

**Andrey Borges de Mendonça**

# **PRISÃO PREVENTIVA NA LEI 12.403/2011**

**Análise de acordo com modelos  
estrangeiros e com a Convenção  
Americana de Direitos Humanos**

**2ª edição • revista, ampliada e atualizada**

**2017**

 **EDITORA**  
*Jus***PODIVM**  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## CAPÍTULO I

# PRISÃO PREVENTIVA: PRINCIPAIS PONTOS CONTROVERTIDOS SURGIDOS COM A LEI 12.403/2011

No presente capítulo buscar-se-á analisar os principais pontos controvertidos relacionados ao regime jurídico atual da prisão preventiva, introduzido pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Para tanto, será feita uma apresentação, ainda que sumária, da prisão preventiva antes da entrada em vigor da nova lei para, em seguida, expor as principais alterações, sobretudo os pontos controvertidos em relação à prisão preventiva.

Desde logo, advirta-se que será feito um corte metodológico, para não ampliar demasiadamente o objeto do presente estudo. O enfoque será a análise sobretudo de eventuais questões controvertidas na doutrina e na jurisprudência, buscando sistematizá-las.<sup>3</sup> Questões controvertidas antes da entrada em vigor da Lei só serão estudadas lateralmente, quando a análise convencional ou do direito comparado trouxerem pontos que mereçam comentários. Com isto será possível delimitar o objeto da investigação na busca de subsídios no direito convencional e comparado, conforme a proposta do presente trabalho.

### **1. Prisão preventiva antes da edição da Lei 12.403/2011**

O estudo deve partir de como estava desenhada a prisão preventiva logo antes da edição da nova legislação, buscando-se fazer um “retrato” do regime existente.<sup>4</sup> Isto é importante para que se possa ter um parâmetro de análise das novas alterações.

O regime anterior estava baseado em uma pobre bipolaridade cautelar, de sorte que o juiz somente possuía duas alternativas ante o perigo da liberdade do imputado: a prisão preventiva ou a liberdade provisória. Esta última, em geral, tinha como ônus apenas a necessidade de comparecimento aos atos do processo, sobretudo após a fiança ter perdido sua funcionalidade, em razão de alterações legislativas que a desnaturaram. A

---

3. Para uma análise de todas as alterações realizadas, cf. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Forense: São Paulo, 2011.

4. A análise do regime originário do CPP de 1942 e das alterações e mutações até a edição da Lei 12.403 será feita no Capítulo II.

prisão preventiva, portanto, era praticamente o único remédio efetivo de que dispunha o juiz contra qualquer necessidade cautelar.<sup>5</sup>

Por se entender que a prisão possuía natureza cautelar, a prisão preventiva deveria ser decretada se provados dois requisitos: *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Pelo primeiro – chamado por parte da doutrina de *pressuposto* para a decretação da prisão – o juiz deveria demonstrar que havia prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. O segundo se identificava com as finalidades da prisão preventiva, apontando para a possibilidade de decretação da prisão para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Parte da doutrina chamava estas finalidades de *fundamentos* da prisão preventiva. O conteúdo destas finalidades estava de certa forma já assentado na doutrina e na jurisprudência.

A ordem pública já era vista, majoritariamente, como a finalidade primordial de evitar a prática de novas infrações penais pelo imputado. Alguns incluíam outros conteúdos neste conceito, como a garantia da credibilidade das Instituições, a repercussão social do delito e o abalo social causado pelo crime, decorrente, sobretudo, da gravidade do ilícito e sua comoção social. Em relação à garantia da ordem pública, havia linha na doutrina afirmando a sua inconstitucionalidade, por se tratar de prisão sem natureza cautelar, mas sim com finalidade preventiva-geral ou especial, que afrontaria o princípio da presunção de inocência. Outra tendência na doutrina era de se criticar a abertura e amplitude da expressão, que acabava por ampliar demasiadamente o uso da prisão preventiva. A garantia da ordem econômica, incluída por alteração legislativa posterior, era vista como a garantia da ordem pública nos delitos econômicos. A prisão por conveniência da instrução criminal era utilizada quando houvesse risco de o imputado deturpar a atividade probatória, ameaçando testemunhas, peritos, destruindo documentos, etc. Já se entendia, predominantemente, que a prisão preventiva não deveria ser decretada com este fundamento para forçar o imputado a colaborar com a instrução ou em razão de não ter contribuído com o ônus probatório da acusação. A prisão para assegurar a aplicação da lei penal era vista como forma de assegurar o cumprimento de eventual pena aplicada, afastando o risco de fuga.

