitos legais** de admissibilidade, propostos na nova redação do artigo 313 CPP.

Efetivamente, note-se que o segundo requisito previsto no art. 313 CPP viabiliza a prisão preventiva, independente da quantidade pena máxima

cominada ao delito, se o agente “tiver sido condenado por *outro* crime doloso, em sentença transitada em julgado”, desde que não tenha operado o prazo de caducidade de cinco anos, previsto no art. 64 CP, igualmente o terceiro tem em mira a peculiar condição em que se encontra pessoa da vítima, estando ambos em consonância com a “proibição de proteção deficiente”, nessa quadra ressaltada, pois levam em consideração *a periculosidade do agente e/ou a hipossuficiência da vítima*. De igual modo, o último requisito, introduzido pelo parágrafo único do artigo 313, permite a prisão preventiva como instrumento de pressão do autor do delito que não queira se identificar ou cuja identidade seja duvidosa.

Nada obstante, todo o debate é centrado na inserção do primeiro requisito, de ordem objetiva, disposto no inc. I do art. 313 CPP, o qual estabelece que a decretação da prisão preventiva somente será admitida “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”, o que fez surgir, na mídia, duras críticas à Lei n.º 12.403/11, afirmando-se que a reforma por ela proposta dificultará sobremaneira a decretação da prisão preventiva, destacando-se o favorecimento aos denominados “criminosos do colarinho branco”, os quais, por praticarem crimes sem violência ou grave ameaça, com penas inferiores a quatro anos, dificilmente serão submetidos à prisão preventiva.

Como expoente dessa crítica, pode-se citar a opinião de Fausto M. DE SANCTIS, o qual reputa que, com vigência deste requisito, restará afastada a possibilidade de preventiva em casos de consumação de crimes graves, tais como “o crime de quadrilha ou bando; autoaborto; lesão corporal dolosa, ainda que grave; maus tratos; furto; fraude; receptação; abandono de incapaz; emprego irregular de verbas públicas; resistência; desobediência; desacato; falso testemunho e falsa perícia; todos os crimes contra as finanças públicas; nove dos dez crimes de fraudes em licitações (o remanescente tentado), contrabando ou descaminho.”<sup>18</sup>

DE SANCTIS aponta, ainda, a inviabilidade de preventiva na hipótese de tentativa de outros crimes graves, como “homicídio, ainda que qualificado; infanticídio; aborto provocado por terceiro; lesão corporal seguida de morte; furto qualificado; roubo; extorsão; apropriação indébita, inclusive previdenciária; estupro; peculato; corrupção passiva, advocacia administrativa e concussão; corrupção ativa e lavagem de dinheiro. Também estariam afastados da prisão os autores de crimes ambientais e de colarinho branco –

<sup>18</sup> “A blindagem do crime econômico.” Opinião Jurídica, disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impresso/legislacao-tributos/106/421221/a-blindagem-do-crime-economico>. Acesso em: 18/11/2011.

sejam consumados ou tentados – e ainda parte dos crimes previstos na Lei de Drogas, inclusive os casos de fabricação, utilização, transporte e venda tentados.” Questionando, ironicamente, se a Lei nº 12.403/11 não “Seria o direito penal do amigo?” e concluindo que “a prisão estará praticamente inviabilizada no país” aos “criminosos do colarinho branco”.<sup>19</sup>

Não é para tanto. Na realidade, se a disposição em comento também for interpretada de forma sistemática e à luz da dupla face da proporcionalidade, ela não será assim tão nociva aos interesses da sociedade, tampouco alterará significativamente a realidade anteriormente existente, pois, em que pese o fato de o legislador, nitidamente, ali ter almejado a atuação da proporcionalidade à ótica da “proibição do excesso”, isso não significa que a sua disposição normativa não possa ser submetida a controle jurisdicional acerca da proporção nela contida, de modo a evitar “proteção deficiente”. Isso não é apenas possível, mas, sobretudo, recomendável quando se percebe que a dicção legal, vista de modo isolado, não atende o objetivo almejado pela reforma como um todo.<sup>20</sup>

