



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Abusividade da Aplicação da Prisão Preventiva e as Medidas Cautelares Alternativas  
à Prisão Provisória

Maria Carolina Felipe Villarinho Medeiros

Rio de Janeiro  
2014

Maria Carolina Felipe Villarinho Madeiros

A Abusividade da Aplicação da Prisão Preventiva e as Medidas Cautelares Alternativas  
à Prisão Provisória

Artigo Científico apresentado à Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,  
como exigência para obtenção do título de  
Pós- Graduação.

Orientadores:

Prof. Artur Gomes

Prof. Guilherme Sandoval

Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

Prof<sup>a</sup>. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro  
2014

## A Abusividade da Aplicação da Prisão Preventiva e as Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Provisória

Maria Carolina Felipe Villarinho Medeiros  
Graduada pela Faculdade de Direito  
da Universidade Federal Fluminense.

**Resumo:** A prisão preventiva é espécie de prisão provisória, medida cautelar restritiva da liberdade que tem por finalidade útil do processo criminal. Embora a sua excepcionalidade esteja expressamente prevista no artigo 282, parágrafo 6º do Código de Processo Penal, os aplicadores do direito pátrio vêm fazendo um uso abusivo da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O legislador nacional não fechou os olhos para o uso anômalo deste instituto. Em 2011, entrou em vigor a Lei 12.403 que reformulou o sistema das medidas cautelares no processo penal e enumerou no artigo 319 deste diploma legal as medidas cautelares alternativas à prisão. Tal inovação veio a romper com o binômio prisão-liberdade e trazer uma alternativa menos danosa à restrição da liberdade do réu durante o curso do processo.

**Palavras-chave:** Prisão Preventiva. Abusividade. Excepcionalidade. Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Provisória.

**Sumário:** Introdução. 1. Princípios norteadores das medidas cautelares pessoais e a excepcionalidade da prisão preventiva. 2. Críticas à “garantida da ordem pública” e “garantia da ordem econômica” como fundamentos legais para a decretação da prisão preventiva. 3. Medidas cautelares alternativas à prisão e a prisão domiciliar. 4. A prisão preventiva como verdadeira medida cautelar, os abusos na sua aplicação e a banalização do encarceramento. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O trabalho proposto faz uma análise crítica da reforma do sistema das medidas cautelares no processo penal, dos requisitos legais para a aplicação da prisão preventiva, bem como da sua abusiva utilização pelos operadores do direito.

A prisão preventiva é espécie de prisão provisória, ou seja, medida cautelar decretada no curso do processo, antes mesmo que seja proferida uma sentença de mérito revestida pela imutabilidade da coisa julgada, sustentada por um juízo de certeza.

A possibilidade da prisão cautelar é autorizada pela compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República e a excepcionalidade da sua aplicação, disposta no artigo 282, parágrafo 6º do Código de Processo Penal.

No Brasil, entretanto, o emprego da prisão cautelar está banalizado. O encarceramento prematuro vem ocorrendo, muitas vezes, como primeira medida, até mesmo antes de qualquer investigação. Nessa sistemática, a prisão provisória muito se afasta da sua característica de ser a *ultima ratio* do sistema processual e mais se aproxima de uma medida de controle da violência ou mesmo de pena antecipada.

O grande número de presos provisórios pode ser um dado revelador da abusividade da aplicação desta medida cautelar.

Cabe sublinhar que a prisão preventiva tem como único objetivo afastar o risco processual e não deve ganhar contornos de política de segurança pública ou de punição em uma cognição sumária.

A Lei 12.403/2011 mostra um esforço do próprio legislador para diminuir o número de presos provisórios e desconstruir essa cultura de encarceramento que

permeia todo nosso ordenamento jurídico. Com as medidas cautelares alternativas à prisão, dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal, busca-se efetivar a excepcionalidade da prisão preventiva e aplicar medidas menos drásticas ao réu durante o curso do processo penal.

Tal lei explicita que qualquer medida cautelar, por si só tem como atributo a excepcionalidade e a prisão, a medida cautelar mais drástica, só deve ser aplicada em situações extremadas, quando as demais medidas não se mostrarem adequadas ou suficientes para assegurar o regular desenvolvimento do processo ou a futura prestação jurisdicional.

Embora o referido diploma legal tenha sido de suma importância para as liberdades e garantias individuais, posto que elencou um rol taxativo de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva e, de forma, expressa, estabeleceu a excepcionalidade do encarceramento cautelar, não ficou imune de críticas.

O legislador perdeu a oportunidade de dar tratamento estritamente instrumental às medidas cautelares, afastando objetivos de controle da violência ou de pena antecipada, que são, na realidade, estranhos à sistemática das medidas cautelares.

Assim, o trabalho tem o intuito de chamar a atenção para a cultura do encarceramento como uma das soluções da problemática da violência no Brasil e da aplicação da prisão preventiva como principal medida no curso do processo penal.

Além disso, procura trazer uma visão crítica da normatização da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro e da sua aplicação pelos operadores do Direito.

## **1 – PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS E A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA**

As medidas cautelares são medidas necessárias para que se assegure o regular desenvolvimento do processo e que, ao final deste, seja concedida a prestação jurisdicional.

Elas asseguram o risco processual. Garantem que, quando da prestação jurisdicional final, ainda seja eficaz e útil a intervenção estatal para a solução do conflito que lhe foi posto.

No processo penal, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, oriundos do processo civil, não são suficientes para a segregação cautelar.