Para a decretação da prisão preventiva, a doutrina costumava afirmar que, além dos pressupostos e fundamentos indicados (disciplinados no art. 312), era necessária a presença de alguma das condições de admissibilidade da prisão preventiva, tratadas no art. 313. A prisão preventiva somente era

---

5. Antes da Lei 12.403 já havia apenas três espécies de prisão durante o processo: prisão em flagrante, temporária e preventiva. A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia foram suprimidas em 2008. Porém, a prisão preventiva sempre foi a prisão processual por excelência.

cabível, como regra, em crimes dolosos apenados com reclusão. Afastava-se o cabimento no caso de crimes culposos e contravenções. Excepcionalmente, admitia-se a prisão preventiva em crimes apenados com detenção, em três hipóteses. A primeira, se o indiciado fosse vadio ou houvesse dúvida sobre a sua identidade e não fornecesse ou não indicasse elementos para esclarecimento. A doutrina majoritária já apontava para a inconstitucionalidade da utilização da vadiagem como critério a admitir a prisão preventiva. A segunda, se fosse reincidente em crime doloso. Por fim, se o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340, de 2006. Porém, em razão das condições de admissibilidade relativamente pouco exigentes e das alterações legislativas sofridas ao longo dos anos, era comum a decretação da prisão preventiva para delitos que, ao final, seriam punidos com penas não privativas de liberdade. Parte da doutrina passou a propor a necessidade, em decorrência do caráter instrumental da prisão cautelar e do princípio da proporcionalidade, que o Juiz fizesse uma análise da homogeneidade entre a prisão preventiva e a provável pena que fosse aplicada ao final do processo. Com isto, não deveria decretar a prisão preventiva se fosse provável a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Em relação ao procedimento, a prisão preventiva poderia ser decretada de ofício, tanto na fase policial quanto judicial, ou por requerimento do MP, por representação da autoridade policial ou pedido do querelante. Não havia a possibilidade de o assistente da acusação requerê-la. Tampouco se previa a possibilidade de contraditório real, que seria sempre exercitado *a posteriori* pelo imputado. Majoritariamente, predominava na jurisprudência o entendimento de que a ampla defesa não se aplicava na fase policial e que não era necessário nomear advogado ao preso preventivamente. O juiz não tinha qualquer contato pessoal com o detido – em qualquer modalidade de prisão –, a não ser na audiência de instrução e julgamento, que ocorria ao final do procedimento judicial, bastante tempo após a decretação da prisão. Majoritariamente a doutrina lecionava que não havia processo cautelar autônomo, mas apenas medidas cautelares, decretadas incidentalmente no processo de conhecimento.

Em relação à prisão em flagrante, era vista como um título cautelar autônomo. Nada obstante a doutrina já apontasse em outro sentido, assim como a legislação infralegal,<sup>6</sup> afirmando ser necessária a substituição da prisão em flagrante pela prisão preventiva, a jurisprudência mantinha a possibilidade de a prisão em flagrante justificar a custódia cautelar ao longo do processo. Nada obstante o art. 310, parágrafo único, do CPP afirmasse, desde 1977, que somente se deveria manter a prisão se demonstrada a necessidade da prisão, a jurisprudência, inclusive do STF, entendia que

---

6. Neste sentido, veja a Resolução 66 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, de 27 de janeiro de 2009.

a autoridade judicial somente precisaria se manifestar expressamente se houvesse pedido de liberdade provisória. Assim, de regra, a prisão em flagrante era mantida de maneira praticamente automática e o juiz somente analisava se havia necessidade da segregação se houvesse pedido da defesa. Como o detido não tinha direito a advogado, muitas vezes ficava preso sem tal formulação e sem qualquer necessidade.

