

PRISÃO CAUTELAR E LIBERDADE NO CENÁRIO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DAS MUDANÇAS E REFLEXOS DA LEI 12.403/11 NO CAMPO JURÍDICO PENAL.¹

Vinicius Gomes de Vasconcellos

RESUMO

A partir da análise do cenário jurídico brasileiro atual, percebe-se a utilização paulatinamente mais rotineira de medidas cautelares, em especial da prisão preventiva, as quais deveriam ser restritas a casos excepcionais. É nesse momento desordenado que surge a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. A partir da inovadora previsão de medidas cautelares alternativas à prisão pretendeu-se fornecer opções intermediárias ao juiz, posto que anteriormente só havia a possibilidade de segregação ou plena liberdade. Há, portanto, uma clara intenção descarcerizadora, que, todavia, não deve impedir a análise crítica dos reflexos latentes a tais novidades. Desse modo, o presente trabalho pretende traçar apontamentos em busca da compreensão da complexidade da teia de relações que envolvem a tensão entre as prisões cautelares e o direito à liberdade, em especial no cenário atual de expansão do Direito Penal, a partir da análise das mudanças e reflexos da Lei 12.403/11 no campo jurídico penal. Para tanto, em seu primeiro capítulo, serão analisadas as circunstâncias marcantes do fenômeno da ampliação do âmbito de controle punitivo, em especial descrevendo a marcante cultura punitivista, e por fim relacionando tal cenário à crescente utilização indiscriminada de prisões cautelares. No segundo capítulo, será realizado um estudo acerca do regime jurídico das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, sem pretensão de exaustividade, concedendo fundamental enfoque às principais inovações trazidas pela nova legislação, mas não deixando de lado críticas que ainda persistem em tal modelo. Por fim, no terceiro capítulo, serão examinados os reflexos de tais alterações no campo jurídico criminal, tecendo-se breves considerações sobre certas premissas do poder punitivo e do processo penal, apontando inquietações em relação à utilização de prisões processuais e analisando o cenário jurídico atual, questionando-se as consequências da nova legislação na cultura dos atores do processo penal.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Criminologia. Prisões Cautelares.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com a nota máxima e com indicação para publicação pela banca examinadora composta por: Prof. Dr. Giovani Saavedra (orientador), Prof. Dr. Aury Lopes Jr. e Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 PUNIÇÃO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL. DISTORÇÕES DOS FUNDAMENTOS DO PODER PUNITIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS EM MATÉRIA DE MEDIDAS PROCESSUAIS CAUTELARES PESSOAIS.	11
1.1 Expansão do Direito Penal e Punitivismo. Circunstâncias do novo panorama do campo jurídico criminal.	11
1.2 Sociedade do Risco e Insuficiência do Direito Penal. A incansável busca por um inimigo. Seletividade e violações dos fundamentos do poder de punir.	19
1.3 Expansão do Direito Penal como resposta ao questionamento do pretense objetivo punitivo. O desvelamento do limitado poder do controle penal. As prisões cautelares como (mais um) mecanismo de controle.	26
2 O NOVO REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL. ANÁLISE DA LEI 12.403/11: MUDANÇAS E CHANCES PERDIDAS.....	31
2.1 Considerações Preliminares. Definições básicas e delimitações essenciais em matéria de medidas cautelares no processo penal brasileiro.	31
2.2 Alterações apresentadas pela reforma de 2011. O modelo polimorfo e as cautelares diversas. Finalmente, o contraditório. O flagrante no seu devido lugar. O ressurgimento da fiança.....	37
2.3 Questionamentos e críticas ainda pertinentes. A necessidade de estipulação de limites (prazos e revisão periódica). Os reflexos dos ranços inquisitivos (juiz atuante e ordem pública).....	45
3 PRISÃO CAUTELAR E LIBERDADE. ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DA TENSÃO NO CAMPO JURÍDICO CRIMINAL.	54
3.1 Premissas e Garantias. O porquê de não punir (tanto). A importância da criminologia para questionar os fundamentos do sistema penal.....	54
3.2 Prisão Cautelar e seus efeitos indigestos. Quando a “segurança” imediata tem seu custo.....	61
3.3 Lei 12.403/11 e as medidas cautelares diversas. Menos cárcere? Mais controle? Reformas parciais e a dificuldade de rompimento de cultura.	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

