**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC**
**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI**
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DÁLBERSON CARLOS CANTON ARAÚJO**

# UMA ABORDAGEM ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.403/11

**BARBACENA**
**2012**

**DÁLBERSON CARLOS CANTON ARAÚJO**

# UMA ABORDAGEM ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.403/11

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. Esp. Josilene Nascimento Oliveira

**BARBACENA**
**2012**

**Dálberson Carlos Canton Araújo**

# UMA ABORDAGEM ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.403/11

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

**BANCA EXAMINADORA**

Profª Esp. Josilene Nascimento Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Profª Esp. Odete de Araújo Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Profª Esp. Rosy Mara Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela oportunidade que me foi dada. À minha família e namorada, pela incansável batalha ao meu lado. Aos meus amigos e colegas de faculdade, pelo aprendizado e momentos vividos. Aos professores, pelos ensinamentos e lições, especialmente, à minha orientadora Profª. Josilene Nascimento Oliveira, pela amizade, profissionalismo e dedicação ao meu propósito.

À Universidade Presidente Antônio Carlos, pelo cumprimento da sua missão.

A Deus, maior responsável por esta vitória. Aos meus pais, Carlos e Maria José, razões do meu esforço; e demais parentes pela confiança e apoio constantes. À minha Simara, por cada prova de amor. Ao meu irmão, pelo companheirismo. Ao meu saudoso avô João, pela contribuição essencial na formação do meu caráter.

Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana.

Carl Jung

## RESUMO

O foco principal deste estudo é demonstrar a intenção do legislador ao promulgar a Lei nº 12.403/2011, que reformou parte do Código de Processo Penal Brasileiro. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que visa a reflexão sobre a importância de uma nova legislação, que ampliou o rol de medidas cautelares, bem como sua correta aplicabilidade, em especial a prisão preventiva. Com toda a análise realizada, vislumbrar-se-á a necessidade da utilização de alguns princípios constitucionais para a correta aplicação da nova lei, especialmente, o da proporcionalidade, da não-culpabilidade e da isonomia. Vale ressaltar que dentre as diversas vertentes do saldo positivo do trabalho, é louvável a intenção do legislador em ressuscitar a credibilidade do instituto das medidas cautelares, especialmente as não restritivas de liberdade, impedindo a banalização da prisão preventiva, bem como a diminuição da população carcerária nacional e possível diminuição do déficit de vagas no sistema prisional.



**Palavras-chave:** Processo Penal. Medidas cautelares. Prisão cautelar. Prisão preventiva.

**ABSTRACT**

The main focus of this study is to demonstrate the intention of the legislature by enacting Law No. 12.403/2011, which reformed part of the Brazilian Code of Criminal Procedure. It is a bibliographic research which aims to reflection about the importance of new legislation innovating the list of precautionary measures, as well as its correct applicability, especially preventive detention. With all the analysis done, it will envision the necessity of using some constitutional principles to the correct application of the new law, especially the proportionality of non-culpability and equality. It is noteworthy that among the various strands of the positive balance of labor, is laudable the intention of the legislator to resuscitate the credibility of the institute precautionary measures, especially non restrictive of freedom, preventing the banalization of preventive detention, as well as the reduction of the national prison population deficit and possible reduction of vacancies in the prison system.

**Keywords**: Criminal Procedure. Precautionary measures.Detention precautionary.Preventive detention.

## ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

Art. - Artigo
CF – Constituição Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
Des. - Desembargador
HC – *Habeas Corpus*
Min. - Ministro
MP – Ministério Público
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

**SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO** ..... 19

**2 NOÇÕES HISTÓRICAS** ..... 21

**3 PRISÃO** ..... 23
**3.1 Conceito** ..... 23
**3.2 Espécies de prisão** ..... 24
3.2.1 Prisão em flagrante ..... 24
3.2.2 Prisão preventiva ..... 26
3.2.3 Prisão temporária ..... 27

**4 MEDIDAS CAUTELARES** ..... 29
**4.1 Conceito** ..... 29
**4.2 Características** ..... 29
**4.3 Critérios gerais para a decretação** ..... 30
**4.4 Rol de medidas cautelares previstas antes da reforma do Código de Processo Penal** 31
4.4.1 Prisão preventiva ..... 31
4.4.2 Prisão temporária ..... 33
4.4.3 Liberdade provisória ..... 34
4.4.3.1 Liberdade provisória sem fiança ..... 34
4.4.3.2 Liberdade provisória com fiança ..... 36
**4.5 Rol de medidas cautelares inseridas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011** ..... 38
4.5.1 Comparecimento periódico a juízo ..... 39
4.5.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares ..... 39
4.5.3 Proibição de manter contato com determinada pessoa ..... 40
4.5.4 Proibição de ausentar-se da comarca ..... 40
4.5.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga ..... 40
4.5.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira ..... 41
4.5.7 Internação provisória do acusado ..... 41
4.5.8 Fiança e o princípio da isonomia ..... 42
4.5.9 Monitoração eletrônica ..... 43
4.5.10 Proibição de ausentar-se do país ..... 43

**5 O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA** ..... 45
**5.1 Conceito** ..... 45
**5.2 Natureza jurídica** ..... 45
**5.3 Princípio constitucional da não-culpabilidade e prisão cautelar** ..... 45
**5.4 Pressupostos para a prisão preventiva antes e depois da reforma do Código de Processo Penal** ..... 46
**5.5 Admissibilidade antes e depois da reforma do Código de Processo Penal** ..... 47
**5.6 Prisão preventiva e o princípio constitucional da proporcionalidade** ..... 50
**5.7 Impugnação e revogação da prisão preventiva** ..... 52

**6 CONSIDERAÇÕES FINAIS** ..... 53

**REFERÊNCIAS** ..... 55

# 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho será abordada a Lei n° 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

Sabemos que a legislação brasileira, desde os seus primórdios, prevê alguns mecanismos, que têm por objetivo possibilitar ao acusado alguns benefícios diante do poder punitivo do Estado, como por exemplo, o *in dubio pro reo*, a suspensão do processo, a liberdade provisória, proporcionando a ele maior chance de defesa ou, às vezes, até mesmo se condenado, aplicando-lhe penas que, certamente, se tornam inócuas, diante do ato cometido.

A Lei nº 12.403/2011 inovou o rol das medidas cautelares, bem como a regras para sua aplicabilidade no âmbito do Processo Penal.

Tais modificações nos levam às seguintes indagações que, no momento, se fazem essenciais ao entendimento da sociedade, visto se tratar de um assunto recente: qual é a intenção do legislador brasileiro ao promulgar tal dispositivo legal? Até o momento este objetivo está sendo alcançado? A promulgação desta lei representa um avanço ou um retrocesso do Processo Penal? Enfim, são questões que despedem a curiosidade popular, bem como a exigência por respostas.