Aqui, se ajustam melhor os conceitos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. O primeiro requisito é a probabilidade de ocorrência de um crime (prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria), ou seja, o mérito substantivo. O segundo diz respeito ao perigo que a liberdade do réu pode causar ao processo, como no caso de fuga, destruição de provas, ou não comparecimento aos atos processuais, ou seja, é o perigo processual.

O presente capítulo visa a analisar os princípios norteadores das medidas cautelares, em geral, e, em especial da prisão preventiva, a mais restritiva das medidas cautelares pessoais.

O fim principal do processo é a prestação jurisdicional e as medidas cautelares apenas asseguram tal prestação.

Diante desse caráter instrumental, as medidas cautelares aos seguintes princípios norteadores: jurisdicionalidade e motivação; contraditório; provisoriedade; proporcionalidade; provisionalidade e excepcionalidade.

O princípio da jurisdicionalidade e da motivação revela que toda medida cautelar pessoal deve ser decretada por juiz, de forma fundamentada, e tem como base o artigo 5º, incisos LIV e LXI e artigo 93, inciso IX da Constituição da República.

O princípio do contraditório, atualmente, está previsto no artigo 282, § 3º do Código de Processo Penal e no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República. De acordo com este princípio, o acusado deve ser ouvido antes da decretação de qualquer medida cautelar, desde que não seja caso que reclame urgência, ou desde que não haja risco para a eficácia da própria medida. Nestes casos, o contraditório não deve ser descartado, ele deve apenas ser postergado.

A decisão que determina o cumprimento imediato da medida cautelar é excepcional e deve trazer os requisitos do risco da medida, ou da urgência de forma expressa e fundamentada.

Segundo o princípio da provisoriedade as medidas cautelares pessoais, principalmente a prisão preventiva, não podem assumir caráter de pena antecipada e devem durar por um determinado período.

O tempo de duração de uma medida cautelar não está previsto em qualquer lei e o legislador perdeu grande oportunidade de introduzir esta baliza na reforma processual de 2011.

Diante de tal lacuna, a jurisprudência fixa prazo de 81 dias para o fim da instrução processual nos casos de réu preso. Diante do desrespeito a tal prazo, e não sendo caso excepcional que reclame uma instrução processual mais cuidadosa, a liberdade se impõe

Aury Lopes Junior<sup>1</sup> sublinha que outra falha do legislador se deu quando se deixou de incluir o § 7º ao artigo 282 do Código de Processo Penal. Tal dispositivo

---

<sup>1</sup> LOPES Jr., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 28

previa que a prisão preventiva deveria ser reexaminada periodicamente com o intuito de se perquirir sobre a subsistência dos motivos que a reclamaram.

A proporcionalidade é o principal alicerce da prisão cautelar. O operador do direito, antes de aplicar qualquer medida cautelar deve ponderar o respeito ao direito de liberdade do indivíduo, com base no princípio constitucional da presunção de inocência e a finalidade última do processo, qual seja, a repressão aos delitos.

Este princípio é direcionado não só ao magistrado que aplicará medidas cautelares no curso do processo, mas também, ao legislador que as cria e disciplina.

Medidas restritivas de direitos, e de liberdades individuais, mesmo que previstas em lei devem sempre ser analisadas à luz deste princípio.

Deve haver adequação entre os meios aplicados e os fins almejados. Dentre todas as medidas cautelares previstas no ordenamento jurídico, o magistrado, analisando o caso concreto, deve escolher aquela que menos restrinja direitos do acusado.

Assim, a medida aplicada no curso do processo nunca poderá ser mais gravosa do que a medida aplicada ao final do processo, determinada por meio de sentença, apoiada em um juízo de certeza.

A provisionalidade significa que a prisão cautelar deve durar enquanto durarem os suportes fáticos que a indicaram como medida necessária para o regular desenvolvimento do processo.

Vale sublinhar que com a pluralidade de medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/11, a provisionalidade passa a ter maior relevância na sistemática das medidas cautelares penais. Atualmente o juiz pode, a todo momento, modificar a medida cautelar aplicada, sempre buscando a que melhor se adeque a cada fase do processo.



Cumpra salientar que este atributo das medidas cautelares nem sempre é observado. Infelizmente, em muitos casos, principalmente aqueles que envolvem crimes com pequenas penas, o réu passa o processo todo com a sua liberdade cerceada e acaba por cumprir toda a sua pena em regime fechado.

A provisionalidade encontra-se prevista no artigo 282, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal e a crítica que se faz a esses dispositivos legais está no fato de preverem a possibilidade de o magistrado atuar de ofício, sob pena de violação da imparcialidade do juiz, do princípio da inércia da jurisdição e do sistema acusatório, postulados muito caros a um processo penal de garantias.

Por fim, a excepcionalidade confere à prisão preventiva a característica de *ultima ratio*, no campo das medidas cautelares. A prisão cautelar só deve ser aplicada quando as demais medidas se mostrarem inadequadas ou insuficientes, nos termos do artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal.

Isso se dá porque sacrifica a liberdade do indivíduo antes mesmo de uma sentença penal condenatória definitiva, proferida em cognição exauriente.

A excepcionalidade, todavia, nem sempre é observada pelos operadores do Direito.

A prisão preventiva, no Brasil, é aplicada de forma banal, mesmo quando outras medidas cautelares se mostram suficientes e adequadas para assegurar o risco processual.

