JOSÉ LOUREIRO SOBRINHO

**A CUSTÓDIA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO
E A LEI 12.403/2011**

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor José Raul Gavião de Almeida

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo
2017**

JOSÉ LOUREIRO SOBRINHO

**A CUSTÓDIA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO
E A LEI 12.403/2011**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo
2017**

Sobrinho, J.L.

A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011./ José Loureiro Sobrinho. São Paulo, 2017. 341 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo – USP.

Orientador: José Raul Gavião de Almeida

1. Processo penal. 2. Custódia Cautelar. 3. Liberdade e segurança.
4. Garantismo e eficácia. 5. Proporcionalidade. 6. Presunção de inocência.
7. Justiça. I. Título

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Data: _____

A todos que buscam o ideal de justiça.
Essa luta é vossa maior conquista.

Sendo a perda da liberdade uma pena em si, esta apenas deve preceder a condenação na exata medida em que a necessidade o exige.¹

¹ Cesare Beccaria. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p.54.

Resumo

Sobrinho, J. L. **A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011.**/ José Loureiro Sobrinho. São Paulo, 2017. 341p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo – USP.

Inicialmente foi feito breve apanhado da liberdade e sua mitigação pela prisão, ressaltando-se, então, os sistemas de avaliação de prova e sua relevância no tema. A seguir, foi feito esboço histórico da custódia cautelar no direito comparado, em especial em Portugal e Itália, que serviram de inspiração para nosso novo modelo cautelar. O processo penal, em si, foi analisado em sua técnica da cautelaridade e sob o prisma do devido processo legal. A nova sistemática da custódia cautelar, introduzida pela Lei 12.403/2011, foi analisada à luz da proporcionalidade e da presunção de inocência, a buscar um equacionamento entre os direitos e garantias fundamentais e a eficácia estatal na solução dos conflitos, contrapondo a liberdade individual e a segurança social. Enfim, o foco principal deste estudo científico foi demonstrar a importância do novo sistema de medidas cautelares pessoais, rompendo a bipolaridade prisão/liberdade, denotando o caráter excepcional da custódia provisória, fato corroborado pela criação na novel legislação de medidas alternativas adequadas à natureza do crime e à situação do criminoso.

Palavras chave: Processo penal. Custódia Cautelar. Liberdade e segurança. Garantismo e eficácia. Proporcionalidade. Presunção de inocência. Justiça.

Abstract

Sobrinho, J.L. **The Caution Custody in the Brazilian Criminal Procedure and Law 12.403/2011.** / José Loureiro Sobrinho. São Paulo, 2017. 341p. Dissertation (Master). University of São Paulo – USP.

Initially a brief survey of freedom and its mitigation by prison was made, emphasizing, then, the systems of evaluation of evidence and its relevance in the subject. The following was a historical sketch of precautionary custody in comparative law, especially Portugal and Italy, which served as inspiration for our new precautionary model. The criminal procedure itself was analyzed in its precautionary technique and under the prism of the principle of due process. The new system of pre-trial detention, introduced by Law 12.403/2011, was interpreted in the light of proportionality and presumption of innocence, to seek an equation between fundamental rights and guarantees and state effectiveness in the resolution of conflicts, as opposed to individual freedom and social security. Finally, the main focus of this scientific study was to demonstrate the importance of new system of personal precautionary measures, breaking the bipolar prison/freedom, denoting the exceptional character of the provisional custody, a fact corroborate by the creation in the novel legislation of alternative measures appropriate to the nature of the crime and the situation of the criminal.

Keywords: Penal proceedings. Caution custody. Freedom and security. Garantism and effectiveness. Proportionality. Presumption of innocence. Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 LIBERDADE E SUA MITIGAÇÃO PELA PRISÃO	15
2 SISTEMAS PROCESSUAIS DE AVALIAÇÃO DE PROVA E SUA RELEVÂNCIA NO TEMA	29
2.1 Sistema inquisitivo e a prova legal tarifada	29
2.2 Sistema acusatório e o livre convencimento motivado	32
2.3 Sistema adotado no Brasil	36
3 ESBOÇO HISTÓRICO DA CUSTÓDIA CAUTELAR NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL COMPARADO	43
3.1 Finalidade e legitimação da prisão cautelar historicamente	43
3.2 Sistema português	51
3.2.1 Princípios aplicáveis	51
3.2.2 Requisitos e procedimento de adoção das medidas de coação possíveis	55
3.2.3 Medidas de coação em espécie	59
3.3 Sistema italiano	65
3.3.1 Princípios relacionados	65
3.3.2 Requisitos e procedimento de aplicação das medidas cautelares admissíveis	68
3.3.3 Espécies e hipóteses de revogação e modificação de medidas cautelares	73
3.4 Sistema espanhol	76
3.4.1 Disposições constitucionais relacionadas	76
3.4.2 Procedimento de aplicação e espécies de medidas cautelares	78
3.5 Sistema alemão	81
3.5.1 Disposições constitucionais	81
3.5.2 Procedimento de aplicação das cautelares e pressupostos da preventiva	82
3.6 Outros países	84

4 CUSTÓDIA CAUTELAR NO BRASIL	86
4.1 Histórico	86
4.1.1 Sistema anterior ao Código de Processo Penal de 1941	86
4.1.2 O sistema do CPP de 1941 e as progressivas mudanças de paradigma	90
4.1.3 Novo sistema cautelar adotado a partir da Lei 12.403/2011	98
4.2 Finalidade	106
4.2.1 Noções gerais e autonomia do procedimento cautelar	106
4.2.2 Tutela cautelar e tutela antecipada	111
4.2.3 Tutela cautelar instrumental e tutela cautelar final	113
4.3 Características	115
4.3.1 Instrumentalidade	115
4.3.2 Alternatividade	117
4.3.3 Provisoriedade	118
4.3.4 Acessoriedade	120
4.3.5 Referibilidade	121
4.3.6 Gradualidade	122
4.3.7 Cumulatividade e variabilidade	125
4.3.8 Excepcionalidade	127
4.4 Pressupostos e poder geral de cautela	129
4.4.1 “ <i>Fumus boni iuris</i> ” e “ <i>periculum in mora</i> ”	129
4.4.2 “ <i>Fumus commissi delicti</i> ” e “ <i>periculum libertatis</i> ”	131
4.4.3 Cautelaridade processual civil e processual penal	135
4.5 Espécies	137
4.5.1 Prisão temporária	137
4.5.2 Prisão em flagrante e prisão preventiva	141
4.5.3 Prisões decorrentes da pronúncia e da sentença condenatória recorrível	145
 5 ALGUNS PRINCÍPIOS RELACIONADOS	 147
5.1 Dignidade da pessoa humana	147
5.2 Devido processo legal	150
5.3 Presunção de inocência	152
5.3.1 Origem	152
5.3.2 Natureza jurídica	152
5.3.3 Aspectos	154

