Uso Exclusivo do DDO

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 176 • fevereiro/2021

EM BUSCA DA TUTELA CAUTELAR PENAL: O PROCEDIMENTO COMO MECANISMO ALARGADOR DO CAMPO COGNITIVO JUDICIAL NA FORMAÇÃO DA DECISÃO CAUTELAR

*CRIMINAL PROVISIONAL REMEDY: THE PROCEDURE AS AN EXTENSION MECHANISM
OF THE JUDICIAL COGNITIVE FIELD IN THE CONSTRUCTION OF PROVISIONAL DECISION*

BRUNNA LAPORTE CAZABONNET

Doutora em Ciências Criminais pela PUC-RS (Bolsista Capes). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (bolsista Pró-Bolsas). Especialista em Ciências Penais pela PUC-RS. Professora de Processo Penal e Direito Penal pela Urcamp, Campus Alegretê e São Gabriel/RS, e da Faculdade São Francisco de Assis, Porto Alegre/RS. Advogada.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1209-2240>].

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4292166493340959>].

brunnalaporte@hotmail.com

Recebido em: 18.05.2020

Aprovado em: 31.10.2020

Última versão da autora: 26.11.2020

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O artigo tem por finalidade o estudo da tutela cautelar no processo penal e foi dividido em três blocos. O primeiro busca a justificação do processo penal e, a partir dela, delimita o que pode ser compreendido por necessidade cautelar. Para aprofundar o conhecimento sobre essa última, na segunda etapa, são examinados os requisitos e fundamentos das medidas cautelares pessoais. Por derradeiro, para que se possa falar em uma cautelaridade penal, amoldada a um processo penal de cunho acusatório, é sinalizada a necessidade de elaboração de um procedimento cautelar. O problema orientador pode ser sintetizado com a seguinte questão: como construir uma tutela cautelar, própria à sentença penal, para aplicação de medidas de caráter

ABSTRACT: This paper aims to verify the provisional remedy in criminal proceedings and it was divided into three study blocks. The first one pursues the justification of the criminal procedure and, from there, it delimits what can be understood by provisional necessity. In order to broaden the knowledge regarding this issue, the requirements and the foundations of personal provisional remedy are considered in the second stage. Lastly, in order to be able to discuss the criminal provisional remedy, which conforms to an accusatory criminal procedure, we must establish a provisional procedure. The pilot problem can be summarized with the following question: how can we construct our own criminal provisional remedy for the application of

CAZABONNET, Brunna Laporte. Em busca da Tutela Cautelar Penal: o procedimento como mecanismo alargador do campo cognitivo judicial na formação da decisão cautelar.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 176. ano 29. p. 107-126. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2021.

peçoal, que se adequa a um processo penal de matriz acusatória? Como hipótese, trabalhou-se com a necessidade de avançar na discussão sobre a forma de aplicação de medidas cautelares pessoais, superando a concepção de medidas autônomas para adentrar em um procedimento cautelar, como caminho necessário à elaboração de uma decisão, que restringe direitos fundamentais prematuramente, ainda que a título cautelar. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela cautelar penal – Necessidade cautelar – Procedimento cautelar – Medidas cautelares pessoais.

personal measures that are suitable for criminal prosecution of accusatory matters? Hypothetically speaking, we built on the need of making a discussion that moves forward in relation to the application of personal provisional measures, beyond the conception of autonomous measures. The provisional procedure was considered necessary to elaborate a decision, which prematurely restricts fundamental rights, even if only as a provisional measure. The methodology used was the bibliographic review.

KEYWORDS: Criminal procedure – Criminal provisional remedy – Provisional necessity – Provisional procedure – Personal provisional measures.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O processo penal e a necessidade cautelar. 3. A aproximação entre a prisão processual e a prisão penal. 4. Os requisitos e os fundamentos das medidas cautelares pessoais. 5. A construção de um procedimento para a aplicação de medidas cautelares pessoais. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se debruça sobre a necessidade de ampliação de estudos sobre a tutela cautelar penal no Brasil. O que ganha ainda maior relevância se contextualizada a situação carcerária atual, que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, supera os 800 mil encarcerados, dos quais mais de 40% são presos cautelares.

Destaca-se que a construção da cautelaridade penal contemporânea tem como matriz o Código de processo penal datado de 41, principalmente no que toca ao modo de decidir em matéria cautelar, já que as reformas, procedidas no ano de 2011 e 2019, mantiveram, de forma geral, intocada essa parte do texto legal. Desse modo, questiona-se a possibilidade de o emprego de medidas cautelares pessoais autônomas ser uma expressão dessa matriz, de forma a privilegiar a decisão discricionária e vertical na aplicação da prisão cautelar.

Portanto, o problema orientador da pesquisa se cinge ao como construir uma tutela cautelar adequada à seara penal, para aplicação de medidas de caráter pessoal, que se amolde a um processo penal de cariz acusatório? Como hipótese, sustenta-se a necessidade da construção de um procedimento cautelar como forma de alargar a cognição judicial na matéria. Com isso, o principal objetivo da pesquisa é erigir uma cautelaridade penal, de cunho acusatório, que respeite as categorias próprias do processo penal.

O caminho percorrido nessa pesquisa é apresentado aqui em três eixos teóricos. O primeiro desenvolve a justificação do processo penal a partir do marco constitucional, de modo que se supera a visão do processo como instrumento empregado exclusivamente para o exercício do poder punitivo estatal. Agrega-se a concepção do processo como instrumento apto a maximizar a eficácia de um núcleo de garantias e direitos fundamentais. Na sequência, trata-se da necessidade cautelar nesse marco teórico.

Em um segundo tópico, são desenvolvidos os requisitos e os fundamentos de aplicação de medidas cautelares pessoais. Questionando-se, inclusive, a legitimidade daquelas que são tradicionalmente aceitas na doutrina como propriamente cautelares. Por fim, na última etapa do trabalho, sustenta-se como imprescindível a modificação da forma de construção da decisão cautelar. Para tanto, aponta-se como caminho a elaboração de um procedimento cautelar penal. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica.