A partir de qualquer superficial análise da produção legislativa ou até, em certo ponto, da interpretação jurisprudencial acerca das previsões legais, é facilmente perceptível um crescimento de abrangência do Direito Penal. São inúmeras as novas condutas criminalizadas, as penas dilatadas e, com isso, as pessoas encarceradas. Em termos mais precisos, é evidente a introdução de novos tipos penais, assim como o agravamento dos já existentes, o que é combinado com o questionamento de diversas garantias clássicas da dogmática penal, as quais foram construídas a partir do desenvolvimento histórico da teoria criminal e estão sendo relativizadas de modo a por em xeque distintos fundamentos do poder estatal de punir.

Assim como na maioria das sociedades do mundo, a população carcerária brasileira cresceu de modo assustador nas últimas duas décadas.² O número de presos por cem mil habitantes é ascendente: em 1994, eram 88; em 2007, passaram para 227; e, no final de 2010, 259, o que totaliza quase quinhentos mil presos no nosso país.³ E o dado mais intrigante é que quase 40% (quarenta por cento) destes são presos provisórios, ou seja, cento e setenta mil pessoas estão segregadas do convívio social sem uma condenação definitiva no Brasil, provavelmente em locais com precárias condições.

Devemos então atentar para os fundamentos normativos de tal expansão, a partir de uma breve análise de política criminal.⁴ De 1990 até os dias atuais podemos encontrar uma inflação legislativa intrigante em matéria penal que, em quase sua totalidade, é fortemente marcada por uma postura punitivista. São exemplos de textos legais neste sentido as seguintes leis: Crimes Hediondos (8.072/90), Crimes contra Ordem Tributária (8.137/90), Crimes contra Ordem Econômica (8.176/91), Crime Organizado (9.034/95), Crimes Ambientais (9.605/98), Crimes de “Lavagem de Dinheiro” (9.613/98), Porte de Armas (10.826/03),

² A crítica que sustenta o aumento do número de encarceramento a partir do aumento do número de crimes, negando, portanto, a afirmativa de que as sociedades ocidentais contemporâneas, em regra, estão se tornando mais punitivas, é fortemente rechaçada pela doutrina, posto que “o fato de que o aumento da prisão não se produz de forma correlacionada com os índices de delitos é uma conclusão majoritariamente aceita por toda a literatura criminológica, seja qual for sua orientação ideológica”. (LARRAURI, Elena. *La Economía Política del Castigo*. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 11, n. 06, 2009, p. 04; também neste sentido: CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46)

³ Dados obtidos no site do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias <http://www.infopen.gov.br/> (acesso em 25 de setembro de 2011) e abordados em palestra do prof. Dr. Sérgio Salomão Schecaria no II Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizado em abril de 2011 na PUCRS.

⁴ Para uma visão mais detalhada ver: CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*. Uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

Violência Doméstica (11.340/06), Nova Lei de Tóxicos (11.343/06). Além dessas previsões de caráter notadamente criminal, podemos enumerar leis mais voltadas para o âmbito civil, mas que preveem novas condutas criminalizadas, como, por exemplo: Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), Lei de Propriedade Industrial (9.279/96), Código de Trânsito (9.503/97), Estatuto do Idoso (10.741/03) e a Nova Lei de Falências (11.101/05). Diante desses últimos diplomas legais, podemos concluir que o legislador brasileiro, ao elaborar qualquer lei, pensa que somente se nela estiver previsto um capítulo “Dos Crimes e das Penas” é que poderá haver possibilidade de real efetivação dos seus dispositivos. Tal crença representa uma cega confiança no medo gerado pela previsão penal (prevenção geral negativa), que acredita ser o Direito Penal o único meio de impor respeito a uma previsão legal.