5.4	Proporcionalidade	161
5.4.1	Breves considerações iniciais	161
5.4.2	Pressupostos.....	169
5.4.2.1	Legalidade e justificação teleológica	169
5.4.3	Requisitos extrínsecos.....	175
5.4.3.1	Judicialidade e motivação	175
5.4.4	Requisitos intrínsecos	180
5.4.4.1	Adequação ou idoneidade	180
5.4.4.2	Necessidade ou subsidiariedade	180
5.4.4.3	Ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito	186

6	PRISÃO PROVISÓRIA E A LEI 12.403/2011	190
6.1	Prisão em flagrante	190
6.1.1	Conceito e natureza jurídica	190
6.1.2	Fundamento, cabimento e relaxamento	195
6.2	Prisão preventiva.....	203
6.2.1	Conceito e natureza jurídica	203
6.2.2	Hipóteses de cabimento	206
6.2.3	Pressupostos.....	217
6.2.3.1	Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria	217
6.2.4	Requisitos.....	221
6.2.4.1	Garantia da ordem pública e da ordem econômica.....	221
6.2.4.2	Conveniência da instrução criminal.....	227
6.2.4.3	Garantia de aplicação da lei penal	229
6.3	Conversão do flagrante em preventiva	231
6.3.1	Análise do instituto sob o prisma da persuasão racional e proporcionalidade	231
6.4	A prisão domiciliar	237
6.5	Questões controvertidas	239
6.5.1	O juízo de garantias e a audiência de custódia	239
6.5.2	Prisão provisória e colaboração premiada	245
6.5.3	Prisão e o trânsito em julgado da sentença condenatória.....	249
6.5.4	Jurisprudência	252

7 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA	258
7.1 Medidas cautelares alternativas	258
7.1.1 Disposições gerais.....	258
7.1.2 Espécies e situações de cabimento.....	264
7.1.2.1 Comparecimento periódico a Juízo.....	264
7.1.2.2 Proibição de acesso a determinados lugares	266
7.1.2.3 Proibição de contato com pessoa determinada	268
7.1.2.4 Proibição de se ausentar do Juízo da culpa.....	270
7.1.2.5 Recolhimento domiciliar.....	274
7.1.2.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica.....	276
7.1.2.7 Internação provisória	278
7.1.2.8 Monitoração eletrônica	280
7.2 Liberdade provisória	282
7.2.1 Conceito e natureza jurídica	282
7.2.2 Modalidades.....	287
7.2.2.1 Liberdade provisória com e sem fiança	287
7.3 Controvérsias	295
7.3.1 Agente político e a suspensão do exercício de função pública.....	295
7.3.2 Condução coercitiva	303
7.3.3 Fixação e excesso de prazo na prisão cautelar e nas medidas a ela diversas.....	307
7.3.4 Jurisprudência.....	311
 CONCLUSÃO	 316
 BIBLIOGRAFIA	 332

INTRODUÇÃO

A realização da Justiça é vetusto desejo humano, nas várias civilizações traduzido como a busca por uma ordem jurídica justa. Essa ordem jurídica justa requer alguns princípios, para satisfação de seu mister, principalmente o da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Em matéria processual penal, após longa luta pelo direito foi possível estabelecer o primado dos direitos e garantias individuais, os quais são decorrentes dos princípios acima mencionados, consubstanciados no comumente chamado sistema acusatório.

Entre esses direitos, destacam-se a liberdade e a segurança, contrapondo a garantia aos direitos fundamentais e a efetividade em processo penal, cujo equilíbrio deve ser buscado sempre com respeito ao princípio fundamental da presunção de inocência e por meio do postulado da proporcionalidade.

Pretender-se-á comprovar que a nova sistemática adotada pelo Legislador na Lei 12.403/11, obrigando o magistrado, verificando seus fundamentos intrínsecos, analisar a prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva ou aplicando medidas cautelares alternativas à prisão, nos termos da nova redação dada ao artigo 319, do Código de Processo Penal, ou, ainda, concedendo liberdade provisória, dá nítida ênfase ao sistema acusatório e, sem prejuízo, privilegia a jurisdição e a persuasão racional, à luz do cardeal princípio da presunção de inocência, sem perder de vista a individualização da pena, evidenciando a excepcionalidade da medida de custódia cautelar, em atenção ao devido processo legal.

A pedra de toque de toda a análise será a proporcionalidade, pois somente a partir dela tem sentido uma análise mais profícua das alterações adotadas pela novel legislação já mencionada. Isto porque, até certo tempo a prisão provisória era a regra e a liberdade exceção, o que foi se modificando, culminando na possibilidade de uma análise acurada de cada caso a partir dos pressupostos e requisitos da custódia, visando uma resposta mais adequada e proporcional à situação, com a possibilidade, além das hipóteses de pronta liberdade provisória, também da aplicação de medidas alternativas ao cárcere prematuro.

Ora, se não pode perder de vista a necessidade de equilíbrio entre o garantismo – oriundo da preservação dos direitos e garantias fundamentais, entre os quais no caso se destaca a liberdade – e a eficácia na solução dos conflitos, essencial para se fundamentar a prisão cautelar, sendo exatamente neste ponto que cresce a importância da proporcionalidade para um correto balizamento e modulação das situações do porvir.

Enfim, buscar-se-á, no presente estudo científico, partindo de um enfoque histórico e princípios norteadores do tema, se analisar a referida reforma processual, numa tentativa de demonstrar a importância da nova sistemática da prisão cautelar como corolário de consolidação do sistema acusatório em razão de enfatizar a persuasão racional e a presunção de inocência, tendo como orientação a proporcionalidade, a justificar o cabimento ou não da custódia cautelar, denotando o caráter excepcional da medida, fato corroborado, também, pela criação na novel legislação de medidas alternativas adequadas à natureza do crime e à situação do criminoso.

CONCLUSÃO

A prisão provisória evidencia-se como medida excepcional, somente podendo ser decretada nos estritos parâmetros da legalidade e quando necessária para a defesa social e os fins do processo, pois se assegurando seu desenvolvimento regular fica resguardada a aplicação futura de pena, garantindo-se os valores sociais como um todo, mas sem se perder de vista os direitos e garantias individuais.

Apesar de algumas críticas e a aparente desproporção entre o custo e vantagem da prisão cautelar, especialmente em face do princípio da presunção de inocência todas as legislações atuais trazem previsões para sua adoção, o que, também, assentado está na Declaração Universal dos Direitos do Homem e igualmente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Não há como negar que existe delicado balanço entre as medidas coercitivas utilizadas pelo Estado para eficácia de sua atuação na efetivação da segurança aos cidadãos e os direitos e garantias individuais a eles assegurados nas Constituições. A rigor, tais medidas cautelares são fruto da tensão entre dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito, de um lado a proteção do conjunto social e manutenção da segurança coletiva e de outro a garantia e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.