Por outro lado, a liberdade provisória era vista como medida de contracautela, apenas passível de substituir a prisão em flagrante – não a prisão preventiva. Os vínculos admissíveis eram, em regra, a liberdade provisória com fiança ou a liberdade provisória mediante comparecimento aos atos do processo. Embora a liberdade provisória com fiança fosse medida mais grave, com fortes vínculos, era pouco utilizada, em razão da redação do art. 310, parágrafo único, que permitia que os presos em flagrante, mesmo por crimes inafiançáveis, obtivessem liberdade mediante simples compromisso de comparecimento aos atos do processo. Assim, como cabia a liberdade com menos ônus para os crimes mais graves (inafiançáveis), a prática era sempre se conceder a liberdade provisória mediante compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, seja para crimes afiançáveis quanto inafiançáveis. A fiança somente possuía interesse prático para antecipar a libertação do detido, quando fosse preso em flagrante e a autoridade policial pudesse concedê-la. De resto, tinha pouca utilidade.

Por sua vez, havia situações em que a legislação não admitia a concessão de liberdade provisória a determinados crimes graves, o que acabava por ser, por vias transversas, uma hipótese de prisão obrigatória. Somente em 10 de maio de 2012 o Plenário do STF decidiu ser inconstitucional a vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas, por ser incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal.<sup>7</sup>

Por fim, os dados do ano de 2011, quando entrou em vigor a Lei 12.403, indicavam que o Brasil possuía a quarta maior população carcerária do mundo, com 513.803 presos, sendo 169.075 provisórios,<sup>8</sup> o que representava um percentual de 32,9% do total, considerado bastante alto e preocupante, à luz da excepcionalidade que deveria ter a prisão preventiva, ao menos segundo a Constituição.

---

7. STF, HC 104339, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, acórdão eletrônico DJE-239 Divulg 05-12-2012 Public 06-12-2012.

8. Dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, de junho de 2011. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 21 de outubro de 2014.

## 2. Espírito das alterações e antecedentes imediatos

O projeto de Lei 4.208/01, que se transformou na Lei 12.403/2011, foi elaborado por Comissão de juristas presidida por Ada Pellegrini Grinover<sup>9</sup>, que buscou realizar diversas alterações pontuais no CPP. De maneira geral, estes projetos parciais visam compatibilizar o CPP com os modernos princípios do processo penal. Referidos projetos recaem “apenas sobre alguns dispositivos, mas toma por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros”, conforme leciona Ada Pellegrini Grinover.<sup>10</sup> Especificamente em relação ao projeto 4.208, seu objetivo declarado foi de “proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal”.<sup>11</sup> Além destas legislações estrangeiras mencionadas, inspirou o projeto o Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América.<sup>12</sup>

O Projeto 4.208 foi aprovado quando já existia em curso um projeto de alteração de todo o CPP, o PLS 156/09, que ainda está em tramitação.

## 3. Estudo panorâmico das principais alterações trazidas pela Lei 12.403/2011 no tema da prisão preventiva

A Lei 12.403, aprovada em 4 de maio de 2011, transformou radicalmente o sistema de medidas cautelares no Brasil. Embora apenas 32 dispositivos do CPP tenham sido alterados, as modificações estruturais foram de peso. No tocante à prisão preventiva, com exceção do art. 317, todos os demais artigos do Capítulo específico foram alterados.

A nova legislação, embora com algumas falhas<sup>13</sup>, algumas inerentes à parcelaridade das reformas<sup>14</sup>, deu um importante passo na modificação

---

9. Compunham referida Comissão, ainda, Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

10. GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista IBCCRIM* nº 31/2000, p. 70.

11. Exposição de Motivos - EM nº 00022- MJ, de 25 de janeiro de 2001.

12. FERNANDES, Antonio Scarance. O Direito Processual Penal Internacional. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18/19.

13. Uma das falhas evidentes da nova Lei é o art. 321, que dispõe: “Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”. Este dispositivo tem duas falhas. A primeira é inverter a lógica, como se a prisão preventiva fosse a primeira medida

do sistema cautelar penal e, sobretudo, no tratamento da prisão preventiva. A prática, porém, ainda busca sustentação em velhos hábitos e paradigmas para resistir a mudanças, o que é sempre natural em alterações legislativas, sobretudo em tema tão sensível quanto à prisão preventiva.<sup>15</sup>

De início, há alterações que atingiram diretamente a prisão preventiva e outras que apenas indiretamente a tangenciam, embora alterem sua dinâmica.