Não são raros os casos em que a restrição cautelar da liberdade se dá sem qualquer justificativa processual, diante das demais medidas cautelares, que impõem menores restrições à liberdade individual.

A excepcionalidade também deve ser encarada sob outro aspecto, a presunção de inocência.

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República institui que ninguém será considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O réu, até o fim do processo deve ser tratado como inocente e não como culpado, e o processo deve se dar da maneira menos sacrificante possível. A sua segregação deve ocorrer apenas quando a sua liberdade põe em risco a eficácia da atividade processual.

Sob esta ótica, nenhuma restrição de direitos ou liberdades pode se dar como antecipação de uma eventual punição.

Este princípio ainda restringe a possibilidade de utilização de um poder geral de cautela, tal como se dá no processo civil (artigo 798 do Código de Processo Civil), bem como de medidas cautelares atípicas. Não cabe ao magistrado impor ao acusado restrições a direitos ou liberdades individuais que não estejam previstas em lei.

O princípio da legalidade de observância obrigatória, na instituição de crimes e de suas penas e não pode ser esquecido durante todo o curso do processo e deve ser respeitado a todo o momento em que a liberdade do acusado possa ser posta em risco.

Nas palavras de Aury Lopes Junior:

No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo o poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.<sup>2</sup>

Portanto, é de suma importância ressaltar que o rol de medidas cautelares alternativas à prisão, insculpido no artigo 319 do Código de Processo Penal é taxativo.

Os Juízes criminais ainda não têm a cultura de se debruçar sobre o caso concreto e de analisar qual seria a medida mais adequada para aquela situação específica e

---

<sup>2</sup> LOPES Jr, op. cit., p. 16/17.

simplesmente aplicam a prisão preventiva, como medida mais dura para o réu e mais “segura” para o processo.

## **2 – CRÍTICAS À “GARANTIDA DA ORDEM PÚBLICA” E “GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA” COMO FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.**

O artigo 312 do Código de Processo Penal traz, em sua redação, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.

De uma rápida leitura do referido dispositivo, de plano percebe-se que os dois últimos fundamentos se alinham perfeitamente à característica instrumental da medida cautelar.

A conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, ao final do processo, são verdadeiros instrumentos para que o processo possa se desenvolver de forma regular e que ao seu final, a prestação jurisdicional ainda seja útil e eficaz.

Todavia, não se consegue enxergar com a mesma clareza tal finalidade instrumental, quando nos deparamos com os fundamentos da garantia da ordem pública e da ordem econômica.

A Marcellus Polastri Lima, afirma que a garantia da ordem pública é a preservação da boa convivência social e exemplifica o uso deste fundamento nos casos de presos perigosos que possa fugir e a possibilidade de proteção da integridade física do próprio preso, que, se solto pode ser alvo de linchamento.

O mesmo autor coloca, ainda que a expressão garantia da ordem econômica traduz verdadeira redundância uma vez que atingida a ordem econômica

necessariamente se atinge a ordem pública.<sup>3</sup> De fato, a garantia da ordem econômica é espécie do gênero ordem pública.

A segurança de qualquer pessoa, inclusive do acusado, deve ser garantida pelo Estado, e o encarceramento com essa finalidade parece ferir a legalidade e a excepcionalidade da prisão cautelar.

A boa convivência social também não parece ser um fundamento ligado à instrumentalidade do processo e se afeiçoa mais a um instrumento de repressão e segurança pública.

Outra crítica que se faz a tais requisitos é que eles abarcam conceitos vagos, imprecisos e indeterminados, o que também fragiliza muito a estrita legalidade de medidas que restringem a liberdade individual.

Conceitos demasiadamente vagos trazem insegurança para um processo de garantias e acabam por conferir ao magistrado um amplo poder discricionário.

Mas se é de fácil percepção que não há instrumentalidade alguma na prisão preventiva para a garantia da ordem pública a que se presta este fundamento?

Repressão.

Hoje, a prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública, representa, em muitas ocasiões, verdadeira prisão sem fundamento legal. Se presta para restringir a liberdade de pessoas indesejáveis, que atrapalham a boa convivência social, e por isso devem ser afastadas das demais pessoas, ofereçam elas risco ao regular desenvolvimento do processo, ou não.

Desta forma, a prisão preventiva, com base na garantia da ordem pública ganha aparência de verdadeira pena antecipada, desprovida de contraditório prévio e de um juízo de certeza, vulnerando-se o princípio da presunção de inocência, que tem previsão

---

<sup>3</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 600.

constitucional. Também ganha contornos de resposta social para os altos índices de criminalidade e para os anseios punitivos e repressivos da sociedade.

Segundo Geraldo Prado:

A inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de política judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade.<sup>4</sup>

Pelo exposto, fica claro que andou mal o legislador processual quando da reforma processual, deixou de afastar esses dois fundamentos legais para a decretação da prisão preventiva, que são inconstitucionais, posto que violadores do princípio da legalidade que deve permear todo o Direito Penal e Processual Penal, bem como do princípio da presunção de inocência.

### **3 – MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E A PRISÃO DOMICILIAR.**

Uma das maiores inovações trazidas pela Lei 12.403 de 05/05/2011, foram as medidas cautelares alternativas à prisão, expressamente previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, o que revela verdadeira ruptura com o binômio prisão-liberdade.<sup>5</sup>

As medidas elencadas no supramencionado artigo 319, por serem medidas de restrições de liberdade e direitos individuais, são *numerus clausus*. Não cabe qualquer interpretação ampliativa do rol destas medidas cautelares, sob pena de se violar a

---

<sup>4</sup> PRADO, G. Excepcionalidade da prisão provisória – comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Org.), *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas medidas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142/143.