Efetivamente, não pode haver dúvidas de que, com a aludida disposição, a pretensão do legislador foi “proibir o excesso”, compatibilizando a prisão preventiva com as penas alternativas, ao inviabilizar a decretação de prisão preventiva quando se antevê que o arguido, se condenado, não irá para prisão, pois será beneficiado com cumprimento da pena em regime aberto (desde que não reincidente, *ut* art. 33, § 2º, “c”, CP), ou com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (exceto quando o delito for cometido com violência ou grave ameaça, ou quando o autor for reincidente e estiverem ausentes os requisitos do art. 44, § 3º, CP).

Muito embora seja de todo louvável essa harmonização – que, no tratamento específico da prisão preventiva, reforça o supramencionado pressuposto da homogeneidade ou simetria, estabelecido para todas as medidas cautelares no art. 283, I, CPP –, **há que se ter em mente**, primeiramente, o que Guilherme de Souza NUCCI denomina de “*individualização da medida cautelar*” ao afirmar que a premência “*do vínculo entre as medidas cautelares e a proporcionalidade, ou seja, tal como se fosse uma autêntica*

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Aliás, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou nesse sentido por ocasião do julgamento do HC 94.404/SP, quando decidiu “o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal. Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário, aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar.” O enfoque da Excelsa Corte neste precedente foi a “proibição do excesso”, isso não significa, entretanto, que a orientação não possa utilizada em prol da “proibição de deficiência”.

*individualização da pena, deve-se analisar o fato, seu autor, em detalhes, para aplicar a mais adequada medida cautelar restritiva de liberdade”.*<sup>21</sup>

Deveras, a individualização da pena não é levada em consideração apenas na sentença condenatória, mas também em momentos processuais anteriores, nos quais o juiz se vale do cálculo da pena para tomar decisões, podendo-se citar como exemplos a análise da competência; do procedimento a ser adotado e da concessão de benefícios despenalizadores previstos na Lei 9.099/95. Em todos esses momentos, sem ofensa alguma ao princípio da presunção da inocência, o juiz utiliza como parâmetro uma “dosimetria endoprocessual” da pena aplicável ao delito imputado, guiado pela denominada “teoria da asserção”, pela qual sua decisão é feita com base nas alegações feitas na denúncia (desde que a acusação possua justa causa, por óbvio), as quais deverão ser tidas como verdadeiras até o exame definitivo, no juízo de mérito.

Daí porque entende-se que o juiz deve levar em consideração a regras de aplicação de pena também na análise do *quantum* de pena previsto no inc. I do art. 313 CPP. É dizer, no momento de avaliar o cabimento da prisão preventiva, o juiz deverá levar em consideração a eventual existência de causas gerais e especiais de aumento de pena e/ou a soma ou exasperação prevista na hipótese de concurso de crimes. A esse respeito, paradigmáticas são as Súmulas 243 e 81 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>22</sup>

Exemplo cotidiano encontra-se no furto simples, que isoladamente possui pena máxima de 4 (quatro) anos, o que a princípio torna impossível a prisão preventiva, porém, ele terá aumento de um terço se for praticado durante o repouso noturno, restando viabilizada, em termos objetivos de apreciação da pena em abstrato, o decreto da prisão cautelar. No mesmo norte, por exemplo, o crime continuado: se o arguido praticar dois ou mais crimes de furto em situações que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, os subseqüentes devem ser havidos como continuação do primeiro, será possível o decreto da prisão preventiva, em virtude da previsão de aumento da pena de um sexto a dois terços (art. 71 CP).

Desse modo, de antemão, considerando a futura fixação da pena, o juiz corrigirá topicamente a deficiência da lei, fazendo defluir resposta estatal adequada, evitando que direitos fundamentais e bens jurídicos tutelados pela norma penal fiquem a descoberto, alinhando, no caso concreto, o requisito

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 28.