Na atual fase do processo penal brasileiro, onde as leis favorecem a criminalidade, certamente faz-se necessária a análise aprofundada das prisões cautelares, em especial, a prisão preventiva no que tange à sua inovação recente.

O senso de justiça de um homem mediano – aqui tratando homem como a figura do ser humano -, prevê que o delinquente arque com as consequências dos seus atos, logicamente, devendo ser condenado, somente após o devido processo legal, no intuito de evitar injustiças. No entanto, há hipóteses em que, mesmo antes da condenação, se faz necessária a prisão preventiva do acusado, para que seja evitada uma série de ocorrências que possam não só tornar ineficaz o devido processo legal, mas também comprometer a segurança da sociedade.

Não é de hoje que a sociedade brasileira vem tendo o seu direito de justiça cerceado em função dos direitos e garantias dos delinquentes. Para que possamos entender com clareza a razão de alteração dos dispositivos que regiam a prisão preventiva no Código de Processo Penal será necessário trazer à tona não apenas as razões, mas também as consequências futuras advindas deste ato do legislativo nacional.

## 2 NOÇÕES HISTÓRICAS

A despeito das penas, para aqueles que creem na palavra de Deus, a primeira pena aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando Eva, seguindo o induzimento da serpente, comeu o fruto proibido, por sua vez, também induzindo Adão a comê-lo, tendo como sanção serem expulsos do Jardim do Éden.

Como ressalta Greco (2008), a partir do momento em que o homem percebeu a sua necessidade de viver em sociedade, agrupado com os seus semelhantes, percebeu também a necessidade de implantação de um sistema de aplicação de penas, toda vez que um indivíduo, pertencente àquele meio social, violasse as regras de conduta, sejam aquelas já positivadas ou até mesmo as consuetudinárias.

Ao longo dos tempos, várias legislações foram surgindo, com a finalidade de aplicar penas às condutas delitivas praticadas por seus sociais. Estimam-se legislações tão antigas quanto à própria existência da vida social, sendo que, em tempos mais remotos, tem-se notícia, por exemplo, das Leis dos Hebreus e do Código de Hamurabi.

Na Roma Antiga, a prisão sequer tinha o objetivo de punir, nem tampouco ressocializar o condenado. A função da prisão neste momento era a manutenção do acusado preso até que fosse julgado ou que a sentença fosse executada. Como ensina Leal (2001, p.33),"a prisão era desprovida do caráter de castigo, não constituindo espaço de cumprimento de pena".

Segundo Foucault (2005, p.63), era preciso punir de outra forma "eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo".

Como nos ensina Greco (2008, p. 487):

> Verifica-se que desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente, no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das ideias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade.

A inovação das penas, tendo como o seu principal meio a prisão, é relativamente recente. Foi no século XIX, com o fim da tolerância à pena de morte e os problemas

socioeconômicos enfrentados, que a prisão, até então, pena corporal, passou a integrar o rol de medidas punitivas aplicadas pelas sociedades consideradas civilizadas.

Tourinho Filho (2011, p. 431) ensina que a " [...] prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir [...]."

Aprofundando um pouco mais nessa seara, será analisada, em foco especial, a prisão preventiva.

A prisão preventiva é tão antiga quanto a história humana e tinha como finalidade precípua manter os acusados sob a alegação da culpa para, posteriormente, serem processados e punidos, punições estas quase sempre eram desumanas, como a morte, o açoite, mutilações e outras.

No Brasil, a prisão preventiva surgiu, legalmente, em 1822, com a proclamação da Independência. A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179, § 8°, admitiu a custódia preventiva, nos casos declarados em lei, mediante ordem escrita do juiz. Em 1941, foi criado o Código de Processo Penal que veio sistematizar a prisão preventiva[1].

Recentemente, entrou em vigor a Lei n° 12.403/2011, que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal, dentre eles, os que diziam respeito à prisão preventiva e que, a partir do dia 4 de julho de 2011, passou a vigorar em todo território nacional.

Como ressalta Capez (2008) a prisão preventiva é uma prisão cautelar, de natureza processual, ou seja, devendo ser decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, sem que haja o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, devendo ser preenchidos os requisitos legais e ocorrer os motivos autorizadores.

[1] www.susepe.go.gov.br/cesep/.../aorigemda**prisao**.ppt

# 3 PRISÃO

Como já abordado, a prisão não foi a primeira modalidade de pena adotada pelas sociedades. As primeiras modalidades, como já estudado, foram aquelas que atingiam o indivíduo diretamente na sua integridade física, sendo que, somente no século XIX é que a prisão passou a ser considerada uma das penas adotadas pelas sociedades civilizadas.

## 3.1 Conceito

Capez (2008, p. 246) ensina que a "prisão é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito."

Assim, podemos elucidar que a prisão do indivíduo pode ocorrer em duas situações distintas, quais sejam: deve haver ordem escrita da autoridade competente, ou seja, mandado de prisão expedido pelo juiz, ordenando que se execute a prisão, ordem esta, que deve ser escrita e fundamentada; ou então, em flagrante delito. Estas possibilidades são trazidas expressamente na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso LXI, *in verbis*: "Art. 5º - [...] LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei."

Além destas duas formas abordadas, como ensina Capez (2008), a Constituição Federal também permite a prisão, no caso de infração disciplinar militar ou crime militar, assim definido na lei especial, como previsão expressa do já citado inciso LXI, do artigo 5º; e durante o estado de sítio, com previsão do artigo 139, II, senão vejamos: "Art. 139 – Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns."

Por último, nos mesmos ensinamentos de Capez (2008), poderá também ocorrer o cerceamento da liberdade do indivíduo, sem a necessidade de ordem escrita e fundamentada do juiz, quando aquele, em momento anterior, já tiver contra si um mandado de prisão expedido ou tenha sido recolhido em flagrante, e mesmo assim, sob a custódia prisional, consegue evadir-se do estabelecimento prisional.

## 3.2 Espécies de prisão

Atualmente, para fins de atuação nos ditames do Código de Processo Penal Brasileiro, existem duas modalidades de prisão.

A primeira modalidade é a chamada penal ou definitiva, que consiste, nos ensinamentos de Capez (2008, p. 246) naquela "imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado [...]". A prisão penal é a literal execução da sentença penal com o trânsito em julgado, quando esta, define a pena como sendo a privativa de liberdade, ou seja, se resume na resposta do Estado-juiz ao pleito da denúncia ou da queixa.

A segunda modalidade de prisão prevista é a chamada processual, cautelar ou provisória. De acordo com Capez (2008), esta modalidade de prisão tem natureza essencialmente processual, devendo-se entender assim, aquela com a finalidade de proteger o processo, resguardar as investigações criminais e impedir que o indivíduo continue praticando crimes.

Dentro desta última modalidade de prisão, existem três grandes espécies, podendo a prisão provisória ser em flagrante, preventiva ou temporária.