<sup>5</sup> LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 860.

proibição de vedação de criação de cautelares atípicas, com base no poder geral de cautela do juiz, no direito processual penal conforme já exposto no capítulo anterior.

Muito se falava na necessidade de se estipular medidas cautelares diferentes da prisão como uma forma de beneficiar o réu e abrir a possibilidade da utilização de um poder geral de cautela.

Todavia, é difícil enxergar como uma medida restritiva de direitos e liberdades seja algo bom para o réu. De fato a prisão é a mais drástica das medidas assecuratórias do regular desenvolvimento do processo e poder-se-ia extrair dessa afirmação que qualquer outra medida seria melhor do que a prisão.

O raciocínio a ser empregado no caso, contudo, parece que deve ser outro. O magistrado deve analisar se há os requisitos para a decretação da prisão preventiva e caso estes não estejam presentes não pode fazer uso de um poder geral de cautela para aplicar outras medidas restritivas de direitos e liberdades individuais. Ausente os requisitos da prisão, a única solução que se apresenta é a liberdade.

É de suma importância que se esclareça acerca da impossibilidade do uso de um poder geral de cautela, mesmo agora que existe um rol de medidas cautelares, posto que sempre se poderá argumentar que tal rol não está completo e que se poderia criar uma medida, ali não prevista, para que se evite o encarceramento do acusado.

Também se deve salientar que a criação de medidas cautelares pessoais deve sempre se dar por meio de lei. O princípio da legalidade, que permeia todo o processo penal, veda qualquer criação, jurisprudencial ou doutrinária, quando está implicar restrições a direito e liberdades individuais.

Estabelecido o rol taxativo, a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão deve se dar sempre que presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Ou seja, tais medidas não devem ser aplicadas quando não for possível a aplicação da

prisão preventiva. Para qualquer restrição a liberdades e direitos individuais, sejam elas mais ou menos radicais, os supramencionados requisitos devem estar presentes e o caso concreto deverá dizer qual medida melhor se adequa àquela determinada situação. Qual medida é mais proporcional ao caso e causará menos prejuízo ao acusado, sem sacrificar o processo.

O Código de Processo Penal não trouxe, de forma expressa, como fez no caso da prisão preventiva (artigos 312 a 314), os requisitos para a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão. Desta forma, a doutrina vem entendendo que os balizadores da prisão preventiva também devem ser aplicados às demais medidas cautelares, observando-se, ainda, o artigo 282 do mesmo diploma legal.

Vale dizer que Gustavo Enrique Badaró<sup>6</sup> entende que o artigo 314 do CPP deve ser aplicado, não só aos casos em que estejam presentes causas excludentes da ilicitude, como também nos casos de excludentes de culpabilidade, em uma interpretação extensiva, mais benéfica para o acusado.

Ponto de relevância acerca das medidas cautelares alternativas à prisão consiste na possibilidade de aplicação no caso de crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos. O artigo 313, I, do Código de Processo Penal veda a possibilidade de prisão preventiva nesses casos. Mas e as medidas alternativas, poderiam ser aplicadas?

Aury Lopes Junior<sup>7</sup> entende que a maioria da doutrina sinalizará positivamente. Embora não seja possível a prisão, não há qualquer vedação legal para aplicação de medidas que não sejam privativas de liberdade.

---

<sup>6</sup> BADARÓ, G. H. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350, do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Org.), *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas medidas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221.

<sup>7</sup> LOPES Jr, op. cit., p. 126/127.

O autor, entretanto, teme que haja uma utilização massiva destas medidas, desvirtuando o caráter da reforma que foi o de reduzir a incidência da prisão cautelar, sem contudo aumentar o espaço de controle estatal sobre liberdades individuais.

Sob essa ótica, ressalta que, embora também não haja restrição legal, as medidas alternativas nunca poderão ser aplicadas aos crimes culposos.

De toda forma, caso se entenda pela possibilidade de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, nunca se deve perder de vista os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, bem como os princípios da excepcionalidade e da proporcionalidade de toda e qualquer medida cautelar.

Em especial, as medidas cautelares alternativas à prisão ainda possuem outras duas características, a preferibilidade e a cumulatividade.

A primeira significa que se deve sempre preferir as medidas alternativas à prisão preventiva, uma vez que aquelas são menos drásticas do que esta e, em matéria de cautelares pessoais, sempre se deve optar pela medida menos onerosa para o réu (artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal).

A segunda tem previsão no artigo 282, § 1º do Código de Processo Penal. No caso de se decretar a prisão preventiva, nenhuma outra medida cautelar poderá ser aplicada cumulativamente, uma vez que já se aplicou a mais graves das medidas. Entretanto, no caso de aplicação de medidas alternativas, o magistrado pode, analisando a necessidade, adequação e proporcionalidade, aplicar mais de uma medida.

Analisando-se cada uma das medidas cautelares alternativas à prisão, podemos concluir que nem todas possuem a mesma natureza.

O ordenamento jurídico pátrio, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, admite somente medidas cautelares de natureza conservativa,



ou seja, aquelas que visam assegurar o regular desenvolvimento do processo e não medidas satisfativas, que acabam por antecipar em algum grau, os efeitos de uma eventual condenação.