---

a ser analisada e, apenas em sua insuficiência, deveriam ser aplicadas as medidas do art. 319. A segunda falha é que desconsidera o próprio art. 282, inc. I, pois quando aplicadas as medidas do art. 319, não estão “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva”. O *periculum libertatis* continua presente, porém em menor intensidade. Como bem diz Rogério Schietti, a diferença não é qualitativa, mas quantitativa: “O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2ª ed., rev., ampl. e atualizada de acordo com a Lei 12.403/11. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 138). A própria manutenção topográfica da prisão preventiva antes do tratamento das demais medidas alternativas à prisão não é recomendada, pois aponta e sugere para uma preferência pela medida privativa de liberdade, como aponta a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington: Dezembro de 2013, p. 90. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>. Acesso em 16 de outubro 2014.

14. Sobre as críticas às reformas parciais, suas inconsistência e incoerências sistêmicas, cf. LOPES JR., Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. In: *Boletim IBCCRIM*, nº 223, Junho/2011.
15. Mireille Delmas-Marty leciona que as alterações no âmbito penal sempre despertam reflexos conservadores bem conhecidos, que podem ser resumidos em três expressões, sempre repetidas, segundo pesquisa do professor americano A. Hirschman: “inutilidade” (*futility*), pois toda reforma seria mera ilusão destinada a distrair, pois nenhuma mudança pode alterar realmente as políticas enquanto as estruturas profundas da ordem social permanecem intocáveis; “pôr em perigo” (*jeopardy*), pois se a realidade mudar repentinamente, isto acarretaria custos e consequências inaceitáveis e, por fim, “efeito perverso” (*perversity*), pois as medidas que buscam avançar o corpo social em certa direção o levarão ao sentido inverso (DELMAS-MARTY, Mireille. À origem destes trabalhos... In: DELMAS-MARTY, Mireille (org). *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, p. XIII/XIV). Neste sentido, é sintomática a entrevista do então Secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, ao apontar que o aumento da criminalidade seria decorrência direta das alterações introduzidas pela Lei 12.403: “Olhem os índices de segurança antes e depois da lei [12.403/2011]: hoje temos um recorde de prisões e o crime recrudescer (...)”. Pois é exatamente quando entrou em vigor a Lei 12.403, no segundo semestre de 2012, [que os crimes voltaram a crescer]. Temos apreensões de adolescentes, recorde de apreensões de armas, de prisões, o recrudescimento da violência. Alguma coisa está errada. E será que é só a polícia?” (BELTRAME, José Mariano. “Furto não dá cadeira; a sociedade deve saber”: entrevista. *O Estado de São Paulo*. Metrópole, A28, 7 de dezembro de 2014).

Pode-se dizer que uma das mais relevantes alterações da Lei 12.403 foi a introdução de amplo rol de medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319, o que já era objeto de reclamos por parte da doutrina. Embora tais medidas não sejam o objeto do presente trabalho, certamente a previsão de um leque de medidas – superando o pobre sistema bipolar anterior e implantando um “polimorfismo cautelar”<sup>16</sup> - contribuirá para que a prisão preventiva possa ser relegada para a medida de *ultima ratio*. O art. 282, §6º é expresso em asseverar que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319. Cria-se um novo requisito para a prisão preventiva: a inadequação das outras medidas do art. 319.<sup>17</sup>

O novo sistema se afastou da ideia existente na edição originária do CPP, que fazia da prisão preventiva o instituto ao redor do qual todo o sistema girava, pois o juiz estava privado de alternativas menos gravosas que fossem funcionais ao atingimento dos mesmos objetivos.<sup>18</sup> Estabeleceu o legislador um regime com inúmeras medidas diversas da prisão, como instrumento indispensável para a atuação do princípio da adequação<sup>19</sup> e com papel determinante na construção de um sistema de medidas cautelares em que o cárcere é relegado a uma medida extrema.<sup>20</sup>

De início, é alterado o título do capítulo, que passa a ser não mais apenas “Da prisão e da liberdade provisória”, mas sim “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”. Embora com a crítica de se colocar a liberdade provisória fora das medidas cautelares – quando, em verdade, ela é claramente uma medida cautelar -, ao menos aponta para o reconhecimento de que o capítulo está tratando da prisão e das medidas cautela-