Todo esse cenário assentou-se de modo inexplicável diante do paradigma ressocializador apresentado pela Lei de Execução Penal nos anos oitenta, a qual dá como objetivo, em seu artigo 1º, “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Portanto, a política criminal de tal período fundamentou todas as suas premissas no pensamento de que a ressocialização do apenado era o melhor meio preventivo de novos delitos, ou seja, na visão de que o crime, em regra, era um sintoma de profundas patologias sociais.

Em diversos discursos atuais podemos perceber grandes diferenciais, que se consolidaram a partir do declínio do ideal de reabilitação e da conseqüente mudança de visão sobre a pena, dentre outros intrigantes fenômenos, como veremos a seguir. Podemos definir essa postura em relação ao crime e à pena como um Novo Punitivismo,⁵ o qual se entende como “formas de punição que parecem violar os princípios produtivos, comedidos e racionais da punição disciplinar moderna e regridem, por diferentes meios, aos temas emocionais e destrutivos da punição soberana”.⁶ O ponto fundamental aqui é a renegação ao ideal de reabilitação do criminoso, a partir do qual a punição visa exclusivamente à segregação do indivíduo do convívio social, com fulcro em uma justificativa de defesa social. Nesse

⁵ O conceito de Novo Punitivismo deve ser importado de modo crítico, posto que, diferentemente de outros países do hemisfério norte, o Brasil não passou efetivamente por um período de real Estado de Bem-Estar Social. Desse modo, não se percebe a cultura punitivista atual como uma novidade ou um retorno, mas sim a continuidade de uma postura que não foi reduzida ou extinta. Entretanto, optou-se por utilizar a definição de Novo Punitivismo (conforme PRATT, John, *et all.* (org.). *The New Punitiveness: trends, theories, perspectives.*) pela contribuição que tal estudo traz ao presente trabalho, mas tendo-se em mente as distinções no cenário nacional.

⁶ PRATT, John, *et all.* (org.). *The New Punitiveness: trends, theories, perspectives.* Portland: Willan Publishing, 2005. p. XII-XIII. (tradução livre)

contexto, o Direito Penal surge como solução mais eficaz na prevenção de delitos por meio da exclusão social de indivíduos “perigosos”, diminuindo ou anulando a capacidade de medidas de políticas sociais e econômicas, ou de intervenções em âmbito civil ou administrativo.

Neste diapasão, percebe-se a utilização paulatinamente mais rotineira de medidas cautelares, em especial da prisão preventiva, as quais deveriam ser restritas a casos excepcionais. Diante da crescente demanda punitivista, aliada à seletividade do sistema penal, o processo penal passa a ser utilizado como um “mecanismo de punição antecipada”.⁷ Portanto, é cristalina a violação aos fundamentos e requisitos legítimos da prisão cautelar, a qual deve caracterizar-se como instrumento do processo, sempre tendo como limite o princípio da presunção de inocência, o qual é fundamental a um poder punitivo legalmente legitimado e democrático.

Visando a tratar de tal perturbador cenário, surge a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. A partir da inovadora previsão de medidas cautelares alternativas à prisão pretendeu-se fornecer opções intermediárias ao juiz, posto que anteriormente só havia a possibilidade de segregação ou plena liberdade. Resta claro que há uma clara intenção descarcerizadora, a qual, todavia, não deve impedir a análise crítica dos reflexos latentes a tais novidades.

Portanto, este estudo aspira examinar o cenário jurídico que se apresenta a partir de tais mudanças, visando a elucidar suas consequências na atuação dos atores do processo penal no campo jurídico criminal. Entretanto, tal análise não se dará apenas em termos legais, mas, na verdade, essencialmente sob o ponto de vista sociológico e criminológico. Neste sentido, Salo de Carvalho aponta que: “ (...) a perspectiva criminológica permite olhar sensível sobre as agências e os atores que sustentam o sistema punitivo brasileiro, sem incorrer nos vícios paleopositivistas comuns à análise dogmática, que, no caso, estaria limitada ao horizonte interpretativo do direito penal – normativo, portanto.”⁸

Pensa-se que, em regra, a pesquisa jurídico-penal ainda parece não ter rompido “os preconceitos metodológicos que interpuseram um fosso entre juristas e criminólogos”.⁹ A consequência deste fato é que há limitado diálogo entre as diversas áreas do conhecimento

⁷ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 218.