2. O PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE CAUTELAR

Inicialmente, para explicitar o âmbito de uso de medidas cautelares pessoais, escolheu-se esclarecer alguns pontos que concernem àquilo que se vê como a justificação do processo penal, para logo após abordar quando se encontra presente neste a necessidade de lançar mão de medidas cautelares pessoais restritivas de direitos. Portanto, explana-se que é partindo da ideologia adotada para legitimar o processo penal que se entende o campo de aplicação de quaisquer medidas.

Busca-se essa ideologia na Constituição Federal, tendo em vista que é hierarquicamente superior e reitora de todos os demais diplomas normativos nacionais. A Constituição de 1988 inaugurou uma nova etapa política e histórica e arrolou no artigo 5º aquelas que são as garantias e direitos fundamentais. Foi um ajuste importantíssimo aos anseios da época pós-ditatorial. E, por essa razão, os atores envolvidos no processo penal passaram a postular um novo CPP, apto a representar esse período recente, já que basta uma rápida leitura da sua exposição de motivos para constatá-lo em total desarmonia com os fins colimados na carta política.

O texto mencionado é formulado a partir de um marco autoritário. Fala em garantias e direitos individuais, como estímulos à expansão da criminalidade; contrapõe interesses individuais aos coletivos; aborda o amorfo bem comum e a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, ao passo que busca restringir o *in dubio pro reo* por crer nos “formalismos” do processo penal um grande entrave à rigorosa aplicação da lei penal. No tópico sobre sentença, afirma que o interesse da defesa social não pode ser afetado pelo interesse pessoal dos criminosos. Por esses poucos pontos trazidos,

constata-se o local onde repousa o processo penal, que se mostra repleto de concepções e aponta como sua única faceta o alcance da punição.¹

Não obstante, enquanto não advém um novo código, imperativa é a sua interpretação a partir dos diversos preceitos constitucionais que condicionam o processo penal. “Os reflexos da Constituição da República [...] são inúmeros e impõem a releitura de várias de suas normas, mormente no que concerne ao embasamento, processamento, cumprimento e prazo de duração da prisão provisória.”² Tudo isso se está a dizer para enfatizar que:

“É importante compreender que repressão e garantias processuais não se excluem, senão que coexistem. Radicalismos à parte, devemos incluir nessa temática a noção de simultaneidade, em que o sistema penal tenha poder persecutório-punitivo e, ao mesmo tempo, esteja limitado por uma esfera de garantias processuais (e individuais).”³

Dessa forma, tem-se no processo penal um instrumento que tutela a liberdade, maximizando a eficácia de um núcleo de garantias e direitos fundamentais, e objetiva justificar fatos que atentem contra bens jurídicos elevados à condição de imprescindíveis para o *corpus* social. Ou seja, há um caráter aditivo, não de contradição desses dois eixos. O tempo do desenvolvimento do processo penal – sua razoável duração – é necessário para apaziguar a efervescência da vinda à tona da conduta delitativa e da sua punição, de modo a assegurar a sua investigação e persecução.

Esse lapso – entre fato e punição – reflete a rejeição do Estado por vinganças privadas e justiça sumária, que poderiam advir de uma decisão tomada no calor do momento ou mesmo por particulares. O Estado detém o poder de punir e chamou para si a jurisdição penal, de modo a evitar tribunais de exceção pós-fato voltados a concretizar os anseios de um ou outro sujeito. Delmanto é categórico ao abordar o tema:

“É por isso que o fundamento do processo penal é a tutela da liberdade jurídica do ser humano, consubstanciando-se, antes de mais nada, em um instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição.”⁴

1. BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Disponível em: [http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF]. Acesso em: 10.08.2019.
2. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.
3. LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 9. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.
4. DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 8.

Nesse sentido, está-se a falar no instrumento indispensável ao sistema punitivo, pois não há pena sem processo, contudo, em um Estado que se quer democrático, o exercício do poder deve estar condicionado pelas garantias e direitos que estão postos na sua Carta Política, de modo a frear a arbitrariedade estatal. Por isso que a instrumentalidade processual penal ultrapassa o conceito de mecanismo necessário à punição e adquire sua legitimidade quando agrega o caráter garantidor, visto que tutela direitos indisponíveis – “parte” que o Estado se comprometeu a não ingerência.⁵

Explica Gloeckner que se o objetivo do Estado fosse apenas a punição, como detentor do poder punitivo, essa poderia ser concretizada com uma sumária demonstração de poder mediante a aplicação de uma sanção. Contudo, tendo-se como ponto de partida um Estado Democrático, “no qual até mesmo o *lupus* artificial necessita de legitimidade para seu agir, é bem crível que o exercício do poder deve estar condicionado a algum tipo de forma. Tal forma, como escudo protetor contra a arbitrariedade, (Binder) é o processo.”⁶

O processo entra aqui como o instrumento de defesa que possibilitará ao indivíduo apresentar as suas razões, ao passo que será também o único meio de se alcançar uma punição legítima em um Estado que, pela principiologia que pôs na sua Constituição, adota o sistema processual penal acusatório. O sistema acusatório garante a ampla defesa, o contraditório, a necessidade de motivação de decisões judiciais, a separação entre os órgãos que defendem, acusam e julgam, ao que se soma a presunção de inocência como princípio unificador subjacente dos demais.⁷ Com este último, se garante que a culpabilidade deve ser provada pelo acusador, reservando ao indivíduo o tratamento de inocente, tanto na esfera processual quanto fora dela.