### 3.2.1 Prisão em flagrante

Como ensina Capez (2008, p. 255), "o termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que esta sendo cometido ou acabou de sê-lo". Deve-se ressalvar que também é cabível a prisão em flagrante àquele que pratica contravenção penal.

A prisão em flagrante é a única modalidade que dispensa ordem judicial. Como se trata de uma modalidade que dispensa o mandado judicial, a prisão em flagrante deve ocorrer nas exatas hipóteses caracterizadoras, previstas no artigo 302, do Código de Processo Penal Brasileiro, para que possa ser revestida de legalidade e eficácia, senão vejamos:

> Art. 302 – Considera-se em flagrante delito quem:
> I – está cometendo a infração penal;
> II – acaba de cometê-la:
> III –é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
> IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Das próprias hipóteses de cabimento trazidas pelo artigo supracitado, podemos abstrair três espécies de flagrante.

| Espécie de flagrante | Conceito |
|---|---|
| Próprio | Ocorre quando o indivíduo é surpreendido cometendo a infração penal ou acabando de cometê-la. Nos dizeres de Capez (2008), esta última hipótese de ser revestida de intensa imediatidade, não podendo haver lapso temporal algum entre o cometimento da infração penal e o flagrante no agente. |
| Impróprio | Ocorre quando o indivíduo é perseguido logo após a prática da infração penal, em situação que faça presumir ser ele o autor do ilícito. Neste caso, cabe elucidar que, para a configuração do flagrante impróprio, é necessária a composição de três elementos, quais sejam: existência de perseguição, iniciada logo após a prática da infração penal e aquela deve se dar de forma ininterrupta, mesmo que dure por alguns instantes ou vários dias, devendo prevalecer o caráter na ininterrupção. |
| Presumido | Ocorre quando o indivíduo é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Nesta espécie de flagrante não é necessária a existência de perseguição para que reste configurada, bastando que o agente seja encontrado logo depois, portando objetos que o coloquem em situação de suspeita. |

O Código de Processo Penal traz também expressamente no artigo 301 mais duas espécies de flagrante, *in verbis*: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

| Espécie de flagrante | Conceito |
|---|---|
| Facultativo | É a permissão dada pelo legislador a qualquer pessoa, encontrando alguém em situação de flagrância, para que possa efetuar a prisão. O que caracteriza esta espécie é o verbo poder, tratando-se de uma faculdade, que pode ou não ser exercida pelo cidadão. |
| Obrigatório | É a obrigação imposta pelo legislador às autoridades policiais e a seus agentes, devendo estes, encontrando alguém nos casos de flagrância, efetuar a sua prisão. O que difere esta espécie da anterior é o verbo dever, caracterizando uma obrigação. |

Por fim, existem também algumas espécies de flagrante criadas pela doutrina e pela jurisprudência, que são os flagrantes preparado, esperado, forjado e retardado ou também chamado de prorrogado.

| Espécie de flagrante | Conceito |
|---|---|
| Preparado | Ocorre quando um terceiro, seja ele policial ou qualquer outra pessoa, provoca uma situação para que um indivíduo seja colocado em situação de flagrância para ser preso. De acordo com Capez (2008, p. 257), "trata-se de modalidade de crime impossível, pois [..] há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade de produção do resultado". O Supremo Tribunal Federal, por sua súmula nº 145, entende, neste caso, a conduta do agente é atípica, *in verbis:* "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". |
| Esperado | Nesta espécie, não há nenhuma interferência externa na conduta do agente. O terceiro fica sabendo que vai ocorrer o crime e apenas fica aguardando o seu cometimento, para que possa efetuar o flagrante. Como a vontade é totalmente restrita do criminoso, não havendo nenhum estímulo, não há que se falar em conduta atípica, sendo perfeitamente legal a prisão. |
| Forjado | Ocorre quando um terceiro cria uma situação que não condiz com a verdade dos fatos. Na realidade, a pessoa que está na iminência de ser presa, não comete nenhum ilícito penal. Nesta modalidade, obviamente não existe crime a ser imputado àquele que foi vítima da farsa. |
| Retardado ou prorrogado | Ocorre quando a autoridade policial já percebeu a ocorrência do crime, porém se a prisão ocorrer naquele momento, o resultado não será tão vantajoso, uma vez que, aguardando um pouco mais, será possível prender maior número de indivíduos e produzir provas mais consistentes. Tal espécie só é possível no caso de crime organizado, com previsão na Lei nº 9.034/95 e nas hipóteses dos crimes envolvendo drogas, com previsão na Lei nº 11.343/2006. |

Cabe, no entanto, ressaltar que no caso de crimes permanentes, o agente estará em situação de flagrância enquanto durar a permanência, como expresso no artigo 303, do Código de Processo Penal, senão vejamos: "Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência".

### 3.2.2 Prisão preventiva

Neste momento, basta apenas a exposição do conceito, uma vez que, sendo este instituto o foco principal do nosso estudo, à frente lhe será reservado um capítulo próprio.

Como leciona Capez (2008), a prisão preventiva é uma prisão cautelar, com natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do

trânsito em julgado, sempre que preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

### 3.2.3 Prisão temporária

Esta modalidade de prisão processual, ao contrário das anteriores, não está prevista no Código de Processo Penal. O seu regramento vem expresso na Lei nº 7.960/89.

A prisão temporária deve ser compreendida como "prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial." (CAPEZ, 2008, p. 275)

Deste conceito, podemos abstrair a informação mais imprescindível a respeito desta espécie de prisão cautelar, que é justamente o seu momento de decretação. A prisão temporária somente pode ocorrer durante o inquérito policial, uma vez que o seu objetivo é permitir o bom desenrolar das investigações policiais. Portanto, podemos concluir que, uma vez oferecida a denúncia, não há mais em que se falar em prisão temporária. Ao contrário da prisão em flagrante, a temporária somente se procede mediante ordem judicial. No entanto, o juiz não pode decretar a prisão temporária de ofício, somente a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial.

As suas hipóteses de cabimento vêm taxativamente enumeradas no artigo 1º, da lei nº 7.960/89, *in verbis*:

> Art. 1º - Caberá prisão temporária:
> I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
> II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
> III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
> a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º);
> b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);
> c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
> d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);
> e) extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
> f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 233, *caput*, e parágrafo único);
> g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
> h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
> i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
> j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285);
> l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
> m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Apesar de existir um rol extenso de crimes, alguns já foram revogados, como é o casos das alíneas “g”, “h” e “n”, esta última, atualmente, prevista na Lei nº 11.343/06.

Para que possa haver efetivamente a decretação da prisão temporária, deve haver a reunião da prática de pelo menos um dos crimes enumerados nas alíneas acima e, de pelo menos, uma das circunstâncias previstas nos incisos do supracitado artigo. Portanto, se a prisão for imprescindível às investigações, ou se o indiciado não puder determinar a sua identidade, ou se o indiciado não tiver endereço certo, somada a um dos crimes taxativamente expressos, o juiz estará autorizado, se entender necessário, a decretar a prisão temporária do suspeito.