Busca-se o equilíbrio entre o garantismo e a eficácia, ou em outras palavras, entre os direitos individuais do cidadão contra eventuais atrocidades do Estado e o direito do Estado, da coletividade, da sociedade civil organizada, à segurança, preservando-os contra as atrocidades de alguns cidadãos.

Mesmo sendo a prisão provisória uma garantia processual e até social, para alguns até sem a característica cautelar, pois oriunda de um poder autônomo ou de disposição do órgão judiciário, sem nexo de causalidade com futura execução de pena, devem ser coibidos eventuais abusos e/ou desvirtuamentos, uma vez que se tal prisão é medida excepcional se não pode permitir que seja direcionada a obter o maior número de informações possíveis para

viabilizar a acusação, transmutando-se erroneamente sua natureza de meio de tutela de prova para meio de obtenção de prova.

Com o advento do iluminismo, os indivíduos passaram a ter direitos e garantias para contrapor ao Estado, surgindo os princípios da legalidade, do devido processo, da presunção de inocência e, no caso específico da prisão provisória, da excepcionalidade. A par disso, a proporcionalidade na imposição da sanção que foi a mola mestra de tal pensamento, assume no tocante à custódia cautelar peculiar importância, pois somente a utilização de tal postulado poderá equacionar tensão existente entre os direitos fundamentais da liberdade e da segurança.

No sistema original do Código de Processo Penal de 1941, prevalecia a máxima da presunção de culpa em detrimento da presunção de inocência, não existindo uma tutela efetiva da liberdade, não caracterizando exagero dizer ser a prisão a regra e a liberdade a exceção. O réu buscava se livrar da culpa tanto solto, nos casos de infração de menor reprovabilidade, como preso, nos demais casos, mas em ambos a culpa era presumida. Se houvesse a prisão em flagrante o réu permaneceria preso até o final do processo, invariavelmente.

A Constituição Brasileira de 1988 consolidou a presunção de inocência como princípio formador do sistema de prisões, modificando o antigo eixo no qual o réu era considerado como mero objeto do processo, ao recair sobre ele aura de presunção de culpabilidade, em franca violação à dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, tal presunção definitivamente modificou a prisão como mero ato de autoridade, de império, assumindo definitivamente uma função de cautelaridade baseada na preservação da finalidade do próprio processo, caracterizando o cárcere uma exceção de maneira que alguém jamais a ele poderia estar sujeito provisoriamente se existissem no ordenamento outras medidas menos severas e, também, eficazes de controle do bom andamento da marcha processual.

Se a prisão não é mais a regra, passando a prevalecer o princípio da presunção de inocência como salvaguarda do direito individual da liberdade, rechaçando-se a inaceitável presunção de culpa antes do trânsito em julgado da sentença, não teria sentido a manutenção da prisão em flagrante sob a justificativa da inafiançabilidade oriunda da gravidade do delito,

até porque a fiança não mais seria mais a única possibilidade de alguém responder ao processo em liberdade, tendo em vista a natureza proeminente cautelar que passou a ter a custódia sob a nova ordem constitucional.

A prisão e a liberdade provisória, originalmente, não poderiam ser caracterizadas como medidas cautelares, pois seu fundamento não se apoiava em juízo concreto de adequação e necessidade da medida, mas em mero ato de autoridade.

Entretanto, a manutenção da prisão provisória, à luz da consolidação do Estado Democrático de Direito e da presunção de inocência, evolui como medida excepcional em atenção à dignidade da pessoa humana, somente podendo ser decretada nos estritos parâmetros da legalidade e quando necessária para a defesa social e os fins do processo, pois se assegurando seu desenvolvimento regular fica resguardada a aplicação futura de pena, garantindo-se os valores sociais como um todo, não se podendo perder de vista os direitos e garantias individuais.

Firma-se a prisão provisória com natureza precipuamente cautelar, preocupada de uma banda em preservar a sociedade de ações ilícitas invasivas futuras e de outra em garantir os fins do processo e a efetividade da ação estatal na distribuição da justiça e, para tanto, não se pode mais basear em simples ato de império, mas em outro racionalmente motivado a partir de premissas claramente preestabelecidas. A custódia cautelar passa a ser exigida somente quando presentes seus requisitos e pressupostos a apontar para sua necessidade e adequação proporcional ao caso concreto.

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, buscou equacionar os sistemas penal e processual penal, com previsão de medidas alternativas ao cárcere, colocando à disposição do magistrado um sem número de meios capazes do asseguramento do processo e de seus resultados, sem com isso impor o aprisionamento à pessoa humana, com os malefícios que aludida situação sabidamente causa ao acusado ainda não definitivamente condenado. Finalmente, equacionou em definitivo o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade com a legislação infraconstitucional pátria, ajustando-a a um sistema acusatório lastreado na legalidade, no devido processo legal e na excepcionalidade da prisão provisória,

adotando a proporcionalidade como parâmetro viável a solucionar o conflito premente entre os direitos fundamentais da liberdade e da segurança.

Adotando-se o princípio da proporcionalidade, rompeu-se o odioso binômio da prisão/liberdade, ou seja, ou o indivíduo restava preso, às vezes compulsoriamente por força da casual gravidade do delito independentemente dos casos de flagrante, ou era colocado em liberdade provisória nos restritos casos em que a Lei admitia. A partir de então, em coerência com o pensamento adotado para sanções definitivas alternativas começaram a ser admitidas várias medidas cautelares diversas à prisão cautelar, além da liberdade provisória pura e simples e sempre em atenção às condições específicas do criminoso e às peculiaridades do caso concreto.

Quaisquer providências cautelares devem estar fundadas em seus pressupostos e requisitos, sendo necessário haver prova da materialidade de um delito e indícios suficientes de sua autoria com relação a alguém, muito embora não se possa negar a existência de uma gradação desta prova indiciária. Além disso, deve haver o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, não podendo a cautela ser aplicada com base na gravidade abstrata do fato. Ou melhor, ao se determinar que as medidas cautelares somente podem ser impostas “para se evitar a prática de infrações penais”, a nova lei delimitou o indeterminado conceito de “garantia da ordem pública”, impossibilitando interpretações muito mais abertas, sendo fundamental, enfim, a demonstração da necessidade da medida para a garantia do processo (artigo 282, I, do Código de Processo Penal).