<sup>22</sup> Respectivamente: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.” E “Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.”

do inc. I do art. 313 CPP à ideia de “individualização da medida cautelar” proposta por NUCII, afinal é sabido que o legislador nem sempre consegue dispor de modo sistemático e coerente o que pretende.

Ainda na mesma ordem de idéias, mas já em outro enfoque, igualmente há que se atentar que a *ratio essendi* da prisão cautelar é muito distinta da finalidade da “prisão pena” e, portanto, certamente haverá casos em que a situação processual recomendará a decretação de prisão preventiva, mesmo quando o juiz vislumbre a possibilidade de aplicação de pena alternativa em sentença. Eis o porquê do legislador ter introduzido, no parágrafo único do artigo 312 CPP, um fundamento adicional para a decretação da preventiva: a ineficácia das outras medidas cautelares. Logo, independentemente da pena privativa de liberdade máxima cominada ao delito, será permitido o decreto da prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das medidas cautelares diversas da prisão (art. 282, § 4º).

A respeito, como PACCELI,<sup>23</sup> há que entender que existem três situações distintas em que poderá ser imposta a prisão preventiva: **a)** *por conversão* da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); **b)** de *modo autônomo*, independentemente de prévia medida cautelar, a qualquer momento da fase de investigação ou do processo (art. 311, CPP), e **c)** *por substituição* de medidas cautelares anteriores, eventualmente descumpridas (art. 282, § 4º, CPP).

Nas suas primeiras situações, a prisão preventiva dependerá da presença dos tradicionais fundamentos cautelares do art. 312, bem como dos requisitos legais do art. 313. Já na terceira situação, denominada por PACCELI de “*subsidiária*”, bastará o descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta, independentemente dos requisitos do art. 313 CPP, afirmando “*ser essa a única conclusão possível, sob pena de não se mostrarem efetivas as medidas cautelares diversas da prisão, nos casos em que a pena cominada ao crime doloso seja igual ou inferior a quatro anos (o teto estabelecido no art. 313, I). A prisão preventiva para garantir a execução das medidas cautelares, portanto, não se submete aos limites do art. 313, CPP.*”<sup>24</sup>

No mesmo toar é o posicionamento doutrinário de NUCCI, para quem a análise sistemática da novel legislação indica que a prisão preventiva pode ser decretada para todas as hipóteses de descumprimento das obrigações fixadas por medidas cautelares alternativas, válidas para qualquer espécie de delito, independente do *quantum* máximo de pena privativa de liberdade

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Atualização do Processo penal. Separata da 14ª edição dos Comentários ao Código de Processo Penal. Belo Horizonte. Editora Lumen Juris. 2011. p. 33.

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais. 2011. p. 69.

que lhe for cominado, visto que: “As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento de cadeias. Porém, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282 § 4º, parte final, do CPP, pode-se decretar a preventiva, como última opção. Assim sendo, soa-nos válida a hipótese para qualquer espécie de delito.”

Interpretação diversa conduziria ao absurdo, o qual, juntamente com Érico BARIN,<sup>25</sup> ilustramos na hipotética situação de um cidadão que opte por se especializar na prática de crimes de furto simples. Pela estrita dicção do inc. I do art. 313, ele, mesmo preso em flagrante uma, duas, três ou cem vezes, desde que fora do reconhecimento do crime continuado, sempre responderá por todos os crimes em liberdade. Seus processos, em conta da liberdade, sabidamente tramitarão em passos lentos, quiçá levando alguns anos para uma primeira condenação. E, no curso desses processos, o réu poderá simplesmente “dar de ombros” às medidas cautelares que eventualmente lhe forem aplicadas. Poderá mais: diante de cada admoestação judicial, proclamará que para o juiz “não vai dá nada”, quiçá anunciando que prosseguirá cometendo furtos simples. Enfim, seria como se o Estado chancelasse e protegesse a “profissionalização” do criminoso, a quem restaria, apenas, ter cuidado “na escolha” da prática delituosa. Ora, não se pode tolerar que o Código de Processo Penal, em vez de instrumento para a aplicação do Direito Penal e proteção de direitos fundamentais, passe a servir como uma espécie de *bill de indenidade* ao criminoso contumaz!