É uma eleição de valor, nos termos de Ferrajoli, pois se paga o custo de ter algum culpado sem punição, mas se evita ao máximo o erro judiciário com a punição de um inocente. Desse modo, o processo e o respeito às suas regras e formas condicionam o poder de punir do Estado. Nas palavras de Lopes Jr., é um instrumento cuja:

“Instrumentalidade [...] é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas,

5. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 27-31.
6. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 31.
7. O princípio, se entendido no seu sentido pleno, representa pedra angular da ordem processual penal moderna, diretamente ligado às garantias de proteção mais importantes do indivíduo e mediatamente vinculado ao funcionamento correto do julgamento criminal. (ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978. p. 925).

principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional.”⁸

Desse modo, a finalidade atribuída ao processo dentro do projeto constitucional será fundamental para delimitar o âmbito de aplicação de restrições antecipadas a direitos, avaliando sua necessidade, proporcionalidade e adequação. Assim como se tem no processo um instrumento para reconstruir um fato pretérito tido como criminoso e buscar a responsabilização daquele que lhe deu causa, vê-se nas medidas cautelares pessoais também um caráter instrumental, mas, nesse caso, atento aos fins colimados pelo processo, em vistas do seu andamento e provimento final. O processo é uma segurança do indivíduo frente ao Estado e do próprio Estado para punir situações que firam bens tidos como relevantes, de modo que a tutela penal será alcançada pelo processo de conhecimento e não por justiceiras medidas autônomas.

3. A APROXIMAÇÃO ENTRE A PRISÃO PROCESSUAL E A PRISÃO PENAL

Apesar de ser lugar comum falar dos malefícios da prisão, aqui se deve descortinar a estrutura dos institutos da prisão processual e da penal, que se revela, essencialmente, a mesma. Explica De Luca que as diferenças residem nas funções teleológicas que a via normativa lhes atribui, mas, quando se aplica medida cautelar restritiva de liberdade, estão-se antecipando os efeitos penais efetivamente.⁹

Del Pozzo dirá que o sacrifício do direito à liberdade é idêntico em ambas as formas de segregação, dando-lhes equivalência substancial.¹⁰ Amodio aprofunda a questão ao dizer que não importa se a finalidade é advinda do risco da reiteração ou de solapar o arcabouço probatório, a instrumentalidade do cárcere preventivo se mistura aos fins de prevenção da pena, aderindo ao movimento de presunção de culpa. Ao que se soma o critério da gravidade do delito, que é resíduo de uma visão punitiva da prisão preventiva.¹¹

Não é por outra razão que este trabalho se volta para essa questão, objetivando que se supere a segurança que supostamente emana da dogmática, da inclusão de medidas dentro do significante cautelar, como se isso as blindasse de questionamentos. Ainda,

8. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 91.

9. DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva*. Padova: CEDAM, 1953. p. 130-131.

10. DEL POZZO, Carlo Umberto. *La libertà personale: nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1962. p. 58-59.

11. AMODIO, Ennio. La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, Dott. A. giuffrè editore, Anno X, Fasc. 3, 882-883, p. 1967. p. 882-883.

não se pode esquecer que, sendo a decisão penal uma grande bricolagem de significantes,¹² o juiz toma a sua decisão e depois busca, com a linguagem, dar-lhe legitimidade.

Dito isso, imperioso será o dismantling da cultura punitiva vigente, que perpassa o sistema penal como um todo, consolidando a hipertrofia da tutela cautelar, que, atualmente, é responsável por mais de 35% dos presos no Brasil.¹³

Nesse contexto, precisa é a questão posta por Illuminati, ainda na década de setenta, sobre até que ponto os fins indicados pela distinção tradicional – de que com a prisão-pena se está a punir e com a prisão-cautelar a resguardar o processo (encabeçada por Carrara) – correspondem ao uso real de detenção preventiva no processo. Explica o autor que a ausência de pressupostos e critérios legais de avaliação se inserem na tendência da estruturação das medidas cautelares restritivas de liberdade com fins de imediata punição. Assim, torna-se muito difícil orientar o magistrado para o uso constitucionalmente adequado dos seus poderes, quando não se garante uma aplicação uniforme de medidas coativas.¹⁴

O que ganha especial relevo no ordenamento jurídico brasileiro, que mantém o modo de formação da decisão cautelar intacta, apesar da recente reforma processual procedida no título da prisão, medidas cautelares e da liberdade provisória (2019). A tutela cautelar penal tem suas raízes normativas no CPP dos anos 40, de caráter explicitamente autoritário, conforme destacado anteriormente. O que leva a questionar se a caracterização da tutela cautelar, com base em medidas autônomas, não seria uma manifestação dessa origem, uma vez que privilegia a formação solitária, vertical e discricionária da decisão.

Apesar de se compreender como fundamental essa linha de raciocínio exposta anteriormente, avança-se na exposição, pois não será objeto deste trabalho deslegitimar a tutela cautelar penal, seja pelas funções latentes que desempenha, seja por sua genealogia histórica. Dito isso, a análise crítica do instituto, neste momento, será incorporada para o pleito da contração máxima das hipóteses que autorizam a repressão penal imediata, ainda que a título cautelar. O ponto será melhor analisado adiante.

Dessa forma, deve-se destacar que a ótica majoritária, para a compreensão da tutela cautelar penal, permanece sendo realizada a partir de Calamandrei que, em seu curso sobre procedimentos cautelares, ministrado na Universidade de Florença, em 1934, classificou as medidas cautelares como subsidiárias em relação ao procedimento definitivo. É uma tutela mediata, que garante o funcionamento eficaz da justiça. As medidas cautelares “são, portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento”.¹⁵

12. Expressão cunhada por Alexandre Morais da Rosa quando aborda a decisão penal em sua tese de doutoramento.

13. BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Geopresídios. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php]. Acesso em: 29.08.2019.

14. ILLUMINATI, Giulio. Op. cit., p. 962-963.

15. CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000. p. 41-42.

CAZABONNET, Brunna Laporte. Em busca da Tutela Cautelar Penal: o procedimento como mecanismo alargador do campo cognitivo judicial na formação da decisão cautelar.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 176. ano 29. p. 107-126. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2021.