Para decretação das medidas cautelares pessoais não se pode justificar a necessidade de sua aplicação somente com base em simples conjecturas a respeito de mera possibilidade de reiteração criminosa, de fuga ou de riscos abstratos de interferência na instrução criminal, sendo imprescindível real probabilidade, efetivamente, algo mais concreto em relação a tais situações fáticas.

Sem prejuízo, a medida deve ser a mais adequada e idônea a produzir seus efeitos garantidores do processo, ou seja, a eficácia da medida deverá ser alcançada pelo meio menos gravoso. Se o gravame for mais rigoroso que o necessário, se exceder o suficiente para

garantia da investigação penal eficiente haverá desproporcionalidade e, portanto, eventual recolhimento à prisão será abusivo (artigo 282, II, do Código de Processo Penal).

Especificamente para a decretação da custódia cautelar a legislação passou a requerer algo mais que mera necessidade. Exige-se a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo, medida essa que, assim, transmutou-se em excepcional, isto é, se mesmo verificada sua urgência e necessidade, só será imposta quando não existir alguma outra medida alternativa menos radical capaz de tutelar a efetividade da investigação criminal.

É conveniente ressaltar que a maior novidade da Lei 12.403/11 foi a introdução de diversas medidas alternativas à custódia cautelar, consoante se pode observar no artigo 319, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, rompendo o binômio prisão/liberdade, no qual era consagrado um critério de tudo ou nada. Agora, o legislador privilegiou a dignidade da pessoa humana e o estado democrático de direito, lançando mão do postulado da proporcionalidade para, em atenção à presunção de inocência, evitar excessos.

Se houver uma providência cautelar menos gravosa e que seja suficiente e bastante para se alcançar os fins garantidores do processo, a custódia será sem justa causa, em nítido constrangimento ilegal. A privação completa da liberdade do indivíduo passa a constituir a *extrema ratio* da *ultima ratio*, tornando-se a prisão provisória medida de natureza subsidiária, a ser utilizada em último caso, quando não cabível sua substituição por outra prevista, nos termos do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

A concessão de liberdade provisória passa a ser obrigatória e não mais facultativa quando ausentes os pressupostos e requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, rompendo-se definitivamente com o sistema punitivo original de antecipação de culpa do Código de Processo Penal de 1941, consolidando a natureza cautelar da medida com sua instrumentalidade em função de tutelar a eficácia do processo principal e seu destino.

O princípio acusatório, como não poderia deixar de ser, também foi explicitamente contemplado no novo sistema cautelar adotado pela Lei 12.403/11, mais precisamente no artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal. Afastou-se qualquer iniciativa judicial na decretação de medidas cautelares de natureza pessoal na fase de investigação ou persecução

criminal. Exige-se a provocação do magistrado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público para tal imposição nesta fase. A opção pelo afastamento do juiz do conhecimento parece clara, visando impedir que ele autue indevidamente em situações típicas e precipuamente relacionadas à investigação do fato criminoso, a não ser quando a tanto provocado.

Se na teoria geral do processo as providências cautelares têm função instrumental, caracterizando um instrumento a serviço do instrumento com missão de tutelar a eficácia do processo principal, vinculando-se geralmente a ele, tal exatamente não ocorre em processo penal.

A imposição de medidas cautelares nem sempre cumpre a instrumentalidade propriamente dita, voltando-se, em algumas ocasiões, para uma função extraprocessual, o que se denota nas hipóteses de decretação da prisão provisória para a garantia da ordem pública (artigo 312, do Código de Processo Penal) ou quando da aplicação das medidas cautelares em geral para se evitar a reiteração criminosa (artigo 282, I, do Código de Processo Penal), ganhando ares de uma chamada cautelaridade social, por assim dizer.

Iniciado o processamento penal, as cautelares poderão assumir, além de sua natureza precipuamente instrumental, uma missão destinada a questões típicas de segurança pública, não se podendo subestimar, portanto, neste tema que se trata de providência caracterizada pela urgência na sua aplicação, sob risco de perecimento da efetividade da medida.

A prisão cautelar se justifica como instrumento de garantia da eficácia da investigação criminal se existir situação de risco real previsto em lei. Não é suficiente o perigo genérico, exigindo-se uma demonstração provável da alteração da situação de fato capaz de esvaziar a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente inútil.

Se a aplicação da medida cautelar, em especial a prisão, puder trazer consequências mais danosas do que o próprio provimento final buscado, tal cautela perderia sua justificação, ressaltando-se uma natureza precipuamente punitiva e, assim, a proporcionalidade emerge como o real parâmetro de sua legitimação, de sua essência.

Somente as medidas cautelares pessoais propriamente ditas são compatíveis com a presunção de não culpabilidade, tendo em vista sua natureza eminentemente conservativa, ao passo que as demais medidas que impliquem em antecipação dos efeitos da condenação penal, quer parcial ou totalmente, não são aceitas constitucionalmente, tendo em vista a natureza satisfativa, ainda que em caráter provisório.

A tutela cautelar visa minimizar eventuais malefícios que o tempo pode causar ao processo e à prestação jurisdicional, sendo espécie da chamada tutela de urgência. Tem natureza conservativa, pois visa assegurar a utilidade e a eficácia da tutela jurisdicional definitiva. Em outras palavras, busca preservar uma situação capaz de satisfazer em definitivo a pretensão inicial, evitando sua ineficácia em virtude de provável demora do processo.

As medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, são alternativas à prisão provisória. Não se trata de hipótese na qual aquela poderia ser imposta, sendo, contudo, substituída por medida de menos gravosa. Desde o início, presentes o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti* será possível a imposição de medida cautelar alternativa, o que dá conta que a prisão provisória não é a mais adequada e proporcional ao caso.

Em razão do caráter instrumental da tutela cautelar, depreende-se seu aspecto de provisoriedade. As medidas cautelares permanecem enquanto forem ainda necessárias ou enquanto ausente a tutela definitiva que se busca, condicionando-se sua duração limita pelo decurso de tempo imprescindível para se atingir o pronunciamento jurisdicional principal e definitivo.

Como a liberdade tornou-se regra fundamental do novel sistema cautelar, passando a prisão provisória a ser medida excepcional, não há falar em concessão de cautelares atípicas para favorecer o acusado, pois tais medidas restringiriam seu direito constitucional de liberdade mais do que permitido em lei, tendo em vista que não sendo o caso de imposição de quaisquer das medidas restritivas legalmente admitidas outra alternativa não restaria senão a restituição ao indivíduo de sua liberdade, plena ou provisória.

Na medida em que a liberdade provisória passa a constituir um direito individual, cai por terra a obrigatoriedade de manutenção da prisão em flagrante ou de decretação da prisão preventiva meramente em virtude da existência de acusação contra alguém. Passa a ser necessária, em razão da essência cautelar da prisão, a verificação dos pressupostos e requisitos do “*fumus boni juris*” e do “*periculum in mora*”.