NUCCI, ao desenhar quadro semelhante, conclui que se a possibilidade de prisão preventiva for afastada nestes casos, “as medidas cautelares alternativas tornam-se ineficientes e inúteis. Podem, inclusive, chegar ao ponto de ressuscitar a cultura da prisão, visto ter sido constatada a sua ineficácia. Portanto, num primeiro momento, para o acusado de furto simples, não cabe a preventiva, desde que ele não descumpra obrigações advindas de medidas cautelares alternativas.”

Para reforçar o entendimento aqui esposado, também com BARIN,<sup>26</sup> lembramos que no Estatuto da Criança e do Adolescente, microsistema legal de natureza eminentemente protecionista, em seu artigo 108, caput, combinado com o art. 122, III, é permitida a internação provisória de

<sup>25</sup> MARTINS, Charles Emil Machado, e BARIN, Érico Fernando. “A lei deve servir à sociedade, não ao criminoso.” Artigo Publicado no Jornal “O Sul” – Coluna do Ministério Público, p. 2. Disponível em: [http://www.ajuris.org.br/ajuris/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1400:17-de-julho-de-2011-domingo&catid=15:clipping-diario&Itemid=22](http://www.ajuris.org.br/ajuris/index.php?option=com_content&view=article&id=1400:17-de-julho-de-2011-domingo&catid=15:clipping-diario&Itemid=22).

<sup>26</sup> MARTINS, Charles Emil Machado, e BARIN, Érico Fernando. “A lei deve servir à sociedade, não ao criminoso.” Artigo Publicado no Jornal “O Sul” – Coluna do Ministério Público, p. 2.

adolescente, ante demonstração da necessidade imperiosa da medida extrema, por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta. Dito de outra forma: o ECA autoriza a que um adolescente na situação hipotética acima exemplificada (autor de dezenas de furtos simples e ainda não sentenciado) seja internado, sendo tolhido de sua liberdade por até 45 dias. Seria flagrante contrassenso, pelo viés que se queira escolher, admitir que a legislação pátria autorize a restrição da liberdade de um adolescente, mas impeça, como cautela social, a prisão de criminoso renitente que insiste em descumprir medidas cautelares menos agravadas e ele aplicadas.

Na mesma ordem de idéias, mas sob outro prisma, vale destacar que a Lei n.º 12.403/11 está em consonância com a crescente importância que as medidas cautelares vêm assumindo em todas as áreas da jurisdição, como revelam as inúmeras e recentes reformas feitas no processo civil. De fato, a incontestável morosidade na prestação jurisdicional provoca ansia pela antecipação da tutela estatal, temendo-se a inefetividade das decisões judiciais e o conseqüente desprestígio dos mecanismos legais de resolução de litígios, o que torna extremamente relevante o correto manejo de medidas cautelares.

Aliás, ao se falar em processo civil e medidas cautelares, pode-se apontar que o parágrafo único do art. 312, aliado ao § 4º do art. 284 CPP fazem lembrar as sanções aplicáveis ao “*contempt of court*”, as quais possuem nítido espírito disciplinador, conexo à idéia de pleno respeito à atividade jurisdicional e à credibilidade da justiça. Nesse toar, Pedro R. PORTO, com sua usual acuidade, traça um paralelo entre a situação em análise e “às tutelas específicas do processo civil”, pois ambas buscam dar respeito à jurisdição e efetividade ao processo, concluindo que, no caso de descumprimento das medidas cautelares, a prisão preventiva dispensa os requisitos dos arts. 312, caput, e 313 do CPP, sujeitando-se apenas ao pressuposto do art. 283, § 1º (crime punido com pena privativa da liberdade), pois “*Raciocínio diverso conduz a um paradoxo incontornável, pois deixaria desprovida de força cogente e efetividade as medidas cautelares, estabelecidas alternativamente à prisão preventiva (...) Obviamente não é este o escopo da lei reformadora. Na medida em que cria alternativas à prisão, também ela parece multiplicar as hipóteses de tutelas, especificando-as em medidas menos gravosas, mas às quais empresta efetividade ao garanti-las, em último caso, também com a prisão preventiva, ainda que, neste caso e apenas neste, dispensados os estreitos requisitos do art. 312, caput, e 313 do CPP.*”