O prazo da prisão temporária vem disciplinado no artigo 2º da Lei nº 7.960/89. O prazo será de 5 dias, prorrogáveis por igual período, no caso de haver requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, havendo extrema e comprovada necessidade. Porém, há também outra previsão legal relacionada ao prazo da prisão temporária. No caso dos crimes hediondos, de acordo com o artigo 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90, o prazo da prisão temporária será de 30 dias, prorrogáveis por igual período, devendo também haver requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial e extrema e comprovada necessidade.

# 4 MEDIDAS CAUTELARES

A Lei nº 12.403/2011 trouxe modificações referentes à prisão, liberdade provisória e, principalmente, inovações quanto às medidas cautelares pessoais existentes no CPP. As medidas cautelares se encontram no Título IX, do Código de Processo Penal, atualmente denominado: Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória, denominação também fruto desta nova lei.

## 4.1 Conceito

Nos ensinamentos de Bonfim (2011, p. 19), “medidas cautelares são, em linhas gerais, providências estatais que buscam garantir a utilidade e a efetividade do resultado da tutela jurisdicional [...]”.

O principal elemento que justifica uma medida cautelar é o tempo. Durante todo o desenrolar processual haverá, inevitavelmente, um lapso temporal. No decorrer deste lapso temporal poderão ocorrer situações capazes de influenciar no resultado final do processo judicial, revelando-se necessária a precaução, a cautela, que fundamentam a existência do instituto das medidas cautelares.

Assim, a medida cautelar é uma providência que tem por escopo assegurar o resultado prático do processo ao final.

## 4.2 Características

A medida cautelar será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, durante o processo judicial. Por outro lado, durante o inquérito policial, não poderá haver a decretação de ofício da medida cautelar, somente a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público.

Uma medida cautelar poderá ser imposta de forma isolada ou cumulativa, desde que as medidas aplicadas sejam compatíveis entre si.

Para que possa ser aplicada uma medida cautelar, devem ser observadas algumas características a ela inerentes. Algumas características advêm de preceitos legais e outras são criações doutrinárias.

| | |
|---|---|
| Provisoriedade | As medidas cautelares devem ser revestidas de aplicabilidade durante certo lapso temporal. Uma medida cautelar jamais pode ser imposta de forma definitiva. Sua aplicação deve abster-se ao tempo necessário para a efetiva proteção do bem jurídico que justificou a sua aplicação, limitando-se pelo trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Ao final do processo a medida cautelar será convertida em definitiva em caso de condenação, ou revogada, caso ocorra absolvição. |
| Acessoriedade | A medida cautelar é sempre um acessório que depende de um processo principal, ou seja, ela não tem autonomia. Tal característica pode ser abstraída da interpretação do artigo 386, parágrafo único, inciso II, do CPP. |
| Instrumentalidade | As medidas cautelares se revestem de caráter instrumental, uma vez que a sua função é garantir o perfeito desenrolar do processo judicial ou das investigações, para que, ao final, o resultado seja dotado de eficácia plena. Em outras palavras, na literalidade da expressão, a medida cautelar é um instrumento de proteção a um bem jurídico relevante à evolução da demanda. |
| Homogeneidade | Jamais uma medida cautelar poderá ser aplicada de forma mais grave do que o resultado final pretendido pelo autor da demanda judicial. |
| Variabilidade | A medida cautelar não é uma providência estática. Isso significa dizer que ela é um provimento revestido de um caráter dinâmico. Uma medida cautelar pode ser substituída, ou até mesmo revogada, caso haja a efetiva necessidade fática. Tal característica é encontrada expressamente no artigo 282, § 5º, do CPP. |
| Excepcionalidade | Uma medida cautelar sempre deve ser revestida de um caráter excepcional, ou seja, deve ser decretada só em último caso, visando a proteção do princípio constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Isto significa que a aplicação de uma medida cautelar não figura no direito brasileiro como uma regra, mas sim como uma exceção. |

### 4.3 Critérios gerais para a decretação

Para que uma medida cautelar seja decretada, serão observadas a necessidade e adequação. A aplicação de uma medida cautelar deve ser necessária para garantir a aplicação da lei penal ou a instrução criminal ou para evitar a prática de novas infrações ou quando uma medida cautelar já aplicada for ineficaz. Por outro lado, existe também a figura da adequação,

significando dizer que a medida cautelar imposta deve ser adequada às condições do agente e ao crime. Tais critérios estão expressos no artigo 282, I e II, do CPP, que estabelece:

> 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.

Da leitura e análise do artigo 282, do CPP, nitidamente estamos diante do princípio da proporcionalidade na aplicação de medidas cautelares. Portanto, o magistrado, ao decretar uma medida cautelar, deve vislumbrar a sua necessidade, mas também deve buscar a medida cautelar mais adequada ao caso concreto.

## 4.4 Rol de medidas cautelares previstas antes da reforma do Código de Processo Penal

A figura das medidas cautelares não é um instituto novo na seara do Processo Penal Brasileiro. Já existia um rol de medidas cautelares que era aplicado antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011. Este rol era considerado escasso, uma vez que o magistrado tinha poucas opções para aplicação e as medidas até então previstas envolviam diretamente a liberdade do acusado. Será tratado neste subtítulo, o regramento cautelar antes e depois da reforma do Código de Processo Penal, exceto a respeito da Prisão Preventiva, que neste momento será tratada apenas na sua disciplina anterior à reforma.

### 4.4.1 Prisão preventiva

A prisão preventiva, como já abordado em breve conceito exposto no capítulo anterior, essencialmente tem caráter provisório, ou seja, ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, tal instituto sofreu uma série de modificações, motivo pelo qual será abordado de forma especial o seu regramento antes da reforma do CPP.

O instituto da Prisão Preventiva já foi alvo de algumas modificações ao longo do tempo. Segundo Barros[2] (1982 *apud* Choukr, 2011, p. 77) o CPP, no seu art. 312 dispunha: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada a pena de reclusão, por

[2] BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”. Tal concepção estava prevista quando da entrada em vigor do CPP, em 1941.

Podemos abstrair da leitura deste preceito normativo que, no nascedouro do Código de Processo Penal Brasileiro, o instituto da prisão preventiva tinha um caráter automático, ou seja, a todos os delitos, sem exceção alguma, puníveis com pena máxima de reclusão, igual ou superior a dez anos, haveria de ser decretada a prisão preventiva do indivíduo. Portanto, bastava a existência deste requisito objetivo, para a decretação de uma prisão preventiva, sem que fosse necessária, ou até mesmo permitida ao magistrado a análise de pressupostos subjetivos, tais como temos atualmente a previsão da necessidade e da adequação, tornando-se assim uma modalidade de prisão obrigatória.