16. Aury Lopes Júnior utiliza a expressão “polimorfologia cautelar” (LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 125). Porém, polimorfismo, entendido como “a propriedade que têm algumas espécies de assumir formas diversas sem modificar a sua natureza” ou a propriedade do que é polimorfo, adjetivo do que é “sujeito a mudar muito de forma; que se apresenta sob formas diversas” (AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, volume IV, Rio de Janeiro: Delta, 1958, p. 3980) expressa melhor a ideia.
17. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Medidas cautelares penais (lei 12.403/11) - Novas regras para a prisão preventiva e outras polémicas*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>. Acesso em 21 de outubro de 2014.
18. CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale: profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet, 2012, p. 694, tratando da realidade italiana, mas em lição em tudo aplicável. A mesma ressalva se faz em relação aos demais autores estrangeiros citados.
19. GREVI, Vittorio. *Misure Cautelari*. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 5ª ed, CEDAM: Padova, 2010, p. 412.
20. CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale...*, p. 696.



res, incorporando os estudos de cautelaridade desenvolvidos ao longo do século XX, conforme será visto no próximo capítulo. Isto é complementado com o *caput* do art. 282, ao desenvolver uma principiologia aplicável a todas “as medidas cautelares previstas neste Título”.

Ademais, o legislador estabeleceu no primeiro artigo do Título – o já mencionado art. 282 – a principiologia básica que irá reger todas as medidas cautelares pessoais.<sup>21</sup> Esse dispositivo é a “espinha dorsal” e a pedra fundamental do novo regime cautelar, estabelecendo as “pilastras fundamentais”<sup>22</sup> e os princípios que irão se irradiar sobre todo o sistema, sendo o principal artigo que trata das cautelares pessoais no processo penal brasileiro.<sup>23</sup> Traz, assim, as “pilastras fundamentais do sistema de cautelas incidentes sobre a liberdade pessoal do imputado”, usando expressão de Vittorio Grevi.<sup>24</sup> Referida regulamentação geral das limitações da liberdade se aplica a qualquer hipótese de privação da liberdade com finalidade cautelar disposta em outras partes do Código ou, inclusive, em leis esparsas.<sup>25</sup>

A nova legislação sepultou de vez a existência da prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível e a prisão decorrente da pronúncia como títulos autônomos, ao dar nova redação ao art. 283.<sup>26</sup>

Feitas tais considerações, vejamos as alterações em espécie que incidem sobre a prisão preventiva e os principais pontos controvertidos.

#### 4. Alterações e pontos controvertidos

Nada obstante a Lei 12.403 tenha sido editada há mais de cinco anos, é natural que a doutrina e a jurisprudência demorem algum tempo para analisar e entronizar as alterações. Sobretudo em face das profundas mo-

- 
21. No presente trabalho as medidas cautelares serão classificadas em *personais*, quando recaem sobre a pessoa do suspeito ou do imputado, *reais*, quando incidente sobre bens, visando a reparação do dano ou o perdimento do produto ou proveito do crime e *probatórias*, que visam assegurar a instrução do processo. Neste sentido, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal constitucional*. 7ª ed. rev. São Paulo: RT, 2012, p. 287.
  22. A expressão é de GREVI, Vittorio. *Misure Cautelari...*, p. 389.
  23. A doutrina também diverge se as normas que disciplinam as medidas cautelares pessoais atingiram e se aplicam às medidas cautelares reais e probatórias.
  24. GREVI, Vittorio. *Misure Cautelari...*, p. 389.
  25. TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 30ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 411, em lição feita para o CPP italiano, mas aplicável à nossa realidade.
  26. Em verdade, desde 2008 a doutrina passou a afirmar que ambas as espécies prisionais haviam desaparecido. Ver, neste sentido, MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 240.

dificações que ocorreram, é necessário certo lapso de tempo para que os operadores extraíam o conteúdo total das alterações, o que certamente ainda levará algum tempo, dentro do natural processo de análise, discussão e maturação. Porém, desde logo é possível apontar para vários temas que já se mostram candentes na doutrina e na jurisprudência, que serão apontados a seguir. De qualquer forma, outros temas potencialmente controversos serão tratados ao longo do trabalho, mesmo que ainda não controvertidos no Brasil, sempre que surgirem a partir da análise do direito estrangeiro e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CoIDH).

