XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-127-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional comparticipado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

O SISTEMA DA PRISÃO PREVENTIVA: ANALISE À LUZ DO DIREITO COMPARADO

THE SYSTEM OF PROTECTIVE CUSTODY: AN ANALYSIS UNDER A COMPARATIVE PERSPECTIVE OF LEGISLATION.

Brunna Laporte Cazabonnet Chiavelli Facenda Falavigno

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar a prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando, inicialmente, a relevância da temática eleita. Em um segundo momento, a prisão preventiva passa a ser objeto de estudo para uma ampla pesquisa legislativa, realizada à luz do direito comparado. Nesse ponto, partindo de textos normativos de outros países, detivemo-nos em pontos essenciais no que toca ao tema, tais como requisitos e fundamentos, necessidade de motivação, prazos de duração, revisibilidade, bem como o papel desempenhado pelos atores envolvidos por ora da decretação. Os países escolhidos para a análise foram: Brasil, Chile, Portugal e Espanha. Ao final, foram relacionados criticamente os pontos convergentes e divergentes nas legislações estudadas, ponderando se a legislação brasileira, no que toca à prisão preventiva, foi atualizada, aproximando-se do teor de outros ordenamentos jurídicos. O trabalho se justifica pela importância do instituto, que vem sofrendo severas críticas pelo seu uso excessivo. A metodologia utilizada é pesquisa bibliográfica e legislativa.

Palavras-chave: Prisão preventiva, Direito comparado europeu, Reforma processual penal chilena

Abstract/Resumen/Résumé

The present article intends to analyze the institute of protective custody in the Brazilian legal system. In the next moment, as the object of this study, that institute will be examined from the standopoint of comparative law. It will emphasize the essentials points about the issue: requirements, fundaments, necessity of motivation, deadlines, revisibility and the role of the actors involved at the time of the prision decree. The countries elected for the research were: Brasil, Chile, Portugal and Spain. In the end, both the converging and divergent points of the legislation will be related. The article is justified by the importance of the institute, which has come under severe criticism for its excessive use. The methodology adopted is bibliographic and legislative research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Protective custody, Comparative european law, Reform of the criminal procedure in chile

Introdução.

Nesse trabalho, pretende-se estudar a prisão preventiva no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista não apenas a importância do instituto, mas o fato de este ser usado, conforme os dados apontam,[1] de forma recorrente e excessiva pelos magistrados brasileiros. O objetivo do trabalho é demonstrar o grau de evolução da prisão preventiva na legislação brasileira, verificando suas últimas e próximas reformas, bem como suas semelhanças e diferenças das previsões constantes nas legislações dos países utilizados como parâmetro de pesquisa.

Para isso, divide-se a abordagem do tema em duas partes. Em um primeiro momento, estuda-se quais os elementos mais significativos da prisão preventiva - após as alterações efetuadas pela Lei nº 12.403/2011 - e as disposições atinentes a esse instituto presentes no projeto de Lei nº 8.045/2010, ainda pendente de aprovação.

Na segunda parte, estabelecido o panorama do sistema atual vigente no Brasil, será abordado o instituto da prisão preventiva à luz da legislação comparada, traçando-se um quadro comparativo com os principais pontos definidores da medida entre dois países da América Latina – Brasil e Chile – e dois países da Europa – Portugal e Espanha. A eleição desses países se justifica, pois o Chile trata-se do país latino americano com a mais recente e bem sucedida reforma processual penal dos últimos anos, enquanto Portugal e Espanha vem passando por sucessivas reformas, influenciando, como sempre fizeram, o direito processual penal brasileiro.

Por fim, serão esboçadas algumas conclusões que podem ser auferidas pelos resultados da pesquisa realizada. O método utilizado nesse trabalho é a revisão bibliográfica de livros e artigos concernentes ao tema, bem como a análise de legislação comparada dos países abordados na segunda parte desse artigo.

1. Panorama do sistema de prisão preventiva brasileiro

No ano de 2011, a lei n. 12.403 introduziu mais uma reforma parcial no Código de Processo Penal brasileiro. Tratou-se de espécie de aproveitamento do PL 4.208 de 2001,

[1] Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça de agosto de 2015, dos 741.954 presos custodiados no sistema penitenciário nacional, 239.668 são provisórios. (CNJ, 2015)

acabando por ocasionar o retardamento de projetos que visavam à elaboração de um novo Código de Processo Penal. Conforme bem leciona Coutinho:

> Hoje, porém, não se tem muita dúvida de que as reformas parciais sempre se mostraram como desastrosas: ao invés de melhorarem o sistema processual penal, cada vez mais o desestruturam, desgastando aquilo que possibilita o conjunto e a extensão dos efeitos dos atos, ou seja, o nível de força com que cada ato chega aos demais e, assim, o necessário controle, fonte primeira da imprescindível mínima segurança.(COUTINHO, 2011, p. 4)

Com as últimas reformas parciais, de teor processual penal, o projeto de Lei nº 8.045/2010 - origem PLS 156/2009 - que prevê a implementação de um Código de processo penal integralmente novo, ainda, aguarda aprovação, de modo que as últimas movimentações procedimentais, datadas do ano de 2015, referem-se à criação de comissões especiais para emissão de pareceres sobre o referido projeto, que se encontra na Câmara dos deputados, sem prazo para aprovação. (BRASIL, 2010)

Dessa forma, no próximo ponto, tendo em vista o processo de aprovação de um novo CPP, serão analisados os atuais contornos da prisão preventiva e o teor de alguns dispositivos sobre a temática no projeto supracitado, de forma a traçar um panorama necessário à localização sistemática desse estudo.