Entretanto, o artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal, que segundo a doutrina também deve se aplicado para as medidas cautelares alternativas à prisão, se divorcia dessa sistemática e prevê a possibilidade de prisão preventiva para “aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”.

Nos dois primeiros casos, fica clara a natureza instrumental e conservativa da, típica de uma medida cautelar.

Entretanto, fica difícil observar tais características quando se fala em “evitar a prática de infrações penais”. Esta finalidade extraordinária tem previsão no artigo 319, incisos II, VI e VII, do Código de Processo Penal. A crítica que se faz aqui é que, nesses casos, viola-se o princípio da presunção de inocência e antecipa-se um dos efeitos da condenação penal, qual seja, a prevenção especial.

Sobre a aplicabilidade das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, deve-se dizer, ainda que devem ser observados os mesmos princípios inerentes a qualquer medida cautelar, tais como a jurisdicionalidade e motivação; contraditório; provisionalidade; provisoriedade; excepcionalidade e proporcionalidade.

Aplicada uma medida cautelar alternativa à prisão, ou mais de uma, podem ocorrer mudanças na situação fática que podem gerar mudanças também nas referidas medidas.

Nessas hipóteses, analisando o caso concreto, o magistrado pode substituir as medidas aplicadas por outras mais ou menos gravosas, pode acrescentar medidas ou diminuir o número de medidas aplicadas, ou pode, ainda, extinguir toda e qualquer

medida. No caso de decretação de uma medida cautelar para impedir que a colheita da prova seja prejudicada, havendo tal colheita da prova, o motivo da decretação da medida desaparece e a medida também deve desaparecer.

O artigo 282 do Código de Processo Penal, em seu § 4º, prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva no caso de descumprimento de qualquer obrigação imposta ou por descumprimento das outras medidas cautelares, desde que presentes os requisitos do artigo 312 do mesmo diploma processual.

Tal decretação, entretanto, não se dá de forma automática. O magistrado deve, sob o prisma da proporcionalidade, analisar se realmente está diante de um caso em que a prisão é a medida mais adequada. Caso não seja, não deve decretá-la, já que é a mais drástica das medidas cautelares.

Aqui, de forma excepcional, parte da doutrina entende que a prisão preventiva será aplicada em casos em que originariamente ela não poderia ser aplicada.

No caso de um crime cuja pena máxima prevista seja inferior a 4 anos, não há possibilidade de se decretar a prisão preventiva. Entretanto, caso seja aplicada uma medida cautelar alternativa e esta venha a ser descumprida, é possível a decretação da prisão preventiva, desde que presentes todos os seus requisitos, assim como o *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci “se tal possibilidade for afastada, 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 ineficiência”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade provisória de acordo com a Lei 12,403/2011*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 91

O autor<sup>9</sup> coloca que Rogério Sanches se posiciona de maneira diversa e entende que a prisão preventiva só deve ser decretada nas hipóteses legais, de acordo com o artigo 313 do Código de Processo Penal.

Aqui, cabe o reforço da crítica anteriormente feita acerca da possibilidade de decretação da prisão, de ofício pelo juiz. Tal possibilidade fere o sistema acusatório e a imparcialidade do julgador.

Embora não esteja no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal e seja verdadeira prisão, a prisão domiciliar cautelar também se revela como alternativa ao encarceramento.

Prevista no artigo 317 da referida lei processual, se submete aos mesmos princípios e requisitos da prisão preventiva, entretanto é aplicada com base nas condições pessoais do réu, em casos peculiares elencados no supracitado artigo.

Por todo exposto, percebe-se que a intenção do legislador ao criar o rol taxativo de medidas cautelares foi criar alternativas ao encarceramento antes de uma sentença penal condenatória.

A prisão sempre foi a única hipótese cautelar legalmente prevista e o uso de medidas cautelares pessoais atípicas, embasadas em um poder geral de cautela, acabavam por criar situações de grande insegurança jurídica com restrições a direitos e liberdades individuais sem qualquer previsão legal.

Se bem aplicadas, as medidas cautelares alternativas à prisão podem ajudar na construção de uma cultura de proteção do regular desenvolvimento do processo de forma menos gravosa para o réu e igualmente útil às finalidades da persecução penal, sem que seja necessário se recorrer ao encarceramento precoce.

---

<sup>9</sup> NUCCI, op. cit., p. 92

Entende-se oportuna a citação da ementa de acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual se entendeu mais adequado a aplicação de medida cautelar alternativa à prisão.

Habeas corpus. Paciente denunciado pela prática de crimes ambiental, de parcelamento irregular do solo urbano, contra a economia popular e de estelionato. Pedido do ministério público para a decretação da prisão preventiva. Decretação da custódia cautelar com base na garantia da ordem pública. Omissão da autoridade apontada como coatora acerca da análise da necessidade da decretação da prisão preventiva e da possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares pessoais. Inobservância do artigo 282, § 3º do código de processo penal. Violação ao contraditório. Intimação da defesa que não prejudicaria a eficácia da medida cautelar. O regime de cautelares em vigor tem regra própria acerca do contraditório. Antes da decretação das medidas cautelares, incluindo-se no rol também a prisão preventiva, a parte contrária deve ser intimada para ser ouvida. A dispensa de audiência prévia da defesa é excepcional e só estará autorizada se de forma expressa o magistrado acolher a pretensão da parte requerente, aludindo a risco concreto de ineficácia da medida em decorrência de prévio conhecimento pelo imputado. Concessão parcial da ordem para aplicar as medidas cautelares de proibição de acesso ao loteamento irregular e à pedreira e de suspensão da atividade econômica, ressalvadas as atividades que foram objeto de decisão do juízo cível. Liberdade do paciente que não gera risco para o processo. Revogação da prisão preventiva e recolhimento do mandado de prisão. Concessão parcial da ordem.<sup>10</sup>

#### **4 – A PRISÃO PREVENTIVA COMO VERDADEIRA MEDIDA CAUTELAR, OS ABUSOS NA SUA APLICAÇÃO E A BANALIZAÇÃO DO ENCARCERAMENTO.**

A prisão preventiva convive harmonicamente em nosso ordenamento jurídico com o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso LVII, justamente por conta da sua natureza cautelar.