Se a prisão não é mais a regra, passando a prevalecer o princípio da presunção de inocência em atenção à liberdade individual, rejeitando-se a inadmissível presunção de culpabilidade ante do trânsito em julgado do édito condenatório, não teria mais sentido a manutenção da prisão em flagrante baseada em mero ato de autoridade e com força para determinar a manutenção de alguém no cárcere até o final do processo, devendo doravante fundamentar-se em outro racionalmente motivado a partir de premissas claramente estabelecidas, tendo em vista a natureza proeminente cautelar que passou a ter a custódia sob a nova ordem constitucional.

A prisão em flagrante, assim, foi mantida em razão de sua necessidade como resposta imediata, buscando obstar um crime e a violação ao bem jurídico tutelado, evidenciando a efetividade da ação estatal, assumindo, contudo, natureza jurídica precautelar para não mais se antecipar a culpa de forma automática. O juiz, então, não mais deve se restringir a verificar a formal regularidade do flagrante, sendo obrigado a justificar ser o caso, ou não, de prisão preventiva, nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11.

No tocante à prisão e liberdade, interessante frisar que com o surgimento do pensamento iluminista afloraram sistemas penitenciários focados no ser humano e em sua dignidade. Neste novo modelo, os castigos, tratamentos degradantes e torturas eram evitados, passando a se buscar uma reinserção do indivíduo em sociedade, com a progressividade no cumprimento de pena, o que deu azo às atuais penas alternativas às privativas de liberdade e consequente nas correlatas medidas cautelares alternativas ao cárcere provisório, rompendo-se a bipolaridade prisão e liberdade, à luz da proporcionalidade.

A prisão passa a figurar não como simples castigo, mas como realização de justiça, sendo seu cerne a dignidade da pessoa humana, direito fundamental inato limitador da ação do

Estado. O ser humano firma-se como a medida de todas as coisas, limitando o agir estatal e, assim, as penas que eram exageradamente desproporcionais aos fatos passaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento praticado. A legalidade, com taxatividade, a judicialidade e notadamente a proporcionalidade começam a se consolidar como os novéis vetores do sistema de punição.

O processo criminal sempre se preocupou com a questão da perda da liberdade antes de uma decisão definitiva e, também, do restabelecimento desta e, para tanto, evoluiu adotando as premissas da tutela da liberdade do acusado sob o paradigma da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da aplicação proporcional das medidas.

Sob o enfoque estritamente processual, cumpre notar que o princípio da presunção de inocência obsta a imposição de medidas restritivas de liberdade pessoal de alguém antes que a culpabilidade seja formal e legalmente reconhecida, salvo em casos de absoluta necessidade, fixando-se neste ponto a viabilidade da prisão provisória, baseada no correto equacionamento entre, de um lado, o direito de segurança dos cidadãos e efetividade do estado em asseguar-la e, de outro lado, o direito fundamental de liberdade do cidadão também consagrado sob o prisma iluminista liberal.

Quanto mais ocorre atraso na entrega de uma sentença de mérito, notadamente aquela que condena alguém a uma pena definitiva, postergando-se a solução de um processo, mais se transporta para a prisão provisória e demais cautelares a ela alternativa todo natural conflito existente entre os direitos individuais da liberdade e da segurança, entrando em cena a presunção de inocência para modular tal conflito, destacando-se, desde já, não haver incompatibilidade entre estes dois institutos. Ao contrário, este princípio enquanto tal regula a verificação da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação daquelas medidas restritivas de direitos e liberdades.

A prisão preventiva é perfeitamente compatível com a presunção de inocência ou de não culpabilidade, pois aquela é limite objetivo ao espectro de atuação desta, ao passo que esta caracteriza verdadeira garantia negativa a balizar a legislação na seara das medidas restritivas da liberdade de alguém, notadamente no tocante às exigências cautelares adequadas a autorizá-las.

Por conta da presunção de inocência a privação provisória da liberdade torna-se situação excepcional e circunscritas à hipóteses em que aquela possa comprometer o regular desenrolar e a efetividade da atividade processual, não se admitindo formas de antecipação de culpa e consequente imposição de pena como corolário automático da imputação, inviabilizando, desta forma, situações tais como as odiosas, nefastas e hoje revogadas prisões obrigatórias, incompatíveis com o estado democrático de direito fundado em tal princípio cardeal.

A prisão provisória não pode ser considerada uma antecipação de pena, uma vez que enquanto providência cautelar deve estar sujeita a seus pressupostos e requisitos, devendo obedecer uma instrumentalidade hipotética ou qualificada.

O princípio da presunção de inocência e o próprio devido processo legal são fundamentais para contrabalancear a carga negativa que a prisão provisória significa para o acusado, pois a manutenção desnecessária da prisão não deixa de ser um ataque à dignidade da pessoa humana.

A prisão provisória passa a ter característica de exceção e, bem por isso, ninguém a ela deve ser submetido quando o ordenamento jurídico vigente tiver previsão de demais formas alternativas e menos severas que ela e, sem prejuízo, capazes de dar conta do regular andamento do feito, preservando as finalidades da marcha processual.

Em devido processo legal se busca um equilíbrio entre as medidas coercitivas utilizadas para se dar efetividade à apuração e punição aos delitos e os direitos e garantias do homem e do cidadão, não sendo demais lembrar que as medidas cautelares são produto do enfrentamento entre dois deveres precípuos do Estado Democrático de Direito, destacando-se não haver direitos absolutos em uma democracia.

Assim, as normas constitucionais que tratam do tema, notadamente o princípio da presunção de inocência, não podem ser interpretadas exclusivamente sob o foco da proibição de excesso, sendo essencial para tanto se fazer uso do postulado da proporcionalidade para se verificar o cabimento de certa medida mais ou menos extrema, caso a caso.

Importante notar entre as diversas medidas cautelares existentes, quer a prisão cautelar como *extrema ratio* da *ultima ratio* ou outra medida a ela alternativa, se tais violariam ou não a presunção de inocência, devendo se buscar mensurar, para tanto, certos parâmetros a fim de se obstar indesejáveis intervenções desproporcionais ao fundamental direito à liberdade, impedindo-se com justiça e eficácia a custódia cautelar indevida ou excessiva.

As formas de prisão anteriores à condenação devem, à luz deste princípio fundamental, atender às finalidades processuais instrumentais dirigidas ao asseguramento da própria realização do processo e de seus resultados, não se podendo perder de vista, contudo, que as medidas cautelares em geral podem ter outro destino não exatamente instrumental, mas voltado para questões típicas de segurança pública à luz do risco de reiteração de atividades reconhecidamente criminosas.