1.1. A prisão preventiva no Brasil após a Lei 12. 403 de 2011 e no projeto de Lei nº 8.045/2010

Dado o espaço do presente trabalho, foram escolhidos alguns pontos essenciais no título IX, do CPP, que trata da prisão preventiva, para aborda-los e fazer a contraposição com o tratamento dado ao mesmo tópico no Projeto de Lei 8.045/2010.

Em primeiro lugar, depreende-se do inciso II, do artigo 310, e da redação do artigo 311, que se mantém a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado, o que, sem dúvida, fere o sistema acusatório, prejudicando a noção de imparcialidade, eis que o juiz toma poderes ativos no processo. No projeto de lei nº 8.045/2010 permanece a mesma previsão no art. 525 e § ú.

Os requisitos e fundamentos da prisão preventiva (*periculum libertatis e fumus commissi delicti*) restaram mantidos pela lei nº 12.403/2011, acrescendo-se ao parágrafo único do artigo

312 a possibilidade de decretação da medida quando descumpridas as cautelares alternativas, as quais foram introduzidas no processo penal brasileiro pelo mesmo diploma legal ora analisado.

Por outro lado, na redação do projeto de lei temos algumas alterações. O *fumus commissi delicti* permanece sendo formado pela materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, contudo, o *periculum libertatis* foi ampliado. Além dos fundamentos da garantia da ordem pública e econômica, da conveniência da instrução criminal e da garantia da aplicação penal foram acrescentados a extrema gravidade do fato e a reiteração delitiva pelo autor, fulcro no art. 556 e incisos. No § 2º do artigo anteriormente citado permanece a hipótese de conversão das medidas cautelares diversas, em caso de descumprimento, em prisão preventiva.

A redação do artigo 313, do CPP, dispõe sobre os limites à decretação da preventiva. Frise-se que a aplicação desse artigo já pressupõe a presença dos requisitos e fundamentos constantes no *caput* do artigo anterior, eis que apenas conjugados eles podem legitimar a decretação da medida. O inciso I restringe a possibilidade de prisão preventiva a crimes dolosos, cuja pena privativa de liberdade cominada seja superior a 4 anos. No inciso II, é incluída a prisão do reincidente. O inciso III aprofunda as hipóteses introduzidas pela Lei n. 11.340/06, incluindo, no caso de violência doméstica, além da mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou qualquer pessoa com deficiência. A presunção do artigo se refere à vulnerabilidade que a convivência doméstica gera, sendo necessária a prisão ao sucesso das medidas protetivas.

Ainda no que toca ao artigo 313, o parágrafo único trata da prisão no caso de dúvida sobre a identidade do acusado. Conforme disposição topográfica no texto, esse dispositivo deve ser somado aos demais, ou seja, conjugado, antes de tudo, com a necessidade de ter havido a prática de crime doloso que comine pena superior a 4 anos de prisão. Ainda, recomenda-se a leitura desse dispositivo juntamente com a Lei n. 12.037/09[2], que regulamenta a identificação criminal.

No texto do projeto de lei a lógica é invertida, pois foram arroladas as hipóteses de não cabimento da prisão preventiva, no art. 557. São elas: crimes culposos; crimes dolosos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a três anos, exceto se cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa; se o agente estiver acometido de doença gravíssima, que exija tratamento contínuo em local diverso. Foi excluída a previsão em caso de dúvida sobre a identidade do réu.

[2] Segundo a referida lei, a regra é que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal, listando ainda quais documentos são idôneos à identificação e quais hipóteses em que, mesmo com a apresentação de documento, a prisão se faça necessária ao juízo de certeza ou às investigações.

No artigo 314, do CPP, mantém-se a impossibilidade de decretação da preventiva quando houver prova de ter o agente praticado o delito ao abrigo das causas de exclusão da ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Frise-se que, nesse momento, a prova não deve ser exaustiva, ou seja, basta que haja elementos probatórios, ainda que tênues, que apontem no sentido indicado. Já a redação do art. 528, § ú, do projeto de lei, veda o emprego de medidas cautelares quando presentes causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade ou extintivas da punibilidade.

No artigo 315, é substituída a noção de despacho para a de decisão na decretação da prisão preventiva, acrescendo-se a possibilidade de substituição, juntamente com a decretação e a denegação, o que melhor se explica tendo em vista a existência das medidas cautelares alternativas introduzidas no ordenamento pátrio. No texto do projeto de lei, o teor do art. 315 foi mantido integralmente, mas com previsão no art. 532.

Importante salientar que a Lei n. 12.736/12 acrescentou outra importante mudança, exigindo que, na sentença condenatória, o magistrado se manifeste, de forma fundamentada, sobre a necessidade de manutenção ou imposição da prisão preventiva ou de quaisquer outras medidas cautelares. Isso, é claro, sem prejuízo ao conhecimento de eventual apelação interposta pelo réu.

De modo geral, atualmente, no que toca a prisão preventiva, em harmonia como o restante do ordenamento, veda-se a segregação cautelar nos crimes dolosos com pena máxima de até quatro anos. Não obstante, na outra mão, autoriza-se a prisão preventiva do suposto reincidente em crime doloso, além de permanecer o equívoco de ausência de prazo máximo de cumprimento da medida, em desrespeito a provisoriedade e provisionalidade que lhe é inerente. Nesse sentido, explica Giacomolli:

> Enquanto a provisionalidade se vincula à situação fática do momento do decreto da medida cautelar, a provisoriedade guarda congruência com o fator tempo, com a duração da medida cautelar. Do art. 5, LVIII, da CF se infere, explicitamente, a exigência da razoabilidade do tempo de duração da prisão cautelar, embora, mesmo antes da EC nº 45/2004, que incorporou o inciso à CF, a duração razoável a prisão poderia ser inferida do princípio do devido processo (art. 5, LIV, CF), situação também verificável, nessa perspectiva anterior à referida alteração, no art. 8.1 da CADH. (GIACOMOLLI, 2014, p. 366)

Ademais, o art. 312, do CPP, não sofreu qualquer alteração, de modo que persistem como fundamentos a garantia da ordem pública e da ordem econômica e a possibilidade da

decretação de ofício da prisão preventiva, todos já duramente criticados como arbitrários e inquisitórios por parte da doutrina pátria, uma vez que se afastam da instrumentalidade processual e finalidade cautelar (LOPES JR., 2014, 864 a 870).