Assim, o encarceramento antes de uma sentença penal condenatória definitiva só é possível se for o único instrumento adequado para garantir o regular desenvolvimento do processo e a utilidade da prestação jurisdicional.

Antes do advento da Lei 12.403/11, a excepcionalidade do encarceramento cautelar ficava fragilizada, posto que este era o único meio previsto por lei para assegurar o risco processual.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Habeas Corpus n. 0042216-88.2011.8.19.0000. Relator Desembargador Geraldo Prado. Julgamento em 22/09/2011. Acessado em 30/08/2014.

Com a supramencionada norma houve uma reforma do sistema das cautelares processuais penais e o ordenamento jurídico passou a prever outras medidas menos drásticas, ou seja, que apenas restringem direitos e liberdades individuais sem suprimir por completo a liberdade do acusado.

Tal diploma legal coloca, agora, de forma expressa, a prisão cautelar como *ultima ratio*, nos termos do artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal.

Desta feita, hoje, o encarceramento antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória só deve se dar após o magistrado percorrer todo o rol do artigo 319 do Código e entender, de forma fundamentada, que nenhuma das medidas ali previstas se adequa ao caso em análise.

Neste ponto o questionamento que se faz é se a mera previsão legal, agora expressa, acerca da excepcionalidade da prisão preventiva, é suficiente para derrubar uma cultura de décadas de encarceramento.

O próprio ordenamento jurídico ainda traz resquício de um sistema autoritário, inquisitório, no qual o juiz era verdadeiro guardião da segurança pública e do bom convívio social e não guardião de direitos e liberdade individuais.

Embora a Constituição da República de 1988 tenha estabelecido o sistema acusatório, na medida em que delimita a atuação distinta dos órgãos acusadores e julgadores, leis esparsas anteriores à Carta Magna e, incrivelmente, leis posteriores, ainda insistem em confundir as figuras do acusador e do julgador, em verdadeira violação à imparcialidade do juiz.

Nas palavras de Geraldo Prado:

Com efeito, não há razão, dentro do sistema acusatório, ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da *opinio delicti*. A imparcialidade do Juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do

contraditório, de sorte a avaliar imparcialmente, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou queixa, se há justa causa para a ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado.<sup>11</sup>

A própria Lei 12.403/11, infelizmente, incidiu nesse erro quando autoriza a decretação de medidas cautelares pelo juiz, de ofício (artigo 282, § 2º do Código de Processo Penal).

O juiz não deve ter suas decisões fundadas no controle da violência e nem deve se preocupar em atender aos anseios midiáticos acerca de uma resposta penal rápida e eficiente.

O problema da violência é um problema do Estado e não do Direito e a resposta penal deve se dar em prazo razoável (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República) e não de forma rápida. O processo deve ser trabalhado e analisado com todo o cuidado e esmero pelo julgador para que se evitem decisões desidiosas e injustas. O que se está em jogo é um dos bens mais importantes do ser humano, a sua liberdade e, por isso, o aqodamento deve dar lugar a um julgamento responsável em prazo razoável.

O legislador, quando da reforma do sistema das medidas cautelares deixou de fixar um prazo razoável para a duração das medidas cautelares e, em especial da medida cautelar de prisão. Isso não quer dizer, contudo, que a medida cautelar pode perdurar por tempo indeterminado, haja vista o preceito constitucional supramencionado.

Aqui entende-se oportuno citar do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Siro Darlan, em artigo escrito para o *site* Consultor Jurídico, em que comenta a duração razoável da prisão cautelar:

A exacerbação dessa providência excepcional, principalmente por meio da manutenção do preso provisório encarcerado por mais tempo que o legalmente previsto, ou seja, o excesso de prazo na prisão, avilta os preceitos constitucionais.

O excesso de prazo na prisão provisória é tão repudiado que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 697 em 9 de dezembro de 2003, permitindo o relaxamento da prisão

---

<sup>11</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 198/199.

processual por excesso de prazo mesmo no caso de crime hediondo. Isso porque independente da torpeza do crime ocorrido, prisão ilegal é prisão ilegal e a existência de vedação à liberdade provisória ou à fiança, ambas já superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes, não tem força suficiente para elidir a ilegalidade proveniente do excesso de prazo da prisão cautelar.

Súmula 697

A PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS PROCESSOS POR CRIMES HEDIONDOS NÃO VEDA O RELAXAMENTO DA PRISÃO PROCESSUAL POR EXCESSO DE PRAZO<sup>12</sup>.