Inexistem direitos absolutos em quaisquer estados democráticos e, bem assim, as normas que os disciplinam não devem ser interpretadas obtusamente sob o enfoque da já referida proibição de excesso ou do acatamento ilimitado das garantias daquele indivíduo sujeito à investigação criminal, naquilo que costumeira e convencionalmente se denominou garantismo negativo.

A rigor, o aparato estatal pode fazer uso de mecanismos acauteladores para preservar a segurança e o processo em face dos que atacam direitos individuais de outrem e o bem geral de todos e, neste ponto, a prisão provisória assume natureza não somente de garantia processual, mas, também, de garantia social, proporcional à violação dos bens jurídicos legalmente tutelados e os fins do processo, nos casos estritamente previstos na legislação, naquilo que costumeira e convencionalmente se denominou garantismo social ou positivo.

À evidência, continuamente permanecerá o aparente conflito e tensão entre o princípio da presunção de inocência e o sistema geral de persecução penal, notadamente no tocante ao uso para tanto da custódia anteriormente à condenação, destacando-se que o melhor modo de se resolver a questão será por intermédio da adoção do postulado da proporcionalidade, pois por meio deste se buscará o cabimento balizado e modulado da medida extrema e excepcional, da *extrema ratio* da *ultima ratio*, caso a caso.

A proporcionalidade surge como critério orientador e essencial ao estabelecimento de paradigmas racionais fundamentais ao Estado Democrático de Direito, funcionando, por um lado, como restrição das restrições quando atua no sentido da proibição do excesso e vedação do exercício arbitrário do poder, dando azo ao denominado garantismo negativo e, por outro lado, como legitimadora da ação estatal, visando a apuração e punição dos delitos, relacionando-se com o princípio da proteção eficiência da proteção penal, dando azo ao denominado garantismo social ou positivo.

Pela lente da proporcionalidade busca-se solução menos excessiva para um dos interesses em conflito, potencializando-se o exercício dos direitos fundamentais. De uma forma ou de outra, seu escopo é consolidar a proibição do excesso, mitigando e erradicando intervenção mais gravosa que o possível a um caso em concreto, mas sem perder de vista a máxima efetividade dos direitos estabelecidos em favor de seu titular.

O postulado da proporcionalidade é fundamental na busca por um razoável balanço entre interesse contrapostos em tensão ou conflito, configurando-se em notória ferramenta destinada a este fim com ampla aplicação no Direito como um todo, assumindo, contudo, peculiar importância no Direito Penal e Direito Processual Penal, especialmente no que se refere à imposição de medidas cautelares. Sua incidência é relevante não somente quanto à medida extrema de prisão provisória, mas também no tocante a quaisquer outras cautelares que de alguma maneira mitiguem de forma mais ou menos intensa o direito fundamental de liberdade dos cidadãos.

A utilização da proporcionalidade é fundamental para se modular a incidência do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, essencial na preservação dos direitos em um Estado Democrático, uma vez que faz as vezes de critério orientador para a aplicação das medidas cautelares, aliás, as únicas permitidas à luz do aludido princípio, vedando-se que estas assumam, em qualquer hipótese, o caráter de antecipação de pena.

O postulado da proporcionalidade é pressuposto essencial e fundamental no equacionamento do latente conflito entre o direito à liberdade pessoal e o direito de segurança do indivíduo enquanto cidadão e membro de uma sociedade, direito esse garantido pela premente necessidade de investigação criminal eficiente e eficaz, porque em um Estado

Democrático de Direito como o nosso se busca constantemente tanto a preservação da efetiva persecução penal quanto a proteção da liberdade do indivíduo, não se permitindo que aquela predomine sobre essa, sob pena de um retrocesso ao *ancien régime* onde prevalecia a presunção de culpa em detrimento do estado de inocência.

O apelo à proporcionalidade é indispensável para se afastar abusos por parte dos órgãos encarregados da persecução penal, especialmente no que se refere à aplicação de medida cautelares restritivas de liberdade, autorizando, de outra banda, restrições excepcionais em nome da repressão à criminalidade mais aguda, organizada ou violenta.

O juízo de ponderação a ser realizado no seio da proporcionalidade requer um sacrifício de um direito que seja útil e necessário para o deslinde do impasse, de modo que este se possa resolver da maneira menos gravosa possível, não podendo se perder de vista que o ônus ocasionado não sobrecarregue o bônus que busca com tal deslinde. Neste ponto, eclode a relevância das medidas cautelares menos danosas que a custódia, as quais podem substituir a medida extrema, se esta já houver sido decretada ou se apresentar como alternativa válida desde o princípio a obstar a imposição daquela nos casos em que ainda se não impôs sua decretação.

Então, se a prisão for desproporcional, de rigor, a imposição de medida cautelar a ela alternativa desde que preenchidos os requisitos legais, objetivando-se com isso que a limitação da liberdade de alguém apenas aconteça nas hipóteses de extrema necessidade, sempre com o menor sacrifício desta, sem prejuízo da efetiva realização do processo.

O processo penal será efetivo e eficaz se preservar as garantias constitucionais dos indivíduos e ao mesmo tempo possuir mecanismos que possibilitem meios eficientes de investigação e descoberta da verdade e esse equilíbrio somente será alcançado, no mais das vezes, pela utilização da proporcionalidade.

A intervenção em direitos fundamentais requer valores a serem protegidos com presença constitucional marcante de modo a os tornarem relevantes a ponto de poderem confrontar os valores intrínsecos nos direitos individuais limitados, do que se denota, em

síntese, que o princípio da proporcionalidade requer que toda a limitação a esses direitos tenda à consecução de fins legítimos.

A manutenção da prisão provisória evoluiu como medida excepcional, somente podendo ser imposta nos restritos termos previstos em Lei e se necessária para a preservação da sociedade e dos fins do processo, uma vez que ao se assegurar seu normal desenvolvimento fica garantida a efetivação de eventual punição futura, resguardando-se os valores sociais em geral e proporcionalmente os direitos e garantias individuais.

Por ter natureza jurídica de segregação provisória de alguém que comete um delito, com caráter inicial administrativo, exige-se por ocasião do flagrante somente a aparência de tipicidade, não sendo necessária qualquer valoração mais profunda sobre a ilicitude e a culpabilidade, caracterizando a tipicidade o *fumus comissi delicti*, o qual é patente e evidente ante a mencionada visibilidade da situação flagrancial. Já no tocante ao *periculum libertatis* é ele presumido quando se trata de delitos em pleno andamento, uma vez que evidente a lesão à ordem pública e à própria Lei.