Ao analisarmos o projeto de lei nº 8.045/2010, que estabelece um novo CPP, percebemos alguns avanços no que toca as medidas cautelares pessoais, pois o diploma sistematiza, de modo mais claro, as disposições gerais de aplicação, amplia o rol de medidas cautelares diversas da prisão, bem como estabelece prazos máximos para as medidas cautelares e períodos de reexame obrigatório. Nas palavras de Barros e Machado:

> Outro avanço previsto no PL n. 8.045/2010, especificamente em seu art. 606, e não tratado pela Lei n. 12.403/2011, é a questão da duração máxima da prisão processual e a necessidade, em se tratando de prisão preventiva, de sua revisão periódica (art. 562, PL n. 8.045/2010). Tal proposta coloca a legislação processual penal em consonância com as normas constitucionais, especialmente em razão do art. 6, item 5, do Pacto de São José da Costa Rica [...]. (BARROS; MACHADO, 2011, p.8)

Não obstante, o magistrado permanece com o poder de decretar de ofício medidas cautelares e foram ampliadas as hipóteses de motivação da prisão preventiva, arrolando fundamentos que extrapolam a lógica cautelar, assumindo contornos e funções da pena, afetando a sua estrutura de controle por utilizar argumentos não refutáveis (CABEZÓN P., Andrea (Org.), 2013, p. 34 e 35). Ainda, o cabimento da prisão preventiva em crimes com penas privativas de liberdade abaixo de 4 anos regride em relação a reforma parcial de 2011, pois o texto do CPP mostra-se incongruente e descompassado com as previsões do Código Penal quanto às penas restritivas de direitos.

2. O instituto da prisão preventiva como objeto de estudo

A escolha da prisão preventiva para estudo se deve por ser esta uma das mais graves intromissões na esfera individual, que acarreta a limitação de diversos direitos fundamentais. A prisão preventiva é uma medida cautelar pessoal do processo penal que se encontra prevista em todos os ordenamentos jurídicos, sejam eles progressistas ou conservadores, capitalistas ou socialistas, ou seja, é uma medida da qual os ordenamentos não abrem mão; contudo, em face do

prejuízo que causa, somente poderá ser decretada se imprescindível e absolutamente necessária, quando ausentes outras medidas cautelares menos graves que possam dar conta da situação (BARONA VILAR, 1987, p. 15 a 19).

O interesse pela análise detalhada do instituto é instigado quando se observa que é pouco clara a noção de que a segurança social passa pelo respeito a direitos individuais e coletivos. Ocorre que o repertório que vem sendo utilizado para justificar prisões de diversas ordens e especialmente a cautelar, é o de que a ideia de segurança pública hoje tem passado pela violação de postulados fundamentais, sem qualquer preocupação com as consequências à vida em sociedade e ao sistema como um todo.

Observe-se que ter em conta os princípios fundamentais "entre os quais aleatoriamente se invoca o juiz natural, motivação das decisões, contraditório etc. – não significa compactuar com o caos propagandeado. Ao contrário, violá-los fecha a última porta de racionalidade que resta ao sistema." (HASSAN CHOUKR, 2002, p. 69). Ainda, deve-se dar destaque ao fato de que não se está a proteger o todo contra um, pois não há sociedade sem indivíduos, ou indivíduos sem sociedade.

> Como se as causas da falência estrutural do Estado no campo penal estivessem umbilicalmente ligadas ao conjunto de normas garantidoras dos direitos fundamentais que, com muito custo, são inseridas formalmente nos textos positivados e, com maior custo ainda, são assimiladas na prática.(...) Patrocinar oficialmente a quebra dessa base significa incorrer no retorno ao caos e na negação da própria convivência comum, consequência esta justamente alcançada pelo sistema repressivo ora criticado. Nesse sentido seu emprego é mera ilusão.(HASSAN CHOUKR, 2002, p. 212 a 215)

A ideia de segurança coletiva não pode passar pelo desrespeito de garantias fundamentais do individuo, pois, conforme já dito, este não está à margem da "boa sociedade", e sim faz parte dela. Preservar os direitos do indivíduo significa fortalecer a própria sociedade que deles usufrui e, apesar do que querem crer alguns, manter o juiz uma posição inerte, neste caso, no que diz com a decretação de medidas, não se trata de igualá-los a "samambaias decorativas", mas sim de afastá-los da imagem do inquisidor, aquele que tudo pode em nome da pacificação social, relegando o sistema acusatório ao segundo plano e fundamentalmente destruindo o equilíbrio processual.

Para tanto, apesar de um discurso pautado na prisão como última instância a ser buscada, esta tem sido o principal mecanismo de controle social e de exclusão, que se reinventa "pois, se

nos países centrais a reinvenção da prisão adquire funções instrumentais na nova lógica do capitalismo pós-*WelfareState,* sua ressignificação adquirirá potência em grau superlativo nos países periféricos" que tiveram um simulacro de Estado social (CARVALHO, 2010, p. 30).