#### 4.1. Proporcionalidade. Extensão

Da análise do art. 282 se pode verificar que o princípio<sup>27</sup> da proporcionalidade foi adotado com certa relevância, indicando que a proporcionalidade vem avançando cada vez mais no processo penal. Neste sentido, os incisos I e II do art. 282 estabelecem desdobramentos do princípio da proporcionalidade.<sup>28</sup> Porém, o princípio da proporcionalidade vem guiar toda a reforma introduzida pela Lei 12.403, estando presente em diversos dispositivos. Não é exagero dizer que referido princípio foi estabelecido como “viga mestre” do sistema, girando ao seu redor diversos dispositivos e alterações introduzidas. É uma verdadeira norma especial, de segundo nível, uma “metanorma” ou “metaregra”, ao dispor sobre a aplicação das demais normas.<sup>29</sup> Inexiste unanimidade na doutrina sobre quais seriam os desdobramentos do princípio da proporcionalidade. Por exemplo, discute-se se o magistrado poderia utilizar as circunstâncias pessoais para justificar a adequação da medida, o que, segundo alguns, seria expressão de um suposto direito penal do autor. Ademais, parcela da doutrina não aceita, em hipótese alguma, que a prisão preventiva possa ser decretada quando a pena passível de ser aplicada ao final do processo não seja privativa de liberdade. Há, portanto, quem alegue ser inconstitucional a prisão preventiva aplicada a crimes com penas baixas, como no caso do delito de ameaça no contexto de violência doméstica, mesmo que para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

---

27. Conforme será visto, há divergência sobre a estrutura da proporcionalidade, se regra ou princípio. Utilizaremos a expressão “princípio”, por ser a mais difundida e aceita.

28. “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

29. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 168/169.

## 4.2. Aspectos gerais no tocante à prisão preventiva

Interessante questão, ainda não aprofundada na doutrina nacional, mas que poderá surgir à luz das novas medidas alternativas à prisão, é definir quando há uma verdadeira privação da liberdade, a caracterizar efetiva prisão preventiva, e quando há mera limitação da liberdade ambulatorial. Pense-se no exemplo enfrentado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, de determinação a um imputado que não saia de determinada ilha, nem que tenha contatos com terceiros, durante um longo período de tempo.

Ademais, outras alterações também trouxeram controvérsias sobre o conceito de prisão preventiva e notadamente a sua diferença com os institutos que restringem ou privam a liberdade, como a internação provisória (art. 319, inc. VII) e a prisão domiciliar (artigos 317 e 318), bem como se estes se incluem no conceito de prisão preventiva.<sup>30</sup> Ao mesmo tempo, retirou-se do capítulo das medidas cautelares o tratamento da prisão administrativa, que era então prevista no art. 319, mas que foi extirpada do Código. Há certa divergência na doutrina em considerar se houve apenas a exclusão da prisão administrativa do regime do CPP ou se referida espécie prisional ainda permanece em nosso ordenamento.<sup>31</sup> Isto acaba por trazer questionamentos sobre a própria classificação das formas de prisão no Brasil, tema pouco enfrentado pela doutrina nacional.<sup>32</sup>

---

30. Há certa divergência sobre a natureza da prisão domiciliar. Para uns, seria apenas uma medida substitutiva da prisão preventiva. Para outros, seria, em verdade, uma espécie de prisão preventiva e, assim, somente poderia ser decretada se presentes os requisitos do art. 313. Para Badaró trata-se de medida substitutiva, ou seja, uma “forma especial de cumprimento da prisão preventiva”. Segundo o autor, a “prisão domiciliar é, por certo, espécie de prisão provisória” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas Cautelares alternativas à prisão preventiva*. Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, OG (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: RT, 2011, p. 212).

31. Entendendo que a prisão administrativa foi mantida, LIMA, Marcellus Polastrí. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 139. Em sentido contrário, PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 573. Sobre a classificação das espécies de prisão, ver Capítulo V, item 3.

32. Assim, apenas para demonstrar a importância do tema, há divergência sobre a natureza da prisão para fins de extradição e quais os requisitos que deveria observar em sua aplicação. Eugênio Pacelli, após afirmar que a prisão administrativa foi revogada pela Lei 12.403, assevera que o ideal teria sido que a prisão para fins de extradição fosse tratada de maneira expressa. Com o legislador não o fez, afirma que seria hipótese de prisão cautelar, para garantia da aplicação da lei penal estrangeira e somente possível