Note-se, portanto, que para além dos requisitos legais do ar. 313, como reconhecem PACCELI e NUCCI, há que se concluir que sequer será necessária presença dos fundamentos tradicionais previstos no caput do art. 312 CPP, pois, seguindo com PORTO, dentro da técnica legislativa, a função dos

parágrafos é excepcionar o *caput*, concluindo que o *caput* art. 312 estabelece os fundamentos tradicionais da prisão preventiva, enquanto o parágrafo único, excepcionalmente, “*entroniza um requisito alternativo que se apresenta como nova modalidade, qual seja, a prisão preventiva, como medida cautelar de eficácia coativa ao cumprimento fiel das medidas cautelares, ou prisão preventiva subsidiária,*” que não se submete aos fundamentos do *caput*.

Diversa não é a conclusão final de Antonio SCARANCE, o qual, a respeito da “preventiva subsidiária”, escreveu: “*Outra prisão preventiva é a decorrente do descumprimento de outra medida cautelar. Esta hipótese suscita dúvida. Indaga-se se, para sua decretação, será necessário observar a previsão do artigo 312 ou basta o simples descumprimento de outra medida cautelar. A nossa primeira impressão foi de que seria necessário observar as regras do artigo 312. Todavia, se ocorrer uma das hipóteses do art. 312, a prisão preventiva já deveria estar decretada, não sendo imposta outra medida cautelar. Assim, se trata de prisão cuja finalidade é assegurar a efetividade das demais medidas cautelares.*”<sup>27</sup>

É bem verdade que, na realidade cotidiana, certamente na maioria dos casos em que houver o descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão haverá de estar presente algum dos fundamentos tradicionais do *caput* do art. 312 CPP, porém poderá ocorrer, como de fato ocorrem, situações em que isso não ocorre, como amiúde se verifica em casos de agressão doméstica ou familiar, nos quais o agressor teima em desobedecer ordem de afastamento da vítima, sem que, necessariamente, ele esteja atentando contra a ordem pública ou contra regularidade da instrução criminal.

Sem embargo do entendimento aqui esposado, obviamente será preciso muito cuidado ao ser decretar uma prisão preventiva em caso de crime punido com pena máxima inferior ou igual a 4 (quatro) anos, medida efetivamente excepcional, pois sempre será preferível optar-se por outras medidas cautelares menos gravosas, todavia, em havendo reiterado descumprimento de tais medidas, “em último caso”, observado o contraditório, elas poderão ser convertidas em prisão preventiva (independentemente da pena cominada ao crime).

## 5 À guisa de conclusão

O Estado Democrático de Direito somente encontra sua legitimação na defesa e promoção dos direitos fundamentais, tendo, no âmbito do Direito Penal, um compromisso tanto com as garantias individuais previstas em

<sup>27</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Medidas Cautelares. Boletim IBCCRIM, ano 18, n. 224, p. 6-7, 2011.

nível constitucional, quanto com a efetividade da persecução penal, mediante equilibrado cumprimento dos seus deveres de proteção. Esse compromisso com o equilíbrio não deve ser apenas do legislador, mas também do juiz, que não pode permitir a prevalência de um só valor ou grupo de valores, como, por exemplo, determinada vertente doutrinária, que se autodenomina “garantista”, insiste em querer fazer prevalecer, pois o Estado-legislador e/ou Estado-juiz estaria se demitindo de sua função quando, respectivamente, se abstivesse de prever ou recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem absolutamente necessários à tutela da segurança, dos direitos e bens jurídicos de todos os cidadãos, e não apenas dos arguidos.