Nas lições de Choukr (2011), tal regramento foi descontruído com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112-1, com relatório do Ministro Ricardo Lewandowski, que decidiu que a prisão obrigatória feria os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, concomitantemente violando os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

Antes da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva somente era admitida nos crimes dolosos punidos com reclusão ou se punidos com detenção, se o indiciado fosse vadio ou de identidade duvidosa.

A prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro passou a ser disciplinada nos artigos 312 e 313 do CPP, disciplina esta vigente até a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, nos seguintes termos:

> Art. 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.
>
> Art. 313 – Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:
> I – punidos com reclusão;
> II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;
> III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código de Processo Penal;
> IV – se o crime envolver violência doméstica familiar contra a mulher, nos termos da lei específica para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

As hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva, com antiga previsão do artigo 312 do CPP, serão abordadas em capítulo próprio, uma vez que a nova lei das prisões apenas acrescentou requisitos para decretação desta custódia.

### 4.4.2 Prisão temporária

Como abordado no capítulo 3.2, a prisão temporária é prevista em lei penal especial, não sendo disciplinada no Código de Processo Penal. Todo o seu regramento é previsto na Lei nº 7.960/89, que substituiu a Medida Provisória nº 111/89. Como comentado alhures, a prisão temporária é uma medida cautelar muito peculiar, uma vez que para que o magistrado possa realmente decretá-la, deve haver a reunião de alguns requisitos indispensáveis. É possível também abstrair que a finalidade precípua da prisão temporária é permitir o perfeito desenrolar das investigações policiais de infrações penais graves.

Para que possa ser decretada a prisão temporária é necessária a existência de indícios suficientes da autoria ou participação do indiciado na prática dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 7.960/89 ou de algum crime hediondo ou equiparado, conforme Lei nº 8.072/90. Além da prática de um destes delitos, para que se possa privar a liberdade do indiciado, é necessária a existência de um fundado receio de que se solto, este agente poderá atrapalhar de forma crucial a persecução penal.

> Assim, a imprescindibilidade para a investigação se caracterizará, segundo a jurisprudência, quando houver indícios de que o investigado ameaçará alguma testemunha, ou de que, enfim, destruirá provas. Também é possível decretar a prisão temporária m caso de fuga ou de indícios de fuga, pois a ausência do investigado pode prejudicar sobremaneira as investigações e a conclusão inquérito, dificultando especialmente eventual reconhecimento pessoal do investigado pela vítima ou testemunha, apreensão de documentos e objetos etc. (MENDONÇA, 2011, p. 319).

Cabe elucidar também que, uma vez decretada a prisão temporária do indiciado, presentes as hipóteses de admissibilidade, pressupostos e fundamentos, esta poderá, de forma fundamentada, ser convertida em prisão preventiva.

Quando decretada a prisão temporária, a defesa poderá impugnar tal decisão através do pedido de revogação, que é feito ao próprio juiz da causa. No caso de indeferimento do pedido, a defesa poderá valer-se do *habeas corpus* à superior instância. No caso de indeferimento do pedido de prisão temporária, o MP poderá impugnar a decisão através do recurso em sentido estrito.

### 4.4.3 Liberdade provisória

O instituto da liberdade provisória teve grandes inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011. Como bem nos ensina Mendonça (2011, p. 333), “a liberdade provisória é uma situação intermediária entre a prisão cautelar e o normal estado de liberdade do cidadão”. Assim, a liberdade provisória situa-se entre a prisão e a liberdade completa, ou seja, o agente não está preso nem completamente livre. Justifica-se tal afirmativa, pois mesmo livre, o indivíduo terá obrigações para com o processo judicial.

Importante também se faz frisar que a liberdade provisória é um instituto específico, que somente se aplica à prisão em flagrante, sendo que esta deve se dar nas hipóteses legais, previsão esta consolidada no art. 5º, LXVI, da CF, que diz “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Ocorrendo uma prisão em flagrante e, esta tendo se dado fora das hipóteses legais, o pedido que será feito não será de liberdade provisória, mas de relaxamento de prisão, de acordo com o art. 5º, LXV, da CF, que reza: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Na normatização anterior, o magistrado se via limitado entre duas medidas extremas: ele tinha a possibilidade de analisar o caso concreto e decretar a prisão do indivíduo; ou então, ele poderia conceder a sua liberdade provisória, mas esta ao ponto de ser considerada inócua, uma vez que pouco vinculava o indivíduo ao processo.

O principal objetivo da Lei nº 12.403/2011 em relação à liberdade provisória, é fazer renascer o instituto da fiança, esquecido devido às sucessivas alterações do CPP, sendo utilizado apenas em situações excepcionais, uma vez que a estrutura anterior tinha a sua essência vinculada à prisão preventiva, sendo originária da conversão da prisão em flagrante ou da prisão temporária.

Atualmente a liberdade provisória pode ser concedida se estiverem presentes os requisitos autorizados, com ou sem fiança.

#### 4.4.3.1 Liberdade provisória sem fiança

Dizer que a liberdade provisória será concedida sem a fiança, não significa dizer que será concedida sem aplicação de nenhuma medida cautelar. O magistrado, ao conceder a liberdade provisória, tem à sua disposição todo o rol previsto no art. 319, do CPP, excetuando-se, evidentemente, o seu inciso VIII, que trata da fiança.

A liberdade provisória sem fiança pode ser aplicada em algumas hipóteses. Primeiramente, fala-se na sua aplicação quando o delito for inafiançável, conforme previsão do art. 323, do CPP, senão vejamos:

> Art. 323 – Não será concedida a fiança:
> I – nos crimes de racismo;
> II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;
> III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.;
> IV – revogado;
> V – revogado.

O art. 324, também do CPP, elenca algumas situações em que, igualmente, não poderá ser concedida a fiança, nos seguintes termos:

> Art. 324 – Não será, igualmente, concedida fiança:
> I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;
> II – em caso de prisão civil ou militar;
> III – revogado;
> IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Outra previsão de concessão deste instituto sem aplicação da fiança vem expressa no art. 350, do CPP, cabendo ao magistrado a aplicação de medida cautelar diversa da fiança, embora o delito seja afiançável, quando a condição econômica do preso assim exigir.

Conforme previsão do parágrafo único do art. 310, do CPP, o juiz poderá, de forma fundamentada, conceder a liberdade provisória sem fiança se, ao analisar o auto de prisão em flagrante, restar verificado que o agente praticou o fato em estado de necessidade, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, com previsão no artigo 23, I e III, do CP, respectivamente. Contudo, o agente deve se comprometer a comparecer a todos os atos processuais, sob pena de revogação da liberdade provisória, com o retorno ao cárcere.