Nessa linha de entendimento, Giacomolli cinge as medidas cautelares à tutela penal assecuratória e não antecipatória ou satisfativa.¹⁶ Isso é uma decorrência direta da constitucional presunção de inocência. Ainda, nesse sentido, é a posição de Schiatti:

“Tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei nº 12.403/11 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou a absolvição do inocente), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais. 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.”¹⁷

Desse modo, todas as medidas cautelares são instrumentais, e com isso se quer dizer que a aplicação de qualquer uma delas deve estar atrelada a uma situação fática que exija cautelaridade. Os referidos mecanismos não podem concretizar fins materiais próprios da pena. Todavia, a excepcionalidade da prisão processual, apenas quando presente a necessidade cautelar, não é a regra, dado que pode ser extraído dos índices de aprisionamento provisório, que em alguns estados do País atinge os números de 50% a 60% do universo carcerário.¹⁸

Percebe-se o “efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de ‘eficiência’ do aparelho repressor estatal e da própria justiça.”¹⁹ Dessa forma, tem-se confundido justiça com justiça penal.

4. OS REQUISITOS E OS FUNDAMENTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

No que toca ao exame da necessidade cautelar, Choukr aponta que este deve ocorrer pela análise do art. 282, e incisos,²⁰ e artigos 312 e 313, todos do CPP, não se voltando para digressões sobre questões de mérito.²¹

16. GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 102.

17. CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 138.

18. BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Geopresídios. Disponível em: [www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php]. Acesso em: 29.08.2019.

19. LOPES JR., Op. cit., p. 793.

20. Incisos que não sofreram alterações com a Lei 13.964/2019, chamada de pacote anticrime.

21. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. 8. ed. Belo horizonte: Editora D Plácido, 2018. p. 638-641.

Portanto, deve-se observar a disposição geral sobre a necessidade e a adequação da medida cautelar pretendida para o caso concreto. Verificando-se a materialidade e os indícios de autoria (*fumus commissi delicti*), ao que se soma a presença de algum dos quatro fundamentos do art. 312 (*periculum libertatis*), quais sejam: garantia da ordem econômica; garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal,²² sempre examinando as disposições do art. 313, principalmente no que toca ao *quantum* de pena do crime, fixado como um critério de proporcionalidade.

Ademais, a prisão preventiva não poderá ser decorrência obrigatória da conclusão de determinadas etapas da persecução criminal, devendo ser pautada na necessidade cautelar, perpassada pelo risco gerado pela liberdade do imputado.

Na doutrina processual penal contemporânea, não há maiores divergências no que toca ao caráter precipuamente cautelar dos fundamentos da conveniência da instrução criminal e da garantia da aplicação da lei penal, pois estão instrumentalmente vinculadas à eficácia do processo. Sustendo-se, em contrapartida, em maior ou menor medida, a não cautelaridade da garantia da ordem pública e da ordem econômica.²³

Utilizando a doutrina de Lopes Jr., em apertada síntese, pode-se dizer que, no que tange à garantia da ordem econômica, quando se está na iminência de uma lesão de grande magnitude econômica, em razão da suposta prática delitativa do acusado, a situação fática estaria melhor tutelada por medidas cautelares reais, que teriam o condão de barrar a atividade econômica fraudulenta. Por outro lado, a garantia da ordem pública, pela imprecisão do termo, abarcaria situações que não se enquadram na necessidade cautelar, mas que podem ser formalmente incluídas nesse significante, haja vista a sua vacuidade semântica.²⁴

Concorda-se com o autor no sentido de que esses dois fundamentos adquirem contornos de pena antecipada, pois não estão ao serviço do processo penal, mas ganharam funcionalidade própria, como instrumentos de justiça sumária, que trazem, antecipadamente, efeitos atribuídos à prisão penal (prevenção geral e especial).

Por outro lado, objetivando tencionar os fundamentos que, sem maiores divergências, são tidos como cautelares, acrescenta-se o posicionamento de Giamberardino ao já dito anteriormente quanto à equivalência substancial das restrições da liberdade

22. A reforma procedida pela Lei 13.964/2019, nesse ponto, mantém a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, como fundamentos da prisão preventiva, apesar de incluir a necessidade de que a restrição da liberdade, mediante a prisão preventiva, esteja atrelada ao perigo gerado, para o processo penal, pela liberdade do sujeito. Todavia, o novo § 2º, do art. 312, do CPP, estabelece a possibilidade de que a prisão preventiva se respalde no “receio de perigo”. Ou seja, enquanto o *caput* do artigo narra a necessidade de indicar o perigo gerado pela liberdade, o § antecipa o marco da cautelaridade dizendo que basta o “temor de”. BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm]. Acesso em: 18.05. 2020.

23. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 634-637.

24. LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 644-653.

processuais ou penais. O autor confronta os fundamentos da conveniência da instrução criminal e o risco para a aplicação da lei penal com possíveis funções latentes, desenvolvidas a partir do discurso da existência de um sistema processual penal misto.

Desse modo, prender o réu, ainda que por fins endoprocessuais, esconderia a lógica inquisitiva da gestão e coleta da prova, coisificando o sujeito para poder extrair-lhe a verdade com o uso da violência do cárcere, desvinculando totalmente o processo de um meio de defesa do réu e de um espaço para que contradite seu acusador.

“Afirmar que a prisão processual é a expressão, por excelência, de uma estrutura essencialmente inquisitória, significa dizer ser ela o instituto através do qual a gestão da prova, que passa a ser também a gestão do imputado, concentra-se nas mãos do órgão julgador. Essa seria, grosso modo, uma função real efetivamente exercida pela prisão cautelar nesses casos.”²⁵

Sustenta Giamberardino que a posição processualista deu condições para a permanência da prisão como mecanismo legítimo sempre que a pauta na dura necessidade, assentando o conformismo de que assim deve ser, pois é um mal necessário, inviabilizando a busca para além da prisão quando houver situações a serem tuteladas durante o processo. Não se pode deixar de concordar com o autor, porque iniciar o estudo do instituto que está previamente articulado como imprescindível ultrapassa o questionamento do porquê da sua existência.

Caso se passe pelos grandes nomes da seara processual penal, como assim fez o autor de forma percutiente, observa-se que, para além da dita necessidade, não se achou outra justificativa para a segregação do presumidamente inocente, ao passo que se aceitou que são os demais princípios reitores do processo que permitirão a coabitação da presunção de inocência com a prisão antecipada, desde que voltada a escopos instrumentais ou finais. De um modo geral, entendeu-se que os riscos vinculados à possível reiteração deveriam ser suportados pelo réu ao custoso preço da sua liberdade.