Assim vemos por se fundamentar a dicotomização entre bons e maus, sendo que os primeiros podem ser chamados de sociedade e agrupados entre vítimas de fato ou em potencial, que se unem pelo compartilhamento de um mesmo sentimento de insegurança, que os faz vítimas de um único crime, dando assim legitimidade "democrática", desde baixo, ao sistema penal como instrumento punitivo. A própria constituição é recurso visitado por ora de engendrar demandas punitivas. O que se impõe ressaltar é que nem tudo é permitido para se mudar o que se tinha anteriormente a 1988 em nome de um suposto ideal democrático.

> Há também, queremos crer, expiação de culpas individuais, posto que todo ser humano, por diversos fatores e em diversos graus, as tem. Sentimo-nos, de maneira maniqueísta, bons perto daqueles maus que estariam à margem da sociedade, etiquetados e tratados como vilões, não obstante, tenham eles, muitas vezes, realmente praticado crimes gravíssimos, merecendo severa repressão penal. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 12)

Um exemplo de como agimos frente a alternativas que não o cárcere é o modo paradoxal com que tratamos os substitutos penais, que vem desempenhando papel paralelo a via prisional, engrossando os índices de indivíduos controlados formalmente pelo sistema penal, sem qualquer reflexo nos índices de encarcerados.

Dito isso, vamos observar como os países eleitos vêm legislando quanto ao instituto.

3. Quadro comparativo do instituto da prisão preventiva entre Brasil, Chile, Portugal e Espanha.

Na segunda parte desse trabalho, com auxílio de doutrina e legislação estrangeira, será traçado um quadro comparativo, abordando os principais pontos referentes ao instituto da prisão preventiva entre os quatro países eleitos, quais sejam, Brasil, Chile, Portugal e Espanha. Pretende-se, com essa análise, ampliar a visibilidade do instituto, verificando as semelhanças do sistema cautelar adotado pelo Brasil com os já vigentes em países vizinhos, como o Chile, ou países que muito influenciam a cultura jurídico-penal brasileira, como Portugal e Espanha.

A opção pelo estudo do ordenamento chileno se deve a sua reforma total do Código de processo penal, que ocorreu de modo gradual, tendo iniciado no ano 2000 até completar o processo em 2005 (ARMENTA DEU, 2012, p. 195), bem como por ser conhecida, no âmbito da América latina, como uma das mais bem sucedidas reformas, seja pelo teor das alterações legais, seja pelo modo de sua implementação.

Já a eleição dos ordenamentos espanhol e português para análise justifica-se pela influência desses países na cultura jurídica brasileira, que em parte se deve as interlocuções acadêmicas geradas pelo estudo de juristas brasileiros nesses países, trazendo para o Brasil os caminhos lá percorridos. Ainda, opta-se por dois países europeus haja vista a exposição de motivos da lei 12.403/2011. O referido texto trouxe, expressamente, o intuito de aproximar a nossa legislação a de países estrangeiros, entre eles citou Portugal. (BRASIL, 2011)

Os pontos que serão analisados a seguir foram escolhidos por serem aqueles que têm centralizado o debate quando o tema é a prisão preventiva. Podem ser assim destacados: i) requisitos da prisão preventiva; ii) fundamentos da prisão preventiva; iii) limites à decretação; iv) hipótese de prisão obrigatória; v) autoridade competente para requerer a prisão; vi) audiência prévia; vii) alternativas à prisão; viii) autoridade competente para decretar a prisão; ix) prazos máximos; x) revisibilidade da prisão; xi) princípios aplicáveis ao instituto; xii) necessidade de motivação. Todos esses elementos serão relacionados nas conclusões ao final do texto.

A divisão em tópicos sucintos foi inspirada na metodologia empregada no capítulo "Reformas en Europa y América: ejemplos significativos", da obra "Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?", da autora Armenta Deu (ARMENTA DEU, 2012, p. 167 a 231), no qual ela realiza a comparação entre sistemas processuais penais reformados - de modo parcial e integral - e, com essa estrutura, logra manter absoluta clareza, apesar da densidade da comparação que executa.

Por fim, imperioso ressaltar que, apesar de não ter sido realizada uma ambientação histórica e cultural de cada um desses ordenamentos, julgou-se relevante estudar as tendências legislativas de outros países, com mais tempo de consolidação e aprimoramento normativo no que toca à prisão preventiva.

3.1. Requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Brasil: o *fumus commissi delicti* desdobra-se em provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, buscando um juízo de probabilidade razoável (LOPES JUNIOR, 2011, p. 66).

Chile: arrola no art. 140 a presença de circunstâncias que apontem a existência do delito que se está a investigar e elementos que permitam presumir fundadamente que o imputado teve participação no delito como autor, cúmplice ou como aquele que oculta a prática. (CHILE, 2000)

Portugal: fortes indícios do cometimento de crimes determinados no artigo 202 do Código, ou quando houver fortes indícios de que, após a aplicação de medida de coação menos gravosa, o arguido cometeu crime doloso da mesma natureza, punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos. Nota-se que a prisão preventiva possui forte caráter subsidiário:

> La prisión preventiva tiene límites derivados de La propia Constitución de La República. Sólo está permitida para delitos castigados con pena de prisión de duración superior a 3 años y cuando haya una base indiciaria de La comisión de los hechos que pueda hacer considerar la existencia de fuertes indicios de su comisión. Los indicios pueden considerarse fuertes cuando en su apariencia es más probable la condena del denunciado que su absolución. Esta medida cautelar está aún sujeta al principio de subsidiariedad y sólo es posible aplicar la prisión preventiva cuando las exigencias cautelares que se impongan no se puedan realizar de otro modo.(GÓMEZ, 1998, p. 321)

Espanha: A doutrina coloca como pressupostos gerais a presença do *fumus commissi delicti*. Ainda, como pressupostos concretos elenca aqueles observados no art. 503 da LECrim, quais sejam, a existência de um ou mais delitos com pena máxima igual ou superior a dois anos, a prisão poderá ainda ser decretada em delitos com penas cominadas abaixo de dois anos em caso de existirem antecedentes penais e que hajam motivos suficientes para acreditar que o indivíduo é responsável criminalmente pelo fato delitivo (SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, SEZOVIA, ESPARZA, TOMÉ GARCÍA, 2001, p. 408 e 409).