Por outro lado, à luz das disposições vigentes, notadamente a legalidade e a reserva da jurisdição, muito embora a necessidade de urgência na resposta judicial à uma situação flagrancial, visando se consolidar a efetividade a ação estatal em impedir e investigar um fato criminoso, imprescindível a pronta análise judicial dos pormenores do flagrante.

A prisão em flagrante, assim, foi mantida em razão de sua necessidade como resposta imediata, visando impedir a realização de um crime e a violação ao bem jurídico protegido, evidenciando a efetividade da ação estatal, assumindo, contudo, natureza jurídica precautelar para não mais se antecipar a culpa de maneira instantânea.

Já a prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência. Pode ser decretada pelo Juiz tanto na fase de inquérito policial como em processo penal, mas necessariamente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Tendo em vista se caracterizar como espécie de prisão sem pena, não é demasiado asseverar que a preventiva é prisão provisória de natureza cautelar, a qual tem por objetivo garantir a harmonização da ordem pública, o sucesso da produção de provas e a efetividade da lei penal.

Com a evolução do instituto, no seio do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, a prisão preventiva deixou de ser obrigatória e baseada em mero ato de império decorrente de presunção de culpabilidade. Assim, sob o princípio da presunção de inocência a prisão preventiva assume natureza evidentemente cautelar, exigindo-se para sua imposição o pressuposto positivo do *fumus comissi delicti*, consistente na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

O simples clamor social, a repercussão negativa do fato e a gravidade abstrata do crime, por si só, não são hábeis a justificar a custódia cautelar, a qual deve ser baseada na gravidade concreta do crime e a possibilidade também concreta de reiteração criminosa, com aferição da periculosidade do agente a partir das circunstâncias em que o crime foi cometido.

A garantia da ordem pública busca, no mais das vezes, impedir a reiteração criminosa, resguardando a sociedade de maiores danos, afastando de seu convívio alguém que pela maneira de execução do crime aponte uma periculosidade elevada. A possibilidade de cometimento de outros crimes somente justificará a decretação ou manutenção da prisão preventiva se demonstrada sua possibilidade concreta de ocorrência em razão da potencial periculosidade do autor do fato apontar para que ele, solto, volte a delinquir.

Entre as novidades introduzidas pela Lei 12.403/2011, como das mais relevantes e fundamentais, ao lado da instituição das medidas cautelares alternativas à custódia, que rompeu o indesejável binômio prisão/liberdade, está a previsão necessária de análise pormenorizada da prisão em flagrante, visando seu relaxamento, conversão em preventiva ou concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. A rigor, tal previsão é consequência lógica do novo paradigma legal estabelecido à luz do princípio da presunção de inocência.

Inevitavelmente, a Lei 12.403/2011, e em especial o artigo 310, do Código de Processo Penal, reorientou a legislação infraconstitucional sob este novo paradigma da presunção de inocência.

A prisão em flagrante tornou-se uma prisão precautelar e precária e a prisão preventiva uma prisão cautelar propriamente dita, com necessidade para sua decretação ou manutenção da verificação dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Já as medidas cautelares em geral passaram a ser relevantes quando adequadas ao fim que se pretende atingir, necessárias quando utilizada aquela menos gravosa a impedir a situação de perigo que provavelmente arruinará a finalidade do processo e proporcionais desde que não atinjam objetivo mais grave que a própria finalidade pretendida ou que a punição que provavelmente seria imposta em hipótese de eventual condenação, devendo verificar, então, se o meio escolhido estaria ou não em razoável proporção com o fim visado.

Enfim, se não pode perder de vista a precisa e acurada lição de Cesare Bonesama, Marquês de Beccaria:

Se a prisão constitui somente uma maneira de deter o cidadão até que ele seja considerado culpado, como tal processo é angustioso e cruel, deve, na medida do possível, amenizar-lhe o rigor e a duração. Um cidadão preso deve ficar na prisão apenas o tempo preciso para a instrução do processo. [...]. O réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime.²⁰⁰

²⁰⁰ Cesare Beccaria. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p.55.

BIBLIOGRAFIA

1. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
2. ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto. **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Européia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Universidade Católica, 2011.
3. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
4. ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 42.
5. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
6. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.
7. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de medidas atípicas**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 31, n. 113, pg. 71-82, set. 2011.
8. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **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 alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 205-297.
9. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.
10. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O Supremo e a inafiançabilidade ou: por que prenderam o Deicídio**. In: Portal Justificando, 26 de novembro de 2015: Disponível em www.justificando.com.
11. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014.
12. BARRA, Eládio Escusol. **Manual de derecho procesal penal**. Madrid: Colex, 1993.

13. BATTAGLIO, Silvia. **"Indizio" e "prova indiziaria" nel processo penale. Rivista italiano adi diritto e procedura penale.** Milano, p. 189-208, 2000.
14. BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços.** Ed. Ridendo Castigat Mores (eBooksBrasil.com), Rocket Edition de 2000 a partir do HTML Disponível em: www.jahr.org. Acesso em: 20 fev. 2012.
15. BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática da monografia para os cursos de Direito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
16. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.
17. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar.** São Paulo: Malheiros, 2005.
18. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 158-159.
19. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz.** 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 11-12.
20. BOFIM, Edmilson Mougnot. **Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011.** São Paulo: Saraiva, 2011.
21. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/2011). Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas.** Revista do Advogado, São Paulo, v. 31, n. 113, pg. 112-121, set. 2011.
22. CALAMANDREI, Piero. **Eles juízes, vistos por nós advogados.** Tradução de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
23. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
24. CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2015.
25. CAPEZ, Rodrigo. **Prisão Cautelar e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2017.
26. CARNELUTTI, Francesco. **As funções do processo penal.** Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: Apta, 2004.
27. CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. Tiragem. São Paulo: Pillares, 2009.