A feição atual dessa prisão foi agravada, já que se pode dizer que ela tem se assentado para fora da estrita necessidade, alicerçando-se à faceta defensivista-periculosista,²⁶ em

25. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. 2008. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 95.
26. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 305, 315. Em suma, explica-se que o eficientismo penal está relacionado com a noção de que a crise do sistema penal é de caráter conjectural, não é estrutural, de forma que se legitima a ampliação do seu campo de atuação, pois o problema estaria no seu uso minimizado. Dentro dessa matriz são criadas as políticas criminais de lei e ordem. Já o defensivismo periculosista está relacionado à ideia de que a prisão defende a sociedade dos delitos praticado por uma minoria perigosa. Ampara-se nas funções declaradas da prisão, ignorando as funções subterrâneas.

CAZABONNET, Brunna Laporte. Em busca da Tutela Cautelar Penal: o procedimento como mecanismo alargador do campo cognitivo judicial na formação da decisão cautelar.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 176. ano 29. p. 107-126. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2021.

vistas de um autoritarismo remanescente em dispositivos legais e na prática forense. Nesse sentido, aduz Ferrajoli que:

“A consequência dessa esboçada legitimação foi que a prisão preventiva, depois do retrocesso autoritário e inquisitório da cultura penal oitocentista, arraigou-se profundamente em todos os ordenamentos europeus, estando presente nas cartas constitucionais, consolidando-se nos códigos e estendendo-se nas práticas até atingir as bem conhecidas dimensões patológicas hodiernas.”²⁷

Ademais, se examinado o cumprimento de uma prisão-cautelar e uma prisão-pena, notar-se-ão que dividem a mesma essência punitiva, ainda mais por serem cumpridas no mesmo estabelecimento, que mistura presos cautelares com presos condenados. Dito isso, tornou-se ainda mais difícil sustentar a separação da prisão com fins materiais das com fins processuais para legitimar a última.

Não obstante, aquilo que justifica a existência de medidas cautelares transcende as conjecturas teóricas, uma vez que existem determinados atos praticados pelo réu que podem comprometer ou inviabilizar a reconstrução do fato pretérito objeto do processo. Dessa forma, chega-se novamente a uma encruzilhada, pois o ordenamento deve possuir mecanismos para coibir esses atos e resguardar os elementos que reconstruirão os fatos discutidos.

Nesse panorama, aproveitando o fio condutor crítico lançado por Amodio, Illuminati, De Luca e Ferrajoli, vê-se no rol trazido no art. 319 do CPP uma abertura para que se inicie a substituição efetiva da segregação cautelar por outros mecanismos que se mostrem tão eficientes quanto, mas não cobrem o altíssimo custo de se ter um inocente encarcerado, ainda mais no contexto prisional brasileiro.

As medidas cautelares diversas da prisão podem, sim, reduzir o risco criado à instrução ou à aplicação da lei penal, desde que sejam as instituições aparelhadas para aplicá-las e fiscalizá-las. Ainda, pensando na necessidade de concretização de direitos e garantias fundamentais, com a consequente redução do uso do cárcere, pode-se buscar mecanismos estranhos à atual dinâmica processual, como um procedimento cautelar penal incidental para discutir a necessidade cautelar e para que, efetivamente, as partes contribuam para a construção da decisão penal.²⁸

Veja-se que, antes da reforma procedida pela Lei 13.964/2019, o CPP já estabelecia que a prisão preventiva somente caberia se não fosse hipótese de outras medidas cautelares.

27. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 508-509.

28. “Em lugar da custódia cautelar, pela simples condução coercitiva do imputado à presença do juiz e por sua detenção durante o tempo estritamente necessário – por horas ou no máximo dias, mas não por anos – para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez para realizar as primeiras averiguações sobre suas justificativas.” (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 513).

Com a reforma, foi inserida a necessidade de fundamentar o não cabimento de medidas cautelares diversas da prisão, a partir de elementos do caso concreto, e de forma individualizada, buscando-se afastar o automatismo do emprego da prisão.

Caminhando-se no sentido de que apenas quando falharem as medidas cautelares diversas da prisão ou, concretamente, forem insuficientes, discuta-se a ampliação da intensidade da restrição e que seja aplicada a prisão cautelar em último caso. Provavelmente, do descumprimento injustificado das medidas sairá o tão falado respaldo concreto para a imposição da medida mais gravosa, minimizando os espaços para construções linguísticas em torno dos fundamentos dito cautelares, mas que escondem seu fim último em separar, extrair a verdade e neutralizar o inconveniente.

Por derradeiro, não se desconhece que os campos ditos alternativos para gerir a conflitividade penal têm sido inviabilizados, justamente porque os discursos minimalistas-alternativos não dispensam a prisão como recurso último e têm se tornado um campo paralelo de controle. Nesse sentido, explica Carvalho sobre os discursos relegitimantes do sistema punitivo:

“A responsabilidade pela densificação do punitivismo e pela criação do imenso contingente de pessoas presas é dos atores que dão vida, diariamente, ao sistema punitivo. A responsabilidade da imposição gótica de sofrimento em nosso sistema carcerário é da própria estrutura punitiva e dos seus discursos relegitimantes, que promovem e fomentam sua utilidade como mecanismo imprescindível de controle social. A composição destes ingredientes possibilita aos sistemas de punição alta capacidade de reinvenção, fazendo com que a imposição superlativa de sofrimento seja constante, independente da criação de espaços de liberdade.”²⁹

Ocorre que a Constituição Federal trouxe a expressa autorização da prisão processual, então, inevitavelmente, o ponto de partida deve ser a limitação de seu campo, pois se acredita que há muito espaço ainda a ser conquistado quando se trata da constitucionalização do processo, mormente no que toca à prisão. Com certeza, aceitá-la, inicialmente, pode parecer uma limitação que inviabiliza o ato criativo e a sua superação. Todavia, opta-se por esse ponto de partida para principiar a incorporação efetiva dos postulados constitucionais e a construção de uma consciência mais democrática do processo penal.