A Lei n.º 9.099/95 também traz uma hipótese de liberdade provisória sem fiança. O seu art. 69, parágrafo único prevê que não se exigirá fiança do autor que, após a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência, for de imediato encaminhado ao Juizado ou se comprometer de a ele comparecer. No entanto, se tratando de violência doméstica, não se enquadrando nas hipóteses do art. 5.º da Lei n.º 11.340/06 (violência doméstica e familiar contra a mulher), o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. Portanto, neste caso, fica evidente que, o

magistrado poderá se valer do rol de medidas cautelares previsto no art. 319, do CPP, exceto a fiança.

São previstas também algumas hipóteses em leis especiais, tais como a previsão do art. 31, da Lei nº 7.492/86, tratando dos crimes contra a ordem financeira punidos com reclusão, do art. 3º, da Lei nº 9.613/98, tratando dos crimes de lavagem ou de ocultação de bens, direitos e valores e, por fim, do art. 7º, da Lei nº 9.034/95, tratando do agente que tiver intensa e efetiva participação em organização criminosa.

4.4.3.2 Liberdade provisória com fiança

De acordo com o art. 330, do CPP, "a fiança, [...], consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou hipoteca inscrita em primeiro lugar".

Diferentemente da liberdade provisória sem fiança, que somente pode ser decretada pelo juiz, a liberdade provisória com fiança, além de poder ser aplicada pelo magistrado, também poderá ser pela autoridade policial. O delegado de polícia, conforme previsão do art. 322, do CPP, somente poderá conceder fiança nos casos de infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos. Nos demais casos, a fiança deverá ser requerida ao juiz, que decidirá em 48 horas, de acordo com o parágrafo único, do mesmo artigo.

Com relação ao momento de se prestar a fiança, a previsão é do art. 334, do CPP, que permite a sua prestação até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para orientação ao delegado de polícia e ao magistrado, o CPP, no seu art. 325, trouxe a sua previsão quanto ao valor a ser atribuído à fiança, nos seguintes termos:

> Art. 325 – O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:
> I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos,
> II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

O legislador, em uma brilhante visão casuística, previu, no § 1º e seus incisos, do mesmo artigo, situações em que, o valor da fiança poderá ser alterado em razão da situação econômica do preso, com a finalidade de não lhe atribuir um valor tão alto que inviabilize a sua prestação ou tão baixo que lhe torne uma medida inócua. Vejamos:

> Art. 325 [...]
> § 1º - Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:
> I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código;
> II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou
> III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Uma vez fixado o valor da fiança, não significa dizer que este não poderá sofrer alterações. O CPP, no seu art. 340, prevê o instituto denominado de reforço da fiança, bem como as suas hipóteses de admissibilidade, assim dispondo:

> Art. 340 – Será exigido o reforço da fiança:
> I – quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente;
> II – quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas;
> III – quando for inovada a classificação do delito.

De acordo com o parágrafo único deste mesmo artigo, se a fiança não for reforçada, esta será considerada sem efeito e o réu recolhido à prisão.

O valor da fiança, conforme art. 336, do CPP, servirá para custear as despesas processuais, a indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, caso o réu seja condenado. Por outro lado, caso o réu seja absolvido ou haja a declaração de que a fiança foi tomada sem efeito ou haja a extinção da ação penal, o valor deve lhe ser restituído integralmente, de forma atualizada, conforme previsão do art. 337, do CPP.

Para que o réu se veja livre, mesmo que de forma provisória, não basta que ele faça o depósito do valor da fiança, ao contrário, ele também fica vinculado ao processo, mediante o cumprimento de algumas obrigações previstas nos arts. 327 e 328, do CPP.

Desta forma, o afiançado, sempre que intimado, deverá comparecer perante a autoridade competente, seja para atos do inquérito policial, da instrução criminal ou para julgamento. O réu também não poderá mudar de residência, sem permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 dias, sem prévia comunicação à autoridade, indicando inclusive o local onde irá se encontrar.

Caso o réu descumpra alguma das previsões elencadas, a sua fiança será considerada quebrada, tendo como efeitos: a perda definitiva de metade do valor depositado em favor do Fundo Penitenciário Nacional, conforme art. 346, do CPP, sendo que esta perda será do valor integral, caso o condenado não se apresente para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta ou dificulte a sua prisão; poderá, ainda, o juiz impor outras medidas cautelares, inclusive a decretação da prisão preventiva, de acordo com o art. 343, do CPP; e se caracterizará a impossibilidade de concessão de nova fiança no mesmo processo, com

previsão do art. 324, I, do CPP. Igualmente, será tida por quebrada a fiança, quando na ocorrência de uma ou mais hipóteses previstas no art. 341, do CPP, que estatui:

> Art. 341 – Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:
> I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
> II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
> III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
> IV – resistir injustificadamente a ordem judicial;
> V – praticar nova infração penal dolosa.

O Código de Processo Penal também prevê algumas situações em que a fiança será cassada, ou seja, o valor será devolvido a quem lhe prestou, sendo o réu recolhido ao cárcere ou lhe sendo concedida a liberdade provisória sem fiança.

A primeira previsão vem expressa no art. 338, do CPP, impondo que será cassada a fiança que for reconhecida como incabível para a espécie de delito cometido. Outra previsão é trazida pelo art. 339, do CPP, indicando a cassação quando, por nova classificação, o delito passar a ser tido por inafiançável. Por fim, será julgada quebrada a fiança quando esta não for reforçada, se assim for determinado pela autoridade competente, conforme o parágrafo único, do art. 340, também do CPP.

No caso da liberdade provisória com fiança, há a previsão de recurso para todas as hipóteses cabíveis ao instituto. De acordo com o inciso V, do art. 581, do CPP, "caberá recurso em sentido estrito da decisão, despacho ou sentença que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança [...]".

## 4.5 Rol de medidas cautelares inseridas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011

Além das medidas cautelares já existentes na disciplina anterior, o legislador, com a promulgação da Lei nº 12.403/2011, inseriu no CPP um rol de medidas cautelares, com previsão expressa no art. 319.

Neste aspecto, percebe-se nitidamente um avanço no Processo Penal Brasileiro, uma vez que, atualmente, o magistrado se vê também amparado por medidas cautelares que não tratam essencialmente da liberdade do indivíduo.

Em uma sociedade evoluída, onde o Direito acompanha esta evolução, não é admissível que um juiz, se vendo diante da necessidade de aplicação de uma medida cautelar, fique restrito à privação da liberdade do indivíduo ou a total liberdade deste, sem vínculo

algum com o processo. Neste sentido, o art. 319, do CPP, elenca as modalidades de medida cautelar diferentes da prisão, que serão abordadas a seguir.

### 4.5.1 Comparecimento periódico a juízo

Como é possível abstrair da simples leitura do inciso I, do art. 319, do CPP o objetivo precípuo desta modalidade de cautelar é obrigar que o indivíduo informe e justifique, perante o juízo competente, as atividades que vem realizando durante o período em que as investigações estão sendo desenvolvidas ou que o processo está tramitando.