⁸ CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1

⁹ BATISTA, Nilo. Introdução à Sociologia do Direito Penal (Prefácio). In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 1.

vinculadas às Ciências Criminais e essa insuficiência obstaculiza em muito o real desenvolvimento das pesquisas realizadas.

Desse modo, o presente trabalho pretende desenvolver um arcabouço teórico capaz de elucidar a complexidade da teia de relações que envolve a tensão entre as prisões cautelares e o direito à liberdade, em especial no cenário atual de expansão do Direito Penal, a partir da análise das mudanças trazidas pela Lei 12.403/11 no campo jurídico penal. Questiona-se: em que medida a nova sistemática introduzida é suficiente para superar a cultura punitivista cristalizada na prática jurídico-penal brasileira?

Ao delimitarmos tal problema, surge pertinente questionamento: como relacionar o regime jurídico das medidas cautelares, tema eminentemente processual, com conceitos ligados à criminologia, ao clamor punitivo, à expansão do Direito Penal, ou seja, à punição. Majoritariamente, as prisões provisórias são aceitas por sua instrumentalidade, afastando a ideia de pena e, assim, preservando o princípio da presunção de inocência. Como será exposto no decorrer deste trabalho, não compartilha-se tal ideia, posto que, como já dito, no cenário atual do campo criminal a segregação cautelar acaba se tornando um meio rápido de resposta ao clamor punitivista de grande parte da sociedade. Por tal motivo e por outros a serem desenvolvidos, pensa-se que tal instituto é um mecanismo de punição antecipada em grande parte dos casos. Ademais, a ideia de expansão do Direito Penal pode ser descrita como o crescimento do número de encarceramentos e, como já exposto, o percentual de prisões cautelares no Brasil é de quase 40% (quarenta por cento). Portanto, o tema central aqui tratado é de caráter eminentemente processual, mas acarreta basilares consequências a todo o sistema punitivo e ao modo pelo qual os atores do campo são influenciados ou não pela cultura punitivista.

Para tanto, em seu primeiro capítulo, serão analisadas as circunstâncias marcantes do fenômeno da ampliação do âmbito de controle punitivo, em especial, descrevendo a cultura do punitivismo,¹⁰ e por fim relacionando tal cenário à crescente utilização indiscriminada de prisões cautelares. No segundo capítulo, será realizado um estudo acerca do regime jurídico das medidas cautelares no processo penal brasileiro, sem pretensão de exaustividade,

¹⁰ “Expansão do Direito Penal” e “*The New Punitiveness*” são fenômenos, que tem sido objeto de algumas das principais pesquisas contemporâneas na área de Ciências Criminais. Eles procuram descrever, respectivamente, a ampliação da esfera de influência e atuação do Sistema Penal e do Direito Penal e o surgimento de uma “nova cultura punitivista” que tem se desenvolvido paralelamente. A esse respeito, ver a título exemplificativo: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Edisofer, 2011; PRATT, John, et all. (Org.), *The New Punitiveness. Trends, theories, perspectives*. Portland: Willan Publishing, 2005.

concedendo fundamental enfoque às principais inovações trazidas pela nova legislação, mas não deixando de lado críticas que ainda persistem em tal modelo. Por fim, no terceiro capítulo, serão examinados os reflexos de tais alterações no campo¹¹ jurídico criminal, tecendo-se breves considerações sobre certas premissas do poder punitivo e do processo penal, apontando inquietações em relação à utilização de prisões processuais e analisando o cenário jurídico atual, questionando-se as consequências da nova legislação na cultura dos atores do processo penal.