28. CASTRO, Pedro Machado de Almeida. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão à luz da proporcionalidade**. Acervo FADUSP, 2015.
29. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Botelim IBCCrim — Ano 16 — n° 188, p. 11-13 — Julho 2008.
30. _____. **Lei no 12.403/2011: Mais uma Tentativa de Salvar o Sistema Inquisitivo**
31. **Brasileiro**. RDP n° 73, p. 84-86 — Abr-Maio/2012 — Parte Geral - Doutrina.
32. _____. **Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade**. Revista de Estudos Criminais n° 33, p. 07-09 — Abr-Jun./2009 — Prefácio.
33. _____. **O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro**. Boletim IBCCrim — Ano 15 — 175, p. 11-13 - Junho 2007.
34. _____. **Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa, Brasília - Ano 46 - n° 183, p. 103-115 — Julho-Set./2009 — Parte Geral – Doutrina.
35. _____. **Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema Do CPP, de Todo Inquisitorial**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
36. CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, princípios e alternativas**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei n. 12.403/11 (Lei das medidas cautelares pessoais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
37. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale Penale**. Padova: CEDAM, 2010.
38. DAMASKA, Mirjan. **Aspectos Globales de Las Reformas del Proceso Penal**. Artigo consultado em <http://www.dplf.org> (página web da `Fundación para el debido proceso legal`).
39. DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
40. DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Acervo FADUSP, 2006.
41. DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

42. DEI MALATESTA, Nicola Framarino. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.
43. DEU, Teresa Armenta. **Sistemas procesales penales. La justicia penal em europa y América**. Madrid: Marcial Pons, 2012.
44. DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **História e Prática do Habeas Corpus. Direito Constitucional e Processual Comparado**. 03. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.
45. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
46. ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 24. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.
47. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código do Processo Penal Anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
48. FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
49. FERRAIOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.
50. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; FERREIRA, Marina Bird; ANJOS, Margarida dos (Coords.). **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2009.
51. FEITOZA, Denilson. **Reforma Processual Penal. Leis 11.689/2008, 11.680/2008 e 11.719/2008. Uma abordagem sistêmica**. Niterói: Impetus, 2008.
52. FRANÇA, Rubens Limongi. **O Direito, a Lei e a Jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.
53. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.); MAÑAS, Carlos Vico; CHOUKR, Fauzi Hassan; BETANHO, Luiz Carlos; MORAES, Mauricio Zanoide de; FELTRIN, Sebastião Oscar; BICUDO, Tatianja Viggiani; NINNO, Wilson. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
54. FRANCO, Paulo Alves. **Prisão, Liberdade Provisória, Fiança e Medida Cautelar no Processo Penal**. Campinas: Servanda, 2012.
55. FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **A nova prisão e as novas cautelares no processo penal: texto comentado da Lei 12.403/11: medidas cautelares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

56. GIMENEZ, Marta Cristina Cury Saad. **Direito ao silêncio na prisão em flagrante**. In: PRADO, Geraldo (Coord.). Processo penal e democracia – estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
57. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação. Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12850/2013**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.
58. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 15-51.
59. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O livre convencimento do juiz no projeto de código de processo penal: primeiras anotações**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, p. 08-09, julho 2009.
60. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Acervo FADUSP, 1989.
61. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto o. 156/2009 do Senado Federal**. In Revista de Informação Legislativa: Brasília a 46 n. 183 julho/set. 2009.
62. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Prisão Preventiva e Garantias Constitucionais - A proporcionalidade como princípio constitucional da prisão cautelar**. In: Strozake, Juvelino José (Org.). Questões Agrárias: julgados comentados e pareceres, São Paulo: Ed. Método, 2002, pg. 248-253.
63. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2a ed. São Paulo: RT, 2013.
64. GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coação no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 2011
65. GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade**. Acervo FADUSP, 2011.
66. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidade y derechos fundamentales em proc. penal**. Madrid: Codex, 1990.
67. GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

68. GRECO FILHO, Vicente (1943). **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. atual., e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010.
69. GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). Edições Especiais. *Revistos dos Tribunais, 100 anos. Doutrinas Essenciais. Processo Penal*, v. 4. Processos em Espécie: Processo Comum; Processos especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
70. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.
71. GRINOVER, Ada Pellegrini et al., **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
72. ISASCA, Frederico. **A prisão preventiva e restantes medidas de coacção**. In PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 104.
73. JAKOBS Günther. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas. 2003.
74. JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
75. KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 404p. (Ensino Superior).
76. LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil, VIII, Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 1998
77. LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. **Prisão Temporária. Análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Acervo FADUSP, 2006.
78. LANGBEIN, Jonh H.. **The orings of adversary criminal trial**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

79. LIMA, Marcellus Polastri. **Da Prisão e da Liberdade Provisória na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
80. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
81. LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
82. MAIA, Clarisse, NETO, Flávio. COSTA, Marcos, ROCCO, Marcos Bretas. **História das Prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
83. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal. Da prevenção de competência ao juiz de garantias**. São Paulo: Atlas, 2014.
84. MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.
85. MARCÃO, Renato Flávio. **Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
86. MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica. Teses, Monografias e Artigos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
87. MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Forense, 1960.
88. MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Bookseller, 1997.
89. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
90. MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.
91. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.
92. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2007.
93. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, (1689-1755). **O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes; Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota**. São Paulo: Saraiva, 1987.

94. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
95. MOURA, Maria Thereza de Assis. **A prova por indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
96. NEVES, Roberto de Souza. **Dicionário de Expressões Latinas Usuais: 15.000 adágios, provérbios e máximas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.
97. NIEVA FENOLL, *Jordi*. **Fundamentos de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Edisofer, 2012.
98. NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
99. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
100. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
101. NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
102. NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2. ed. rev. atual. com a obra O valor da confissão como meio de prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
103. OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida. **Direito Processual Penal Principiológico**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, Ano 15, n. 1, junho 2015.
104. PACCELL, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. A Reforma da Lei n.12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.
105. PITOMBO, Cleunice V. B. **Força probante dos indícios e sentenças condenatória**. Boletim IBBCRIM, São Paulo, ano 21, n. 242, p. 7-8, jan. 2013.
106. POLASTRI, Marcellus. **Da Prisão e da Liberdade Provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) Na Reforma da 2011 do Código Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
107. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.

108. REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. rev. e res. São Paulo: Saraiva, 1994.
109. ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
110. SABINO JÚNIOR, Vicente. **Jean-Jacques Rousseau e o Contrato Social**. São Paulo: José Bushatsky, 1978.
111. SAMPAIO, Denis. **Um exemplo de limitação ao livre convencimento do julgador no processo penal - Façamos uma importação correta**. In: Revista Empório do Direito: São Paulo, abril/2015: Disponível em www.emporiiododireito.iusbrasil.com.br
112. SCARANCE FERNANDES, Antônio. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Itália**. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Livro em Homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: G/Z, 2014
113. SCARANCE FERNANDES, Antônio. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Portugal**. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2014.
114. SCARANCE FERNANDES, Antônio. **O sigilo financeiro, in: Direito Penal, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latim, 2006.
115. SILVA, César Dario mariano da. **Provas ilícita**. São Paulo: Atlas, 2010.
116. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal individualista clássico. Disponível no site www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf.
117. TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
118. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
119. TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo, 1991.
120. TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
121. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2010.

122. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
123. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Atualizada com a Lei da Prisão (Lei 12.403/2011). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
124. VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
125. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 85, pg. 447-494, jul/ago 2010.
126. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **O poder instrutório do juiz no processo penal**. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). Temas relevantes de direito penal e processual penal. São Paulo: Saraiva, 2012.