No entanto, não se sabe ao certo, se por falha técnica ou bom senso, o legislador não mencionou qual a periodicidade de cumprimento da medida. Entende a melhor doutrina que o juiz deve se basear na razoabilidade, não impondo períodos muito curtos ou muito longos, de modo que não inviabilize o cumprimento da medida.

Nesse sentido, preleciona Bonfim (2011, p. 43) que "caberá ao julgador agir com prudência e razoabilidade, evitando-se a imposição de prazos excessivamente curtos [...] e, ao mesmo tempo, deixando de impor prazos demasiadamente longos [...]". Como meio de controle e acompanhamento, no intervalo periódico determinado pelo juiz, o acusado deverá comparecer ao cartório do juízo e assinar o livro de registro.

### 4.5.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

O inciso II, do art. 319, do CPP prevê que esta restrição se dê somente em relação aos lugares que guardem algum tipo de relação considerável com o fato praticado, tendo por objetivo evitar o risco de cometimento de novas infrações.

A crítica a ser feita quanto à previsão desta medida cautelar é no sentido de que não há um plano de fiscalização das autoridades públicas, visando a efetiva comprovação do seu cumprimento por parte do acusado.

Neste sentido, para que esta seja uma medida cautelar que alcance o seu objetivo, é necessária a implantação de um sistema de controle, de forma a garantir que realmente a imposição judicial está sendo cumprida na sua integralidade.

### 4.5.3 Proibição de manter contato com determinada pessoa

A previsão do inciso III, do art. 319, é que o acusado deve se manter distante de pessoas que guardem relação intrínseca com o delito praticado. Dentre estas pessoas, não necessariamente deve estar a própria vítima.

Novamente, em decorrência da omissão do legislador, deverá o juiz, baseando-se na proporcionalidade, delimitar qual a distância a ser mantida entre o acusado e à pessoa restrita.

O controle e acompanhamento do cumprimento desta medida dependerão, essencialmente, da manifestação de vontade da pessoa cuja restrição lhe protege, pedindo providências e informando seu descumprimento, uma vez que não há também uma fiscalização acirrada do Poder Público.

### 4.5.4 Proibição de ausentar-se da comarca

Visando o cumprimento do inciso IV, do art. 319, do CPP, o acusado estará obrigado a permanecer na Comarca quando a sua presença se fizer indispensável às investigações ou à instrução criminal. Tal medida justifica-se quando há a suspeita de que o acusado pretende fugir, evitando a aplicação da lei penal.

Novamente, o legislador criou uma previsão de cautelar, cuja eficácia se torna duvidosa, uma vez que também não há qualquer meio de fiscalização quanto ao seu cumprimento.

Como orienta Bonfim (2011), a solução em relação a esta medida cautelar, é a sua aplicação cumulativa com outra, como por exemplo, o comparecimento periódico ao juízo, podendo a autoridade pública ter a devida comprovação de que, pelo menos naquele período, o acusado se manteve na Comarca.

### 4.5.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga

De acordo com a previsão do inciso V, do art. 319, do CPP, o acusado deverá se recolher no período noturno e nos dias de folga, no entanto, o juiz somente poderá aplicar tal medida àquele que tenha residência e trabalho fixos, devidamente comprovados.

Percebe-se que o legislador, claramente, demonstrou que a sua exigência é restrita ao período noturno, portanto, aquele que, a título de exemplo, exerce trabalho externo neste período, não poderá ser favorecido com a aplicação desta cautelar.

No mesmo sentido das medidas anteriores, a crítica a ser feita também é com relação à falta de fiscalização quanto ao cumprimento de tal medida, trazendo à tona dúvidas quanto à sua eficácia.

### 4.5.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira

Estabelece o inciso VI, do art. 319, do CPP, que o juiz poderá suspender do exercício o funcionário público ou aquele que pratica atividade de cunho financeiro ou econômico, quando haja justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

Esta medida somente poderá ser aplicada àquele que pratica algum crime econômico ou contra a Administração Pública, uma vez que a lei exige o desempenho de função pública ou atividade econômica.

Claramente, esta é uma medida que perfeitamente pode alcançar o seu objetivo de evitar a continuidade do delito ou a prática de delitos, em razão das funções que o indivíduo exerce.

Como explica Bonfim (2011), a suspensão cautelar não impede que sejam tomadas providências de natureza administrativa, que poderão ensejar na demissão do funcionário ou perda dos vencimentos.

### 4.5.7 Internação provisória do acusado

Na previsão do inciso VII, do art. 319, do CPP, o juiz somente poderá impor tal medida caso haja o preenchimento de três requisitos cumulativos, a saber: crime praticado com violência ou grave ameaça; peritos concluírem que o acusado é inimputável ou semi-imputável; e existência de risco de reiteração criminosa.

A internação provisória a que se refere este inciso deverá ser cumprida em estabelecimento hospitalar propício, ou seja, hospital de custódia e tratamento.

Sabido é que o número de vagas é insuficiente nos estabelecimentos públicos, abrindo assim a possibilidade de o magistrado autorizar a internação provisória em clínicas particulares, quando o acusado ou sua família tiverem condições de arcar com os custos.

Lado outro, ensina Mendonça (2011), que quando não há estabelecimento apropriado, ou em havendo, a família não arque com os valores, a alternativa realística é que o

acusado seja mantido na ala hospitalar de um estabelecimento prisional, com o devido tratamento, até que surja vaga em local propício.

É sabido que a realidade prisional no Brasil não é a desejável, nem tão pouco a necessária. É lastimável um Estado de Direito, que tomou para si a responsabilidade exclusiva pela tutela prisional, em muitas das vezes, não fornecer estabelecimentos adequados ao cumprimento das penas impostas pelos seus próprios julgados. Lado outro, é crítica também a situação nos estabelecimentos prisionais existentes, visto a escassez de profissionais preparados para prestar cuidados a presos com algum tipo de necessidade especial ou até mesmo a presos comuns. A falta de estabelecimentos adequados para cumprimento de determinadas medidas traz consequências sérias, obrigando o seu cumprimento em estabelecimentos penais comuns, trazendo um constante risco, uma vez que a convivência com os outros presos pode ser perigosa.

### 4.5.8 Fiança e o princípio da isonomia

O instituto da fiança vem elencado no inciso VIII, do art. 319, do CPP, no entanto, toda a sua matéria é disciplinada nos arts. 322 a 350, do mesmo diploma legal.

Como estudado anteriormente, o objetivo da fiança é assegurar o comprometimento do acusado com o processo, de forma a garantir o seu comparecimento aos atos processuais, bem como evitar a obstrução do processo e a resistência à ordem judicial, evitando também que haja o quebramento da fiança.