Tendo em vista a sedimentação da vontade de punir, impõe-se ceder entre os extremos para originar a contração do campo de uso da prisão preventiva, o que, necessariamente, passará pela tomada de ações em diferentes setores. Entrando no que diz respeito ao penal material e ao processual penal: deve-se iniciar pela reestruturação dos bens jurídicos a serem tutelados e da diminuição da grande quantidade de delitos que se

29. CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 377.

tem hoje no modo à la carte, da criação de vias restaurativas para gerir determinadas incivilidades, da aplicação de mecanismos restritivos de liberdade diversos da segregação, tratando-os como substitutos de fato, forjando-se uma cultura que não veja na alteridade algo a ser extirpado.

Dito isso, não se postula a troca de uma suposta panaceia por outra, há muito a ser feito, porém se acredita ser um bom espaço para se iniciar o diálogo com a racionalidade punitiva, o entrelugar das restrições parciais da liberdade e de outros direitos. Concluindo este ponto, faz todo sentido colocar no horizonte uma meta utópica que faça permanecer caminhando.

Nesses termos, arrisca-se a dizer que, na seara cautelar penal, as medidas devem ser um mecanismo aparelhado, pesquisado e melhorado, de modo que se possa prescindir da prisão antes do trânsito em julgado. Entretanto, enquanto esse tempo não chega – apesar da busca por macrorrespostas –, o microefeito já pode ser comemorado em razão de uma vida ter sido poupada da miserabilidade do cárcere.

5. A CONSTRUÇÃO DE UM PROCEDIMENTO PARA A APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Inicia-se o último tópico do artigo destacando que a estrutura do processo penal é, por excelência, dialética, sendo esse o traço que a singulariza se comparada aos demais procedimentos. Por essa razão, explica Giacomolli que “a impossibilidade de um contraditório pleno, prévio ou concomitante à constrição leva a doutrina a situar a cautelariedade do processo penal, fora da compreensão estrita de processo (medidas cautelares)”.³⁰

Entretanto, essa proposição não é suficiente para tolher a participação efetiva das partes na formação da decisão em matéria cautelar, porque “a decisão não é produto somente do juiz, mas do esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é princípio da influência e da não surpresa.”³¹

Nesse sentido, narra Giacomolli que as disposições, tanto de ordem constitucional quanto ordinária, principiam um avanço na argumentação atinente a um processo penal cautelar, o que se originaria com o teor do art. 282, § 3º, do CPP. Esse mesmo parágrafo ganhou uma redação melhorada em 2019 se comparada àquela de 2011, que criava a necessidade de intimar a parte contrária quando uma medida cautelar fosse postulada, desde que isso não colocasse em risco a eficácia da medida ou em casos de urgência.

Atualmente, foi disposto um prazo de cinco dias para a manifestação da parte contrária àquela que requereu a medida cautelar, bem como a necessidade de fundamentar a

30. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto San José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.

31. BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – Lei 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 23.

CAZABONNET, Brunna Laporte. Em busca da Tutela Cautelar Penal: o procedimento como mecanismo alargador do campo cognitivo judicial na formação da decisão cautelar.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 176. ano 29. p. 107-126. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2021.

urgência ou o risco se o juiz não o fizer. Ademais, não é mais possível ao magistrado decretar medidas de ofício, avançando-se na compreensão e delimitação do papel de cada ator do processo penal.³²

Todavia, mesmo com essas alterações legais, não se aduzirá aqui a possibilidade de elaboração de um processo cautelar, pois se entende que a conformação da cognição cautelar não permite a distinção entre conteúdos atinentes às condições da ação e o que deveria estar presente mérito, ou seja, se estariam no *fumus commissi delicti* ou no *periculum libertatis*, bem como não se sustenta uma sentença como decisão. Mas, tendo como norte a primeira disposição legal supracitada, expõe-se a utilidade de um procedimento cautelar.

As reformas procedidas nos anos de 2011 e 2019, no capítulo da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória do CPP, mantiveram a configuração da decisão cautelar, de modo que esta permanece substancialmente igual desde os anos 40.

Com isso, há um peticionamento escrito, acompanhado de um tímido contraditório, que é finalizado por uma decisão judicial, também escrita. A audiência, pautada na oralidade, não foi a metodologia escolhida para a formação da decisão cautelar.

Recorrendo ao campo doutrinário, diz-se que a cognição cautelar é caracterizada pela superficialidade e sumariiedade, não exauriente como a cognição da sentença condenatória ou absolutória. Todavia, na doutrina nacional, não foi aprimorada a cognição cautelar e sua extensão, tendo em vista que a procedimentalização disposta no CPP não dispõe de parâmetros para tanto.

Essa ausência não foi suprida com a reforma procedida pela Lei 13.964/2019, que, no § 3º, do dispositivo supracitado, apenas estabeleceu um prazo de cinco dias para manifestação da parte contrária àquela que requereu a medida cautelar. Veja-se que a audiência de custódia, apesar de inserida no diploma legal, segue restrita ao âmbito da prisão em flagrante.³³

Dito isso, clarifica-se que a funcionalidade contemporânea da prisão cautelar, nos moldes de uma medida de defesa social ou policialesca, é acobertada e corroborada pela sua estrutura legal, que determina a aplicação dessas medidas de cunho pessoal, compassada com um modelo quase que administrativo, afinada a um processo penal inquisitivo. Situação que perdura, apesar de se ter um paradigma, já não tão recente, encetado pela Constituição Federal de 1988.

É indefensável a manutenção do contraditório restrito à forma escrita, afincado no campo burocrático e formal, em clara afronta à necessidade de se levar o indivíduo preso à presença de um juiz, nos moldes já delineados pelo Pacto San José da Costa Rica. Não se

32. BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm]. Acesso em: 18.05.2020.

33. Destaca-se que a inserção da audiência de custódia no art. 310 foi um dos pontos altos da reforma, procedida pela Lei nº 13.964/2019, bem como as sanções que buscam dar-lhe efetividade, tais como a responsabilização, nas diversas esferas, da autoridade que, injustificadamente, não realiza o ato e o relaxamento da prisão pela não realização da audiência no prazo legal. Não obstante, não há disposições no mesmo sentido para a prisão preventiva.

pode esquecer que o processo penal contemporâneo, além de uma leitura constitucional, exige um exame convencional das suas práticas e das suas disposições legais internas.