O Culto magistrado salienta que, na falta de um parâmetro legal, a jurisprudência fixou um prazo máximo de 81 dias para o fim da instrução criminal no caso de réus presos, e que a extrapolação desse prazo deve se dar apenas em casos extremamente excepcionais devem ser extrapolados. Contudo, o que se verifica é que a exceção virou regra.

Ainda segundo o jurista, no mesmo artigo:

É absurdo que por entender que a causa é complexa ou sobre a alegada periculosidade do agente, o mesmo permaneça preso ilegalmente e com o aval do Poder Judiciário. É a institucionalização da violência, que causa sério gravame aos presos provisórios, seja do ponto de vista processual seja moral.<sup>13</sup>

Ainda sobre a razoável duração do encarceramento anterior a condenação, são oportunas as palavras de Zaffaroni, no sentido de que “cabe observar que os ‘indesejáveis’ não sofrem pena formal, porque geralmente a cumprem na prisão cautelar”<sup>14</sup>

Muitos equívocos sobre requisitos e pressupostos acerca do encarceramento cautelar foram apontados ao longo deste trabalho.

Neste momento apontamos mais desacerto dos operadores do direito no que diz respeito à prisão cautelar levando-se em conta a gravidade do crime, ou as condições pessoais do acusado.

---

<sup>12</sup> <http://www.conjur.com.br/2012-set-28/siro-darlan-limites-prisao-provisoria-respeitados>. Acesso em 23 de abril de 2014.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 70.

A gravidade em tese de um crime não tem previsão legal e dentro de uma interpretação restritiva de normas que atingem de direitos e liberdades, não deve ser usado para justificar a prisão cautelar. A medida cautelar, nunca é demais repetir não é uma antecipação da pena.

As características pessoais do acusado também não devem ser elemento determinante para se decretar a prisão cautelar, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência. Neste momento processual não se deve olhar para a pessoa do acusado, mas sim para o fato criminoso e para desenvolvimento da atividade processual.

Diante da excepcionalidade da prisão cautelar, bem como do rol de medidas cautelares alternativas à prisão o número de presos provisórios no Brasil é surpreendente.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional – Infopen (Sistema Nacional de Informações Penitenciárias)<sup>15</sup>, a população carcerária nacional, em junho de 2013 era de 574.027, sendo certo que destes, 251.876 são presos provisórios. É assustador que o número de presos provisórios represente aproximadamente 40% dos presos de todo país.

No âmbito da América Latina, os números são igualmente assustadores:

Dito em termos mais claros: aproximadamente  $\frac{3}{4}$  dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva). Desses, quase  $\frac{1}{3}$  será absolvido. Isto significa que em  $\frac{1}{4}$  dos casos os infratores são condenados formalmente e são obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade do total de casos, verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo da prisão preventiva ou mera medida de contenção; no que diz respeito a  $\frac{1}{4}$  restante dos casos, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma. Cabe precisar que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva, de modo que nesse  $\frac{1}{4}$  de casos de absolvição a arbitrariedade é evidente e incontestável, pois só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup><http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B28F66113-72A7-4939-B136-20568ADC9773%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 22 de abril de 2014.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 71



Pelo exposto, a preocupação é internacional. Segundo Geraldo Prado<sup>17</sup>, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 01 de maio de 2007, emitiu o Informe 35/07 sobre o um caso específico e estipulou regras para os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sobre critérios desenvolvidos pela Corte Interamericana para a validade jurídica das prisões preventivas.

Cumprе salientar que a referida Corte teve sua competência reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 89 de 03 de dezembro de 1998 e que por meio do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Em notícia veiculada no *site* do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, sobre Seminário que discutiu o uso da prisão provisória, o Juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e integrante da Associação Juizes pela Democracia Rubens Casara apresentou números extraídos de uma pesquisa que realizou com 27 Juizes do Estado do Rio de Janeiro:

A análise das fundamentações [usadas para prender] revelam que se usa a prisão como instrumento de pacificação social e de garantia da ordem pública; entrevistados, 22 juizes disseram que levam em consideração o valor segurança pública em suas decisões, ou seja: sentem-se agentes da segurança pública quando são agentes da justiça, relatou.

Segundo Casara, muitos magistrados desconhecem instrumentos cautelares alternativos à prisão, assim como princípios como a presunção de inocência, excepcionalidade da prisão e do caráter provisório da medida cautelar.

O juiz propôs uma releitura de institutos como a reincidência, outro fundamento de boa parte das prisões provisórias: “é um fenômeno autoritário, frontalmente contrário à Constituição; é um *bis in idem*, a punição da pessoa e não do que ela fez”, defendia. “O grande foco hoje devia ser afastar a reincidência [da fundamentação], porque ela é, na verdade, a falência do Estado em reinserir a pessoa presa na sociedade atribuída ao indivíduo que reincidiu”.<sup>18</sup>

A banalidade da prisão provisória também fica muito clara quando se analisa a fundamentação das decisões que decretam o encarceramento cautelar.

---

<sup>17</sup>PRADO, G. Excepcionalidade da prisão provisória – comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Org.), *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas medidas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102/103.

<sup>18</sup> <http://www.iddd.org.br/Noticias.aspx?Id=481>. Acesso em 23 de abril de 2014.

Os magistrados, arraigados na cultura do encarceramento muitas vezes não atentam para as peculiaridades do caso concreto e deixam de analisar os pressupostos para a prisão cautelar de forma detalhada.

Não são raras decisões que se limitam a dizer que estão presentes os pressupostos do artigo 311 do Código de Processo Penal, ou que a prisão se presta à garantia da ordem pública, sem esmiuçar os pressupostos do referido artigo 311 ou dizer porque a liberdade põe em risco a ordem pública.