3.2. Fundamentos à decretação da prisão preventiva.

Brasil: *periculum libertatis* (perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no Código de Processo Penal como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Chile: O Código Processual Penal chileno estabelece três causas gerais que autorizam a prisão cautelar: proteção da investigação, perigo de fuga e perigo para a segurança da sociedade ou da vítima. O Código de processo penal elenca os mesmos em seu art. 140, c.

Portugal: Na lei portuguesa são chamados requisitos gerais, mas equivalem aos fundamentos na lei brasileira: fuga ou perigo de fuga, perturbação no decurso do inquérito e da instrução ou perigo para aquisição, conservação ou veracidade da prova, e perigo de reiteração criminosa e de perturbação à ordem e à tranquilidade públicas, conforme artigo 204. Quanto aos dois últimos, há críticas na doutrina quanto à sua compatibilidade com a presunção de inocência, uma vez que lhe outorgam caráter substancial. Nesse sentido preleciona Alexandra Vilela:

> Do que expusemos até ao presente momento, quanto à prisão preventiva, decorre que a consagração na nossa Lei Fundamental do princípio da presunção de inocência não nos conduz, de imediato, à ilegitimidade constitucional daquela (...) apenas nos encontramos perante tal situação quando a aplicação de tal medida de coacção tenha uma função de antecipação da pena, bem como a emissão de qualquer (pré)juízo de culoabilidade, realidade que se evidencia quando a prisão preventiva assume uma total autonomia face ao processo e se impõe enquanto medida de segurança, encontrando-se ao serviço de fins de prevencao geral e especial. (...) A prisão preventiva, legítima à luz da presunção de inocência, terá, pois, de possuir uma função cautelar, instrumentalizada directamente para o processo penal, de forma a viabilizar a execução da sentença através do cumprimento da pena e indirectamente instrumentalizada para os fins daquele, já que a razão de ser da sua aplicação é apenas a de permitir que aquele se cumpra (...).(GOMÉZ(org.), 2007, p. 116)

Espanha: Perseguem-se fins determinados em lei. São eles: Garantir a presença do imputado no processo quando haja risco de fuga; evitar a destruição de provas e para evitar que imputado lese bens jurídicos da vítima. Ainda, o artigo 503 da Lecrim estipula no ponto dois a possibilidade de prisão em face do risco de reincidência desde que o crime seja doloso.

3.3. Limites à decretação da prisão preventiva.

Brasil: Crime doloso com pena superior a 4 anos, possibilidade de prisão em caso de reincidência e em casos de violência doméstica.

Chile: Não cabe quando ao delito forem cominadas unicamente penas pecuniárias ou restritivas de direitos, nos delitos de ação penal de iniciativa privada e quando o imputado se encontrar efetivamente cumprindo pena privativa de liberdade, nos termos do art. 141, a, b, c.

Portugal: a) Fortes indícios de crime doloso com pena máxima superior a 5 anos, b) crime doloso que corresponda a criminalidade violenta, c) crime doloso de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, dano qualificado, burla informática e nas comunicações, receptação, falsificação ou contrafacção de documento, atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, d) crime doloso de detenção de arma proibida, detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, nos termos do regime jurídico das armas e suas munições, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, e) Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão (artigo 202).

Espanha: A LECrim não autoriza prisão preventiva em delitos com pena inferior a dois anos, nem tampouco quando presentes causas de justificação.

3.4. Hipótese de prisão obrigatória.

Brasil: não há previsão.

Chile: Desde o ato constitucional nº 3, no ano de 1976, se possibilitou ao juiz conceder liberdade provisória em todos os casos que entendesse cabível. Tal orientação é reforçada na Constituição de 1980 e não foi alterada pelas contrarreformas. (CABEZÓN P., Andrea (Org.), 2013, p. 70)

Portugal: A princípio, não está prevista na lei.

Espanha: Não há previsão na LECrim espanhola.

3.5. Quem pode requerer a prisão?

Brasil: a autoridade policial, o Ministério Público, o querelante (na ação penal privada e na ação penal privada subsidiária da pública, principalmente).

Chile: Apenas o Ministério público e o querelante podem postular pela segregação, forte no art. 140 e 142 do Código de Processo Penal chileno.

Portugal: Ministério Público, durante o inquérito.

Espanha: O Ministério Público ou a parte acusadora poderá requer a segregação, nos termos do art. 505, da LECrim.

3.6. Audiência prévia a decretação

Brasil: O contraditório foi trazido pela reforma procedida pela Lei 12.403/2011 e está previsto no art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal. No ano de 2015, iniciou a implementação de audiência de custódia em alguns estados do país, por exemplo, São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Mato Grosso (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).[3]

Chile: Audiência previa a decretação de medida cautelar para que o fiscal (promotor de justiça) justifique o porquê da sua necessidade, nos termos do art. 142.

Portugal: É precedida de audição do arguido, salvo impossibilidade - Artigo 194; 3.

Espanha: Art. 505 e 539, da LECrim, preveem audiência para que o Ministério Público ou outra parte acusadora solicitem a decretação da prisão ou quando se requeira a restrição da liberdade do réu em maior grau ao já determinado.

3.7. Alternativas à segregação cautelar

Brasil: As medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal. São nove espécies de medidas.

Chile: O art. 155 do Código prevê oito medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Portugal: O Código português prevê medidas de coacção. Verifica-se que, em Portugal, a prisão preventiva constitui a última das medidas de coacção a ser aplicada, só cabendo quando inadequadas ou insuficientes medidas menos severas (DELMANTO, 2008, p. 228).