Com o fim de manter o presente estudo atualizado e, além disso, analisar as influências atuais em matéria de política criminal em âmbito legislativo, serão acrescentadas notas com informações acerca do projeto de reforma integral do Código de Processo Penal, PLS 156/09, elaborado por comissão de estudiosos coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido (STJ) e relatada pelo prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira. Utilizar-se-á como base a redação final do Projeto de Lei do Senado, anexado ao parecer 1.636 de 07 de dezembro de 2010, enviado para a Câmara dos Deputados.¹² Embora não se sustente a ilusão de uma rápida aprovação de tal diploma legal, diante das inúmeras tensões provocadas e exaltadas em seu debate, pensa-se que tal análise pode contribuir ao estudo do cenário atual, visto que seus ditames foram redigidos originariamente com o escopo de zelar por uma melhor conformidade constitucional do processo penal brasileiro.¹³

¹¹ Aqui tem-se como premissa a definição de David Garland ao se apropriar do conceito de campo social de Bourdieu da seguinte forma: “O objetivo não é pensar historicamente o passado, mas sim, através da história, repensar o presente. Se essa crônica genealógica tiver êxito, ela proverá um instrumento para análise das novas práticas relacionadas ao controle do crime, forjadas ao longo das últimas três décadas, e para revelar as hipóteses, os discursos e as estratégias que emprestam a forma e a estrutura para este campo social. Ela também identificará os interesses políticos e os significados culturais que amparam essas novas práticas, assim como os mecanismos específicos que ligam as instituições do controle do crime a outros domínios sociais” (GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 42 e 43). Neste ponto, Garland cita a interpretação de Wacquant da teoria do Campo Social de Bourdieu como a mais adequada e que pode ser resumida da seguinte forma: “(...) em sociedades avançadas, as pessoas não se deparam com um espaço social indiferenciado. As muitas esferas da vida, arte, ciência, religião, economia, política, e assim por diante, tendem a formar microcosmos distintos, dotados de regras, regularidades e formas de autoridades próprias – é o que Bourdieu chama de campo. Um campo é, em primeira instância, um espaço estruturado de posições, um campo de força que impõe suas determinações específicas a todos os que entram nele”. (WACQUANT, Lóic, “*Pierre Bourdieu*”, in: R. Stones (org.), *Key Sociological Thinkers*, Nova Iorque: New York University Press, 1998, p. 215 e 229-221 *apud* GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan. 2008, p. 78-79)

¹² Disponível em: [<http://www.ibrapp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Redação-final-PLS-156-09PDF1.pdf>]. Acesso em 05 de novembro de 2011.

¹³ Neste sentido, as críticas expostas em muito contribuem para a busca de um processo penal democrático. Ver: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (org.). *O Novo Processo Penal à Luz da*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para encerrarmos este trabalho devemos, inicialmente, apontar certas observações de caráter elucidativo. Nossa aspiração foi a realização de um estudo da influência do cenário de expansão do Direito Penal, essencialmente pautado pela postura punitivista de grande parte dos atores do campo criminal, na recepção das inovações trazidas ao Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 12.403/11, a qual alterou profundamente o regime das medidas cautelares pessoais. É essencial dizer que nossos apontamentos de modo algum pretendem ser o ponto final do debate, mas sim um convite ao estudo e à crítica do tema aqui discutido, sempre em busca da conformidade constitucional e do desenho de um processo penal democrático. Ou seja, nossas “conclusões” não são finais, na verdade são uma descrição dos nossos pensamentos ao concluirmos a redação deste texto, o qual foi conduzido pelas leituras realizadas (tendo-se em mente que é inviável o exaurimento de qualquer tema). Entretanto, a pesquisa nunca deve ser finalizada. Trata-se de recente mudança legislativa que tomará tempo para delinear posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais esclarecedores. Cientes deste panorama, podemos traçar as seguintes considerações finais:

1. Os fenômenos da expansão do Direito Penal e do punitivismo, presentes na postura de parte substancial dos atores do campo criminal e clamado por grande parte da sociedade, influenciam¹⁴ na percepção do processo penal de modo a desvirtuar garantias fundamentais, que deveriam ser protegidas em um Estado Democrático de Direito.¹⁵

2. As distorções trazidas por propostas semelhantes ao Direito Penal do Inimigo e a complexidade das novas relações sociais e jurídicas que desenham um Direito Penal do Risco¹⁶ rompem com diretrizes fundamentais da (ou pretendidas pela) dogmática penal e do

Constituição. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010; COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. Volume 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