O Projeto “Impacto da assistência Jurídica a presos provisórios – um experimento na cidade do Rio de Janeiro”<sup>19</sup> traz números alarmantes acerca do encarceramento provisório.

Em 39% dos casos em que houve pedido de liberdade logo após a prisão em flagrante, a decisão judicial foi proferida após 20 dias.

No que concerne ao direito de defesa, a pesquisa aponta que, quando da prisão em flagrante, se o preso opta pela assistência da Defensoria Pública, esta, em 24 horas, recebe cópia integral do auto de flagrante, entretanto, o atendimento jurídico só se inicia efetivamente no momento da audiência especial, o que ocorre, em regra, aproximadamente 20 dias após a prisão.

Desta forma, fica claro que embora a legislação tenha dado um passo importante no sentido do desencarceramento antes de uma sentença penal condenatória, os aplicadores do direito ainda têm dificuldades em caminhar nesse mesmo sentido.

De fato, a inovação legislativa no sistema das cautelares não trouxe todos os avanços que a doutrina almejava e nem sempre foi coerente com o sistema acusatório e com alguns dispositivos constitucionais. Contudo, é inegável que trouxe alternativas valiosas ao encarceramento precoce. Alternativas que aguardam apenas a sua aplicação.

---

<sup>19</sup> LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. Impacto da Assistência Jurídica a Presos Provisórios – Um experimento na cidade do Rio de Janeiro. Pesquisa. 2011. p. 26 e 27.

Por fim, interessante a transcrição das valiosas palavras de Alessandro Barata:

A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais e que permitiram a construção de um verdadeiro e próprio modelo. As características deste modelo, do ponto de vista que mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. O cárcere é contrário a todo modelo ideal educativo (...). A educação promove um sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 183/4.

## CONCLUSÃO

As medidas cautelares são medidas assecuratórias do risco processual. Visam garantir o regular desenvolvimento do processo e uma prestação jurisdicional útil e eficaz.

Para que tais objetivos sejam atingidos liberdades e garantias individuais, são sacrificadas. É o interesse público se sobrepondo ao interesse privado.

Entretanto, a regra, antes de uma sentença penal condenatória, é a liberdade. A prisão, durante o processo, é excepcional e deve ser utilizada somente quando outra medida cautelar não se mostra adequada ao caso concreto.

O estigma da prisão é muito forte quando há uma condenação criminal e quando esta não existe a cautela com o encarceramento deve grande.

Em um país de enormes contradições sociais, com altos índices de violência e uma população carcerária formada por pessoas oriundas das camadas mais pobres da população, é necessária uma atenção especial aos fins a que se destina o encarceramento e, em especial, o encarceramento cautelar.

Haveria uma finalidade punitiva, educadora, ou apenas de afastar os “indesejáveis” do convívio das “pessoas de bem”?

No caso da prisão provisória é de suma relevância ressaltar que o aspecto punitivo não pode ser levado em conta, uma vez que ainda não há uma sentença penal condenatória. Todavia, parece que mesmo de forma cautelar, mesmo de forma sumária, a prisão processual tem um fim punitivo.

Um ambiente deveras pernicioso deve ser usado somente em casos excepcionais, e com mais razão quando nem condenação existe.

O presente trabalho tentou expor o sistema das medidas cautelares no processo penal, a excepcionalidade da prisão preventiva e dificuldade dos aplicadores do direito em fazer uso de medidas cautelares alternativas à prisão.

De forma crítica, procurou apontar os pontos de evolução trazidos pela Lei 12.413 e os pontos em que o legislador deixou de avançar.

O legislador deixou de avançar quando manteve a garantia da ordem pública e da ordem econômica como fundamentos da prisão provisória.

Por outro lado, o elenco de medidas cautelares alternativas à prisão mostrou-se de grande importância na implementação de uma cultura de desencarceramento.

A implementação de tal cultura, entretanto, não depende apenas de leis. É nítido que a legislação deixa de ter eficácia social quando os aplicadores do direito fecham os olhos para ela.

A possibilidade de aplicação de outras medidas, que não a prisão, para a garantia da efetividade do processo deve ser analisada em cada caso concreto. A opção pela prisão, haja vista a sua excepcionalidade, deve ser justificada de forma minuciosa e sempre em atenção à razoabilidade e a proporcionalidade.

Somente desta forma, a medida cautelar será medida cautelar, ou seja, forma de assegurar a prestação jurisdicional futura, útil e eficaz, e não meio de punição, antes de uma sentença penal condenatória, não meio de segregação ou de controle da violência.

## Referências

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- FERNANDES, Og (Org.), *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas medidas alternativas: comentários à lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Juristas questionam uso da prisão provisória em nome da ordem pública. Disponível em: <http://www.iddd.org.br>. Acesso em 23 de abril de 2014.
- LEMGRUBER, Julita e FERNANDES, Marcia. *Impacto da Assistência Jurídica a Presos Provisórios – Um experimento na cidade do Rio de Janeiro*. Pesquisa. 2011.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES Jr., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade provisória de acordo com a lei 12,403/2011*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Siro Darlan. *Limites para a prisão provisória devem ser respeitados*. Revista Consultor Jurídico em 28 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-28/siro-darlan-limites-prisao-provisoria-respeitados>. Acesso em 23 de abril de 2014.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.