Percebe-se que, com a ausência de uma decisão técnico-racional, principalmente em uma matéria que é tão cara, inviabiliza a construção de uma base de cognição oponível pela defesa. O que se agrava, ainda mais, com a fungibilidade dos fundamentos que respaldam a decretação da medida cautelar, tornando a decisão do julgador incontroleável. Destarte, é patente a importância de que a decisão seja erigida em um *locus* de efetivo contraditório. “Na cautelar (art. 282, § 3º, do CPP) abre um espaço de argumentação e de diálogo, de modo a diminuir o risco de uma decisão tomada na única base da produção de elementos incriminatórios.”³⁴

Por conseguinte, projeta-se a ruptura metodológica na construção da decisão sobre medidas cautelares pessoais, partindo da inclusão de um elemento procedimental, que se formará a partir de uma audiência, como meio de incorporar o rito oral, de matriz acusatória, deteriorando o *ethos* inquisitivo. Com isso, inicia-se com a definição de um novo ambiente para a formação da cognição cautelar, que se contrapõe ao da procedimentalização tão somente escrita.³⁵ Nesse sentido, Lopes Jr. sustenta que o melhor caminho para efetivar o contraditório e o direito de defesa é a realização de uma audiência.³⁶

Os contornos da argumentação cautelar podem percorrer a adequação da medida, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito,³⁷ escapando do modelo decisório padrão que atinge a matéria cautelar. Por outro lado, é notório que uma decisão cautelar não pode ingressar em discussões atinentes ao mérito do processo. Não obstante, diante da necessidade constitucional de motivação de toda e qualquer decisão judicial, fixa-se a indispensabilidade de discernir o que pode compor a decisão que decreta uma medida cautelar.

Nessa senda, não é compatível uma audiência de instrução para analisar o cabimento das medidas cautelares. Contudo, a inclusão do sujeito, que sofrerá as consequências da decisão judicial, na estrutura judiciária e no ato decisório, é passo inarredável para que

34. GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 365.

35. Cumpre destacar que as audiências de custódia, implementadas pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015, e, atualmente, disciplinadas no art. 310, *caput* do CPP, têm como principal objetivo a condução do preso em flagrante, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à presença de autoridade judicial competente. Contudo, como estão sendo utilizadas apenas nessa hipótese, se reduz o *input* ao sistema prisional, mas o *output* permanece significativamente inalterado. Dessa forma, não há modificação no *status* de liberdade de presos cautelares já inseridos no sistema prisional (BRASIL. *Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Relatório: um ano de audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: [www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/Relatorio_1_Ano_Audiencia_Custodia.pdf]. Acesso em: 10.11.2019).

36. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 587.

37. 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. p. 312-313.

se efetive a paridade de armas entre órgão acusador e defesa, dando forma ao contraditório. Martins sustenta a imprescindibilidade do contato direto, ou seja, é o exame direto, a observação imediata, que modela e converte as palavras. No que tange ao conteúdo advindo desse contato, ele poderá ser favorável ou prejudicial ao acusado, contudo é fundamental.³⁸

O procedimento pretendido será o mecanismo de constrangimento da evidência, o qual se consubstanciará no elemento intermediador e minimizador do imediatismo.³⁹ Na prisão cautelar, em regra, constata-se uma nulificação desse elemento intermediador, pois essa está intimamente vinculada à evidência, que se determina com o preenchimento de uma expectativa, dispensando o mecanismo que media.

À vista disso, incluir um procedimento cautelar, como a forma de aplicação de medidas, coincide com a elaboração de um mecanismo com capacidade de reduzir a evidência. Objetivando a redução da centralidade do uso do cárcere cautelar, entende-se a inclusão de uma forma processual delimitada como uma etapa estratégica essencial, já que, sendo o sistema processual penal acusatório a opção constitucional, a forma, por si só, na seara processual penal, eleva-a ao status de garantia, o que, inevitavelmente, redireciona a discussão sobre o tema a um nível epistemológico diverso.

A identidade criada entre prisão processual e periculosidade, bem como a falta de uma estrutura cautelar própria aquiesce com o cumprimento de funções latentes, estranhas à necessidade cautelar. Por isso, sustenta-se a criação de um procedimento apto a controlar a racionalidade presente nessas decisões, definindo-se um modelo de cognição cautelar, que possa se dizer sumário e limitado.

Contudo, sabe-se da impossibilidade de se exigir do próprio julgador a criação de barreiras colocadas no seu conhecer, como meio de se manter em um determinado estágio de apreensão de informações para não contaminar o posterior julgamento sobre o mérito do processo penal. A apreensão será de todos os elementos expostos, dos quais o juiz não se livrará, de modo que, dessa evidente constatação, origina-se a importância de uma estrutura procedimental que crie essas barreiras, que produza esse limite externo aos quadros mentais do julgador.

Nessa senda, emerge como imprescindível um segundo juiz, vinculado ao julgamento das medidas cautelares.⁴⁰ Se é mantida uma figura única para julgar o mérito do

38. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 13.

39. MARTINS, Rui Cunha. *Op. cit.*, p. 29.

40. Pode-se observar como tendência a experiência de outros países, apontando, aqui, um exemplo latino-americano e outro europeu, Itália e Chile. Em ambos há uma procedimentalização que acompanha a aplicação de qualquer medida que vise a restringir a liberdade do sujeito presumidamente inocente. No CPP italiano, o livro quarto trata das medidas cautelares, e, no CPP chileno, estão as disposições no livro quinto. CHILE. *Código de processo penal*. Disponível em: [www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&r=1]. Acesso em: 05.09.2019; ITÁLIA. *Código penal italiano*. Disponível em: [www.altalex.it]. Acesso em: 05.09.2019.