¹⁴ Ver item 1.1 deste trabalho e, essencialmente: GARLAND, David. *Punishment and Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 1990; GARLAND, David. *Culture of Control*. Chicago: University of Chicago Press, 2001; CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

¹⁵ Para delimitações preliminares acerca de um Direito Penal e Processual Penal democrático ver item 3.1 deste trabalho e, essencialmente: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002; LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

¹⁶ Ver item 1.2 deste trabalho e, essencialmente: CALLEGARI, André; GIACOMOLLI, Nereu (organizadores). *Direito Penal do Inimigo*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010; MACHADO, Marta Rodriguez

processo penal,¹⁷ de modo que a conformidade constitucional e a defesa das garantias democráticas precisam ser preocupação constante dos controladores do poder punitivo estatal.

3. Este cenário acarreta marcantes consequências também na esfera processual penal, especialmente em matéria de prisões cautelares, tema deste estudo, ao passo que tais medidas são banalizadas, tornando-se clara antecipação da punição e, assim, instrumento processual diretamente relacionado à expansão do Direito Penal e à cultura punitivista.¹⁸

4. A Lei 12.403/11 surgiu, então, neste contexto atormentante e provocou importantes alterações que podem contribuir para o delineamento de um processo penal democrático no Brasil, mas ainda existem pontos a serem intensamente questionados, como a ausência de prazos, a vagueza autoritária da “ordem pública e econômica” e a ainda possível atuação de ofício do magistrado.¹⁹

5. Ao estudarmos as bases teóricas das medidas cautelares no processo penal brasileiro, percebemos que parte das incongruências atuais da doutrina majoritária nesta matéria se dá em decorrência de uma indevida fundamentação em uma teoria geral do processo, a qual pode ser responsabilizada por equivocadas construções e a manutenção de uma cultura acrítica na área processual criminal.²⁰

6. A decretação de prisões cautelares deve ser utilizada com fortes restrições, posto que representa intenso risco de violação ao princípio da presunção de inocência, basilar em um Estado Democrático de Direito, além de portar consigo intensos efeitos latentes, que desvirtuam o processo penal democrático e o modelo acusatório, contribuindo para a reprodução da desigualdade social através da estigmatização e do preconceito.²¹

de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*. Uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

¹⁷ Ver item 1.3 deste trabalho e, essencialmente: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de Segurança Jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁸ Ver item 1.3 deste trabalho e, essencialmente: VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

¹⁹ Ver itens 2.2 e 2.3 deste trabalho e, essencialmente: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁰ Ver item 2.1 deste trabalho e, essencialmente: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²¹ Ver item 3.2 deste trabalho e, essencialmente: WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

7. Do mesmo modo crítico devem ser analisadas as medidas cautelares diversas, pois, em caso de intensa utilização indevida e sem legitimação adequada, tais inovações podem acarretar a expansão do controle penal, semelhantemente à introdução de penas alternativas no ordenamento brasileiro, ou seja, o objetivo da Lei 12.403/11, reduzir e racionalizar o regime das prisões provisórias no processo penal brasileira, pode acabar distorcido.²²

8. Para que a introdução de medidas cautelares diversas no ordenamento brasileiro tenha como consequência a redução do alarmante número de prisões cautelares, em frontal violação ao princípio da presunção de inocência e à busca de um processo penal democrático, resta clara a necessidade de atenção aos fundamentos para a sua decretação, ou seja, qualquer restrição a direitos do acusado antes de uma condenação definitiva precisa ser fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* (conforme a regra geral do art. 282 e as previsões específicas do art. 319 do Código de Processo Penal).²³

9. Por fim, teme-se que a mudança da legislação por si só pode ser inutilizada pela reprodução acrítica dos atores do campo criminal, é fundamental, portanto, uma mudança de cultura na aplicação do poder punitivo, de modo a romper com o pensamento inquisitorial-encarcerador.²⁴

²² Ver item 3.3 deste trabalho e, essencialmente: APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. *Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão*. Pelotas: Editora Universitária UFPEL, 2011.

²³ Ver item 3.3 deste trabalho e, essencialmente: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas Cautelares Alternativas*. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011.