[3] A audiência de custódia tem como finalidade que o réu seja levado à presença do Magistrado, para que seja analisada a necessidade, a adequação e a legalidade da medida cautelar.

Espanha: A Espanha também coloca a prisão como última instância, apenas tendo lugar quando as demais medidas cautelares pessoais forem insuficientes. Arrola, entre outras, a proibição de frequentar locais específicos ou residir em determinadas localidades.[4]

3.8. Quem pode decretar a prisão?

Brasil: O juiz ou o Tribunal. Pode ser decretada de ofício se iniciado o processo penal.

Chile: Apenas por ordem judicial motivada, nos termos do art. 154, do Código de Processo Penal chileno.

Portugal: O juiz é a autoridade competente para a decretação. Pode ser de ofício, se for depois do inquérito, ouvido o Ministério Público (artigo 194). "A aplicação da prisão preventiva, é, por último, uma medida privativa do poder jurisdicional, encontrando-se, por tal motivo, a sua aplicação vedada às autoridades administrativas ou policiais"(GÓMEZ, 1998, p. 102).

Espanha: Art. 502, da LECrim, estipula que tanto o juiz da instrução quanto o juiz ou Tribunal responsável pela causa poderão decretar a prisão.

3.9. Prazo máximo de duração da medida.

Brasil: não há previsão na atual legislação brasileira. Contudo, no projeto de Lei nº 8.045/2010 há um capítulo reservado para a matéria.

Chile: não há previsão. Será decretado o término da prisão preventiva quando não subsistirem os motivos que a justificaram, nos moldes do art. 152. (CABEZÓN P., Andrea (Org.), 2013, p. 37)

Portugal: Máximo da pena aplicável, caso seja medida que dependa de determinação da pena (artigo 195). Pode ser suspensa em caso de doença grave ou gravidez (artigo 211). A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido: a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação; b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.ª instância; d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

[4] Na lei espanhola são encontradas suas medidas alternativas ao cárcere provisório: a prisão domiciliar e a internação em Instituição oficial. São elencadas outras medidas cautelares diversas pela doutrina, contudo, a Espanha ainda carece de uma reforma em sua legislação para abarcar mais amplamente essas medidas.

Os prazos referidos no número anterior são elevados, respectivamente, para 6 meses, 10 meses, 1 ano e 6 meses e 2 anos, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos, ou por crime: a) Previsto nos artigos 299º, no nº 1 do artigo 318º, nos artigos 319º, 326º, 331º ou no nº 1 do artigo 333º do Código Penal e nos artigos 30º, 79º e 80º do Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei nº 100/2003, de 15 de Novembro b) De furto de veículos ou de falsificação de documentos a eles respeitantes ou de elementos identificadores de veículos; c) De falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados ou da respectiva passagem; d) De burla, insolvência dolosa, administração danosa do sector publico ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação econômica em negócio; e) De branqueamento de vantagens de proveniência ilícita; f) De fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito; g) Abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima. Os prazos referidos no nº 1 são elevados, respectivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e 4 meses, quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime. A excepcional complexidade a que se refere o presente artigo apenas pode ser declarada durante a 1.ª instância, por despacho fundamentado, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, ouvidos o arguido e o assistente. Os prazos referidos nas alíneas c) e d) do nº 1, bem como os correspondentemente referidos nos nºs 2 e 3, são acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial. No caso de o arguido ter sido condenado a pena de prisão em 1.ª instância e a sentença condenatória ter sido confirmada em sede de recurso ordinário, o prazo máximo da prisão preventiva eleva-se para metade da pena que tiver sido fixada. A existência de vários processos contra o arguido por crimes praticados antes de lhe ter sido aplicada a prisão preventiva não permite exceder os prazos previstos nos números anteriores. Na contagem dos prazos de duração máxima da prisão preventiva são incluídos os períodos em que o arguido tiver estado sujeito a obrigação de permanência na habitação. (artigo 215)

Espanha: Quando o objetivo for evitar a fuga; a proteção de bens jurídicos da vítima e evitar a reiteração delitiva e, a pena for igual ou inferior a três anos, a prisão cautelar não pode exceder um ano, podendo ser prorrogada por até seis meses. Em sendo a pena prevista superior a

três anos, a prisão não pode ultrapassar os dois anos, podendo ser prorrogada por mais dois anos. No caso de condenação, estando pendente o recurso, a prisão cautelar poderá durar no máximo a metade da pena imposta na sentença. Por outro lado, se a prisão cautelar foi decretada para garantir as fontes de prova, a duração será de no máximo seis meses (SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, SEZOVIA, ESPARZA, TOMÉ GARCÍA, 2001, p. 408 e 409).

3.10. Revisão da medida.

Brasil: Art. 282, par. 5, do Código de Processo Penal prevê uma tímida revisibilidade das decisões, pois ausente prazo para revisar condições e realidade temporal.

Chile: Audiência marcada de ofício quando a prisão preventiva alcança metade da pena em abstrato durante o processo ou metade da pena em concreto na pendência de recursos para verificar a sua necessidade. Art. 152 do Código de Processo Penal chileno. Ainda, o art. 145, do mesmo diploma, prevê a revisão de ofício ou a pedido da parte se transcorridos seis meses da decisão que decretou a prisão preventiva (CABEZÓN P., Andrea (Org.), 2013, p. 39).

Portugal: Reexame de ofício, três meses a contar da decretação ou da última revisão, ou quando no processo forem proferidos despacho de acusação ou de pronúncia ou decisão que conheça, a final, do objeto do processo e não determine a extinção da medida aplicada. (artigo 213).