CAZABONNET, Brunna Laporte. Em busca da Tutela Cautelar Penal: o procedimento como mecanismo alargador do campo cognitivo judicial na formação da decisão cautelar.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 176. ano 29. p. 107-126. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2021.

processo e a aplicação de medidas cautelares, se cria espaço propício para uma tendência confirmatória das decisões inicialmente adotadas. A prisão cautelar se converte em um atalho cognitivo, sujeito às crenças inerentes ao indivíduo.

No ponto, grande avanço se procedeu em 2019, com a criação da figura do juiz de garantias, vinculado à etapa investigatória da persecução criminal, de modo que a tutela cautelar penal, de natureza pessoal, aplicada nessa etapa fica nas mãos desse julgador.⁴¹ Todavia, deve-se destacar que essa previsão legal se encontra suspensa, por tempo indeterminado, haja vista decisão do Supremo Tribunal Federal.⁴²

Sustenta Gloeckner que a forma de minimizar essa tendência confirmatória reside na realização de uma audiência, que possibilite a criação da decisão regida pelo efetivo contraditório.⁴³ É o caminho que deve ser adotado para a materialização de um processo penal disfluyente, assentando no contraditório, que cria a oportunidade da permuta de versões e atos processuais, de modo a evitar que um fragmento, decorrente da primeira impressão do julgador, defina o processo. Por derradeiro, entende-se que a audiência pretendida não se encaixa no espaço de uma medida autônoma por ser ato jurídico isolado, resultante de uma decisão judicial, avessa ao contraditório, já que prescinde da participação da defesa para se impor e, não raras vezes, do órgão acusador.

Pelo exposto, tem-se como imperativo o alargamento cognitivo judicial nessa matéria, ou seja, entre o pedido de aplicação de medidas, realizado pelo órgão acusador, e a decisão judicial que concede ou não essa aplicação. O procedimento cautelar será esse interregno, que principiará com a efetiva incorporação do contraditório na senda cautelar, de modo a que a decisão judicial seja o resultado da construção dialética entre defesa e acusação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Com este trabalho, não se objetiva deslegitimar a tutela cautelar, já que se entende que ainda há muito espaço a conquistar em termos de constitucionalização do processo penal, de modo que parece estar na contramão da incorporação de um novo paradigma de leitura do processo que se faz neste momento.

41. Importante ressaltar que a reforma procedida pela Lei 13.964/2019 se concentrou em quatro principais eixos: 1) a previsão do juiz de garantias; 2) a inserção do acordo de não persecução penal; 3) no que tange à prova, a previsão da cadeia de custódia; 4) uma nova reforma do título da prisão, medidas cautelares e liberdade provisória.

42. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 do Distrito Federal. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf]. Acesso em: 18.05.2020.

43. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 117, ano 23, p. 263-286, São Paulo: Ed. RT, nov./dez., 2015. p. 277.

CAZABONNET, Brunna Laporte. Em busca da Tutela Cautelar Penal: o procedimento como mecanismo alargador do campo cognitivo judicial na formação da decisão cautelar.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 176. ano 29. p. 107-126. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2021.

2. O trabalho se assenta em duas hipóteses para contribuir com a construção de um aparato de tutela cautelar que não esteja centralizado na prisão. A primeira hipótese diz sobre o uso de medidas cautelares diversas, não como uma via alternativa, mas como substitutiva à segregação cautelar. Para que isso ocorra, aquelas necessariamente terão que preceder a aplicação da prisão e ser utilizadas no núcleo da seletividade penal. Caso contrário, permanece-se na colonização da linha minimalista brasileira pelo eficientismo penal.

3. A segunda hipótese diz respeito à necessidade de elaboração de um procedimento cautelar. Portanto, propõe-se uma procedimentalização como forma de romper com a continuidade decisória. Destaca-se que se julga insuficiente a criação das audiências de custódia, haja vista que essas se voltaram para a análise, apenas, da legalidade das prisões em flagrante, de modo que, apesar de alterarem o input no sistema prisional, deixam intocado o output.

4. Por conseguinte, estabelece-se um entrelugar: nem medidas autônomas, que favorecem a excessiva discricionariedade e verticalidade na restrição da liberdade individual, tampouco processo cautelar, que trabalha com categorias inseríveis às peculiaridades da tutela cautelar penal.

5. Compreende-se como imprescindível a alteração no modo de produção da decisão que aplica medidas cautelares, de forma a incluir, com efetividade, o contraditório, ou seja, como uma verdadeira contribuição para o conteúdo da decisão. Um primeiro passo para o constrangimento da evidência tão presente na tutela cautelar. Isso, por si só, eleva a discussão sobre tutela cautelar a outro nível, já que a forma dos atos, no processo penal de cariz acusatório, é garantia individual.

6. Por fim, não se acredita no potencial de uma procedimentalização como “a” solução para o caos carcerário, em grande medida, produzido pela prisão cautelar. Mas sustenta-se a procedimentalização como uma etapa hábil para concretizar direitos e garantias fundamentais e dar forma a uma cautelaridade processual penal ajustada às categorias próprias do processo penal.

7. REFERÊNCIAS

- AMODIO, Ennio. La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, Dott. A. Giuffrè editore, Anno X, Fasc. 3, 882-883.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – Lei 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.
- CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- CHILE. *Código de processo penal*. Disponível em: [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&r=1>]. Acesso em: 05.09.2019.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D Plácido, 2018.
- CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva*. Padova: CEDAM, 1953.
- DEL POZZO, Carlo Umberto. *La libertà personale: nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1962.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto San José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. 2008. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 117, ano 23, p. 263-286. São Paulo: Ed. RT, nov./dez., 2015.
- ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.
- ITÁLIA. *Código penal italiano*. Disponível em: [www.altalex.it]. Acesso em: 05.09.2019.
- LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 9. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

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.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal, de Danielle Souza de Andrade E Silva – *RBCCrim* 62/197-219 (DTR\2006\551); e
- O processo penal cautelar, de Romeu Pires de Campos Barros – *RePro* 2/220-229 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/435-447 (DTR\1976\20).