²⁴ Ver item 3.3 deste trabalho e, essencialmente: COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, nº 33, abr.-jun. 2009, p. 7-9; COUTINHO, Jacinto Nelson. Lei 12.403/11: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, nº 223, junho/2011. p. 04; CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*. Uma Fundamentação para o Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, nº 229, dezembro/2011, pp. 14-16.
- AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal*. Crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de Segurança Jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. *Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão*. Pelotas: Editora Universitária UFPEL, 2011.
- AROCA, Juan Montero. *Proceso Penal y Libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thomson Civitas, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.
- _____. Você tem medo de quê? In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 53, mar./abr. 2005, pp. 367-378.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.
- BINDER, Alberto M.. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- BUENO, Marisa; GARCIA, Rogério Maia. A crise do sistema punitivo: entre a hipercriminalização e a prisão preventiva como antecipação de pena. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo (org.). *A crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2006. pp. 49-58.
- CALLEGARI, André; GIACOMOLLI, Nereu (organizadores). *Direito Penal do Inimigo*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.
- _____; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, nº 87, nov-dez/2010. p. 281.

- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional. Uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Editora Pillares, 2009.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth (org.), *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- _____. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CASARA, Rubens R. R.. *Interpretação Retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas Cautelares e Prisão Processual*. Comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n° 33, abr.-jun. 2009, pp. 7-9.
- _____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n° 01, 2001, pp. 26-51.
- _____. Lei 12.403/11: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro Ciências Criminais*, ano 19, n° 223, junho/2011. p. 04.
- _____; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- _____; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. Volume 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*. Dramas, Princípios e Alternativas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n° 41, abr.-jun. 2011. pp. 91-101.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Medidas Cautelares. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 19, n° 224, julho/2011. pp. 06/07.

- FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011.
- GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: a study in social theory*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- _____. *Culture of Control*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- GUZELLA, Tathiana Laiz. A expansão do Direito Penal e a sociedade do risco. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Disponível em: <
<http://www.docstoc.com/docs/25011277/3070>>. Acesso em 24 de junho de 2011.
- KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/01 – Leis dos Juizados Especiais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 39, São Paulo, ano 10, jul.-set./2002, p. 148-174.
- LARRAURI, Elena. La Economía Política del Castigo. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia*, v. 11, n. 06, 2009, pp. 06:1-06:22.
- _____. Nuevas tendencias en las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, 2005, pp. 66-87.
- LEMGRUBER, Julita. Verdades e mentiras sobre o sistema de justiça criminal. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Brasília, nº 15, set./dez. 2001, pp. 23-29.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisões (e das medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- _____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- _____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- _____. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. *Nulidade e limitação do poder de punir: análise de discurso de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*. Uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

- MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 59, mar.-abr. 2006, pp. 223-259.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático*. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Processo Penal como Instrumento de Democracia. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n° 17, jan./mar. 2005, p. 63.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n° 83, março-abril/2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. As reformas processuais penais introduzida pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora RT, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal*. Lei n° 12.403, de 05 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- PRATT, John, et all. (Org.). *The New Punitiveness*. Trends, theories, perspectives, Portland: Willan Publishing, 2005.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Luhmann, Dworkin, Alexy e Habermas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Reificação vs. Dignidade: revisitando os fundamentos do direito penal a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: TEIXEIRA; OLIVEIRA (Org.), *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Editora Manole, 2009.
- _____. Criminologia do Reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. pp. 91-106.
- _____. Primeiras Reflexões acerca da Distinção entre Princípios e Regras Constitucionais do Processo Penal. *Boletim Informativo IBRAPP*, Rio de Janeiro, ano 01, 2011/02, pp. 17-18.
- SANGUINÉ, Odone. Efeitos Perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n° 86, set-out/2010. pp. 289-335.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. 3ª edição. Madrid: Edisofer, 2011.
- SOTO NAVARRO, Susana. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-09. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>>. Acesso: 20/05/2011.

- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime*. Londres: Yale University Press, 1983.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2011.
- UM OÁSIS no deserto punitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, nº 223, jun./2011, p. 01.
- VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.