Espanha: Partindo-se dos prazos máximos para a prisão, quando estes forem alcançados o réu deverá ser posto em liberdade. Por outro lado, o art. 528, da LECrim., determina que as autoridades envolvidas no processo penal deverão dilatar o mínimo possível a segregação cautelar.

3.11. Princípios aplicáveis ao instituto.

Brasil: Jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade[5], provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

[5] São situacionais, tutelam determinada situação fática, devendo desaparecer com o fim dos preesupostos existentes nessa situação, conforme leciona Aury Lopes Jr. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 17).

Chile: Jurisdicionalidade, excepcionalidade, provisionalidade, proporcionalidade e presunção de inocência. Todos os referidos princípios são extraídos do "Capítulo V Medidas cautelares pessoais" do Código de Processo Penal chileno.

Portugal: Legalidade (artigo 191), necessidade, adequação e proporcionalidade (artigo 193). Contraditório (artigo 194; 3, 6, 7, 8 e 9)

Espanha: Provisoriedade e provisionalidade (art. 528), jurisdicionalidade, proporcionalidade (art. 502.2 e 3) e excepcionalidade (art. 502.2). Os referidos princípios são extraídos da *Ley de enjuiciamiento criminal* espanhola.

3.12. Necessidade de motivação.

Brasil: Há a expressa necessidade de fundamentação.

Chile: Previsão expressa da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Portugal: Há necessidade, à exceção dos casos de dúvida sobre identidade e residência. Requisitos da fundamentação expressos na lei (artigo 194; 5). Se verifica que em Portugal, o juiz possui ampla discricionariedade na escolha da medida para o caso concreto, cabendo-lhe, em decisão fundamentada, explicar os motivos que o levaram a optar pela medida mais gravosa da prisão preventiva, e por que razão outras medidas menos graves não serviriam às necessidades cautelares do caso em análise (DELMANTO, 2008, p, 231).

Espanha: A fundamentação necessariamente deve observar os requisitos e motivações expostas na lei, nos termos do art. 503 e 520.2, da LECrim.

Considerações finais

As mudanças introduzidas pela Lei n. 12.403/11 desencadearam alterações significativas, ainda que pontuais, no processo penal brasileiro. Pode-se destacar a tentativa de, por meio da criação de medidas alternativas, diminuir-se a incidência da prisão preventiva, um dos grandes problemas do sistema carcerário pátrio, causador de dano irremediável à liberdade do acusado e também à presunção de inocência, pois gera uma aproximação inegável da figura do acusado ao culpado (VILELA, 2005, p. 115).

Ainda sobre esse último instituto, a nova lei parece ter aproximado o Brasil das legislações estrangeiras que disciplinam mais minuciosa e rigidamente o uso da prisão instrumental. Pelos resultados da pesquisa, é possível depreender-se que todos os países exigem o requisito da alta probabilidade de participação do Acusado no delito para a decretação da preventiva, o *fumus commissi delicti*. No que tange aos fundamentos, também se nota uma semelhança entre os países analisados, pois em que pese todos concedam à prisão preventiva finalidades instrumentais de prevenção à fuga e proteção ao processo, a ordem pública e o risco de reincidência – ainda que com outras nomenclaturas, como a segurança da sociedade, no caso chileno – estão presentes, um ou outro, em todos os ordenamentos analisados, caracterizando a sempre criticada prisão de caráter substancial.

No Brasil há uma corrente doutrinária que entende que essas expressões bastante indefinidas servem de válvula de escape ao Estado e que, tendo em vista a presença em todas as legislações de prisões de cunho material, a fim de reduzi-las ao mínimo, postulam a imposição de requisitos a estas vinculados ao caso específico. Tal posicionamento longe está de ser majoritário, somando-se a outras duas posturas, quais sejam: entender adequado o uso de fundamentos matérias de qualquer ordem e a outra, que por ora nos parece ser a mais adequada, que vê a prisão cautelar como instrumento a serviço do processo, objetivando o seu regular desenvolvimento. Dessa forma, não podemos compactuar com uma prisão dita cautelar, mas com finalidade de pena, garantindo a prevenção geral e especial.

Ao verificar os limites da prisão, nota-se uma variedade de critérios. Enquanto o caso chileno se retém mais à natureza da pena, Brasil, Portugal e Espanha limitam pelo montante da pena, respectivamente 4, 5 e 2 anos. Frise-se que, no Brasil, o montante da pena leva em consideração sua natureza, uma vez que é possível a conversão em sanção restritiva no caso de pena inferior a 4 anos. Importante verificar que a legislação portuguesa é a que disciplina mais exaustivamente a matéria, listando quais tipos penais que permitem a decretação da medida. Nenhum dos países analisados manteve a hipótese de prisão obrigatória para delitos considerados graves, o que demonstra certo grau de evolução constitucional, principalmente no que tange à presunção de inocência.

Outra característica importante verificada na análise é que o Brasil detém o maior número de habilitados a requerer a medida, abrangendo, além do Ministério Público, a autoridade policial e o querelante. Ainda, apenas o Brasil não disciplinou a audiência prévia do acusado

anterior à decretação da medida coativa. O art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal, não deixa claro, se em resposta ao pedido de decretação de medida cautelar o juiz deverá intimar o réu para audiência dando-lhe a oportunidade de expor suas razões quanto à desnecessidade da medida ou intimá-lo para resposta escrita.

Entende-se que uma audiência prévia garantiria o contraditório e a ampla defesa, além de ir ao encontro da disposição do CADH, que assegura o direito do imputado ser ouvido pelo juiz competente. Em 2015, o CNJ criou projeto que inicia com a implementação de audiências de custódia no Brasil, todavia, em razão do espaço deixado pela legislação, não são claros os contornos que cada estado dará a sua realização.