Nesse toar, no texto verificou-se que a reforma proposta pela Lei n.º 12.403/11, muito embora represente importante avanço na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos acusados, não relegou completamente ao olvido as justas exigências da sociedade na proteção de uma convivência pacífica e ordeira.

Ou seja, como já tivemos oportunidade de afirmar com Érico BARIN,<sup>28</sup> o legislador não tornou a prisão preventiva algo como o “pico do Everest”, a ser alcançado mediante trabalho heróico e após superação de diversas etapas: ela seguirá sendo uma medida de *ultima ratio*, é verdade, mas que deverá ser utilizada sempre que necessária e adequada.

O fato é que, antes da reforma legal, a justiça via-se entre duas opções extremas: prender cautelarmente ou deixar totalmente livre o acusado. Era a prisão ou nada. Agora, naqueles casos em que outrora a prisão revelava-se exagerada e a liberdade, pura e simples mostrava-se por demais indulgente, poder-se-á aplicar outras medidas cautelares, tais como o recolhimento domiciliar e a monitoração eletrônica. Esse amplo leque de medidas cautelares protegerá de forma mais efetiva o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque se previu medidas de resguardo à prestação jurisdicional. O acusado, porque a prisão preventiva será sempre a extrema e última opção. A sociedade em geral, porque a redução da prisão cautelar evitará o contato de cidadãos presumidamente inocentes com o nefasto mundo da prisão. Ademais, conquanto as medidas de desencarcerização tenham sido privilegiadas pelo legislador, sempre haverá a possibilidade, em último caso, da prisão preventiva.

É certo, igualmente, que a reforma trouxe maiores restrições à prisão preventiva, proibindo-a, a princípio, nos delitos com pena máxima inferior a quatro anos. Entretanto, mesmo para estes crimes, se o arguido não obedecer

<sup>28</sup> Aproveito o ensejo e, por último, agradeço aos colegas Érico Barin, Pedro Rui da Fontoura Porto, David Medina e Mauro Fonseca Andrade pelos seus contributos, amplamente utilizados nas presentes reflexões.

alguma medida cautelar anteriormente determinada pelo juiz, poderá ocorrer, sem óbice algum, a decretação da prisão preventiva.

Além disso, no momento de avaliar o cabimento da prisão preventiva, em face da pena cominada ao delito, o juiz deverá levar em consideração a eventual existência de causas gerais e especiais de aumento de pena e/ou a soma ou exasperação prevista na hipótese de concurso de crimes. A esse respeito, deve ter como paradigma as Súmulas 243 e 81 do Superior Tribunal de Justiça.

Enfim, é momento de máxima atenção, refutando-se o argumento de que o problema está na lei. A lei deve servir à sociedade como um todo, não apenas aos arguidos, e será o operador do direito que vai definir para qual finalidade ela se prestará, não se podendo tolerar que interpretações equivocadas ou influenciadas por um garantismo maniqueísta, de exclusivo viés liberal/individualista, tornem o Código de Processo Penal em uma espécie de *Bill* de indenidade aos criminosos, pois não se pode perder de vista que, para além instrumento de proteção das liberdades individuais, ele também serve também como o meio necessário para o Estado combater o crime, dando a resposta proporcional, adequada e, principalmente, necessária, à defesa dos interesses da sociedade como um todo, naqueles casos em que a pena foi estabelecida como *ultima ratio* na proteção dos valores elementares à vida comunitária.

É dizer: no Estado Democrático de Direito, ao lado da proibição de rigores excessivos aos cidadãos acusados, também se deve fornecer, à sociedade em geral, eficiente tutela dos seus direitos fundamentais sociais, entre eles o direito à segurança.