A lei 12.403/11, no entanto, equipara o Brasil aos demais países com a criação das medidas alternativas, que já se encontravam previstas em todas as demais legislações analisadas. Em que pese o risco de aumento do controle formal pelo sistema penal, com o uso das medidas para casos em que não seria cabível a preventiva, verifica-se que a criação em si das medidas alternativas veio como uma premente necessidade de atualização da lei processual penal pátria, cabendo aos aplicadores do direito dar-lhes o uso devido, não sendo então criticável a atuação do legislador.

No ponto, deve-se atentar que todas as legislações aqui trabalhadas colocam a prisão como *ultima ratio,* ou seja, apenas justificável quando ausentes medidas menos gravosas que possam dar conta da situação de perigo. Para tanto, utilizando-nos do caso brasileiro como exemplo, o juiz deverá inverter sua lógica de fundamentação e explicar por que as medidas cautelares diversas são insuficientes para tutelar o fato que exige a cautelaridade; todavia, além da materialidade e dos indícios de autoria, o *pericullum libertatis* deve se fazer presente, pois, apesar de em menor grau, a restrição de liberdade também é característica dessas medidas (CRUZ, 2011, P. 135).

Sobre a decretação da medida, em todos os países é expressa a reserva de jurisdição, permanecendo, no Brasil e em Portugal, a possibilidade expressa de decretação oficiosa da medida, o que configura claro ranço inquisitório do sistema.

Quanto a duração da medida, os sistemas europeus demonstram alto grau de evolução em detrimento dos americanos, disciplinando, no caso português à exaustão, a estrita duração da medida, que varia de acordo com a espécie do crime ou a finalidade da prisão. A legislação chilena e a brasileira prosseguem sem estipular o referido prazo. No que tange a revisão da

medida, o sistema português apresenta maior evolução, prevendo o reexame a cada três meses. Chile e Espanha disciplinam a revisão com base na pena do delito que originou a medida, enquanto o Brasil permanece apenas como uma tímida previsão de revisibilidade, sem estabelecer prazo ou circunstancias, aumentando imensamente a tendência de que não seja cumprida.

Sobre os princípios aplicáveis à medida, os diversos ordenamentos mantém bastante similitude. A grande diferença reside no fato de que algumas das legislações os preveem expressamente e outras não, sendo desenvolvidos pela doutrina a partir de uma leitura geral do sistema cautelar penal. Aqui, deve-se destacar o papel fundamental que os princípios desempenham, uma vez que são eles que justificam e permitem a complexa convivência entre a presunção de inocência e a prisão cautelar.

Nota-se, portanto, que as mudanças na lei brasileira aproximaram o sistema pátrio de sistemas já vigentes em países mais avançados nas questões processuais penais. Destaque-se que as leis europeias possuem maior grau de definição e precisão ao regulamentar a prisão preventiva, representando uma avançada maturidade constitucional, o que diminui a discricionariedade judicial e permite maior controle sobre o uso da prisão preventiva. No entanto, Portugal ainda possui ranços inquisitórios que também são facilmente reconhecíveis na lei brasileira, como a possibilidade de decretação oficiosa da prisão preventiva.

De todas as leis analisadas, resta claro que a brasileira é a que ainda possui mais pontos a serem melhorados, afora as incongruências sistêmicas geradas pela alteração parcial do texto do Código, só superando as demais pela farta incidência principiológica. Frise-se que esse trabalho limita-se à análise das disposições legislativas, não intentando apreender o uso que será dado a essa legislação na prática jurídica pelos operadores do direito que, muitas vezes, por possuírem uma mentalidade ainda primordialmente inquisitória, deturpam as finalidades das mudanças legais.

Bibliografia

ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BARONA VILAR, Silvia. **Prision provisional y medidas alternativas**. Barcelona: Librería Bosch, 1987.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – Lei n. 12.403/2011.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRASIL. **Projeto de lei nº 8.045/2010,** 7 de dezembro de 2010. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263> Acesso em 22.08.2015.

BRASIL. Lei nº 12.403/2011, de 4 de maio de 2011. **Exposição de motivos do projeto de lei nº 4.208/2001**. Disponível em: <http://camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=401942&filename=PL+4208/2001> Acesso em 22.08.2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Mais reflexões sobre a lei 12.403/11.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 19, n. 223, p. 13, jun., 2011.

CABEZÓN P., Andrea (Org.). **Prisión preventiva em américa latina: enfoques para profundizar el debate.** Chile: CEJA, 2013.

CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

CHILE. **Codigo Procesal Penal Chileno,** de 12 de outubro de 2000. Disponível em: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595 Acesso em 18.03.2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia> Acesso em 22.08.2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Geopresídios**. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php > Acesso em: 22.08.2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda**. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório Brasileiro.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 19, n. 223, p. 04, jun., 2011.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª Ed. Rio de janeiro: Renovar, 2001.

ESPANHA. **Ley de enjuiciamiento criminal española.** Disponível em: http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036. Acesso em 18.03.2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014.

GOMÉZ, Ramón Maciá (org.) **Sistemas de proceso penal em Europa**. Barcelona: Cedecs Editorial S. L., 1998.

HASSAN CHOUKR, Fauzi. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei n. 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Lumen júris, 2011.

PORTUGUAL. **Código de Processo Penal Português**. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis Acesso em 22.03.2015.

RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio (Orgs.). **Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas**. Chile: CEJA, 2009.

SANTOS, Andrés de la Oliva; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; SEZOVIA, Rafael Hinojosa; ESPARZA, Julio Muerza; TOMÉ GARCÍA, José Antonio. **Derecho procesal penal**. 8 ed. Madrid: Editorial universitária Ramón Areces, 2007.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 2005.