O legislador, com a redação do parágrafo 1º, do art. 325, do CPP, teve a intenção de afastar a possibilidade de ferimento ao princípio constitucional da isonomia, levando em consideração ricos e pobres, e suas respectivas condições financeiras para a decretação de tal medida. No entanto, como se tornou mais difícil a decretação da prisão preventiva, os magistrados vêm demonstrando nítida preferência ao instituto da fiança em detrimento das demais medidas, porém, no seu sentido literal, sem levar em consideração as disposições do parágrafo citado acima. Com isso, há um visível desrespeito ao princípio da isonomia, uma vez que o acusado pobre, como não tem condições de prestar a fiança, é mantido sob prisão cautelar. Como consequência, diante da aplicação equivocada da Lei nº 12.403/2011, o seu principal objetivo não está sendo cumprido, ou seja, a população carcerária no Brasil vem crescendo cada vez mais.

Toda a matéria que rege a fiança remete ao capítulo onde foi tratada a liberdade provisória.

### 4.5.9 Monitoração eletrônica

Tal previsão vem expressa no inciso IX, do art. 319, do CPP, indicando ao magistrado a possibilidade de decretar o monitoramento eletrônico, em sede de medida cautelar.

Em linhas gerais, trata-se de um dispositivo eletrônico, mais especificamente, uma tornozeleira, que deve ser usada pelo acusado e que enviará informações de forma automática a uma central de rastreamento, indicando a sua localização.

Como indica a doutrina majoritária, o dispositivo utilizado deve ser o menos ostensivo possível, evitando o vexame do acusado perante os demais sociais.

Nesse sentido, são as lições de Mendonça (2011, p. 462), “[...] o dispositivo de monitoramento deve ser não ostensivo, para evitar qualquer estigmatização do preso, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana [...]."

Tal medida tem como objetivos evitar o risco de fuga do acusado, quando aplicada de forma isolada, ou então, como medida de fiscalização, quando aplicada cumulativamente.

Esta não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que, no âmbito das execuções penais, a monitoração eletrônica já havia sido introduzida pela Lei nº 12.258/2010, para a saída temporária no regime semiaberto e na prisão domiciliar.

Como destaca Mendonça (2011), a partir da década de 1980, a monitoração eletrônica passou a ser utilizada na seara penal, principalmente em razão de experiências feitas nos Estados Unidos, posteriormente sendo difundida em outros países. A título de exemplificação, o Código Penal Português traz expressa previsão quanto à possibilidade de ser decretada a monitoração eletrônica do acusado ou condenado.

### 4.5.10 Proibição de ausentar-se do país

Diferentemente das medidas anteriores, a proibição de ausentar-se do país tem previsão expressa no art. 320, do CPP.

Para que tal medida seja eficaz, o juiz deverá intimar o acusado para, no prazo de 24 horas, entregar o seu passaporte, bem como deverá comunicar as autoridades de fronteira a respeito da aplicação medida.

Em verdade, a lei não prevê nenhum mecanismo de pena quanto ao descumprimento desta exigência, mas entende a doutrina, como é o caso de Mendonça (2011) que, quando insubstituível, tal medida deve ser convertida em prisão preventiva.

# 5 O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Como foco principal do tema ora abordado, a prisão preventiva merece efusivo destaque na seara das medidas cautelares, principalmente após a promulgação da Lei nº 12.403/2011, visto que, dos institutos já previstos no Código de Processo Penal, ela sofreu mudanças significativas no seu regramento, impactando diretamente na relação entre o acusado e a sua plena liberdade.

## 5.1 Conceito

A prisão preventiva deve ser entendida como a privação da liberdade, cujo caráter é essencialmente cautelar, devendo ser decretada mediante ordem judicial, durante o inquérito policial ou processo judicial, sempre antes do trânsito em julgado da sentença penal, vinculando-se de forma restrita aos requisitos legais.

## 5.2 Natureza jurídica

A prisão preventiva tem natureza jurídica precipuamente cautelar, visto que assume a figura de prisão processual, tendo caráter provisório, visando garantir a perfeita eficácia do exaurimento da prestação do serviço jurisdicional pelo Estado.

Em se tratando de prisão preventiva, o magistrado deve dispensar especial atenção aos bens tutelados por esta medida, sob pena de se ver impedido de dar o seu provimento jurisdicional definitivo, de forma a garantir a justiça do julgamento.

A prisão preventiva também assume caráter subsidiário, visto que de acordo com o art. 282, § 6º, do CPP, somente será possível a sua decretação quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

## 5.3 Princípio constitucional da não-culpabilidade e prisão cautelar

Quando o assunto a ser tratado é medida cautelar, sempre paira o questionamento a respeito da sua constitucionalidade, à luz do princípio da não-culpabilidade, especialmente quando se analisa a prisão.

Como ensina Capez (2008), a própria Constituição Federal, nos incisos XLIII e LXI, do art. 5º, permite a prisão provisória do indivíduo no caso de crime inafiançável e de

flagrante delito, respectivamente, bem como no inciso LXVI, permite ao legislador disciplinar os casos onde não será admitida a liberdade provisória.

Para que não se torne uma ofensa ao princípio da não-culpabilidade, a prisão provisória somente deverá ser decretada de forma excepcionalíssima, quando necessária para a efetiva prestação jurisdicional ao final do processo. Ademais, será necessário também o preenchimento dos requisitos autorizadores, sem os quais, a prisão provisória, nada mais seria do que a execução da pena privativa de liberdade antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, por consequência ferindo o princípio constitucional da não-culpabilidade.

Tal matéria já foi superada pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 9, onde expressamente se consolidou o entendimento no sentido de que a prisão cautelar não contraria o princípio constitucional da não-culpabilidade.

No entanto, a interpretação do STJ é que somente será admitida a decretação da prisão cautelar quando houver a sua efetiva necessidade, sendo permitida apenas nos casos expressamente previstos em lei, pois do contrário, haveria sim a ofensa ao princípio da não-culpabilidade, uma vez que o acusado estaria cumprindo antecipadamente a pena, sem que houvesse contra si uma sentença condenatória transitada em julgado.

### 5.4 Pressupostos para a prisão preventiva antes e depois da reforma do Código de Processo Penal

No que tange aos pressupostos para a decretação da prisão preventiva, o legislador entendeu por bem manter os mesmos previstos antes da reforma do CPP. Assim como no regramento anterior, tais pressupostos vêm expressos no art. 312, do CPP, que dispõe:

> Art. 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
> Parágrafo único – A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

O magistrado estará autorizado a decretar a prisão preventiva do acusado quando existirem prova da existência do crime e indício suficiente da autoria. Para que haja a comprovação da existência do delito, deverá haver nos autos a indicação dos elementos de sua materialidade, seja através do exame de corpo de delito ou outras provas. Por outro lado, para

a determinação dos indícios suficientes da autoria, basta que haja um juízo de probabilidade, indicando ser o acusado o autor do delito, devendo o magistrado agir segundo o seu prudente arbítrio.

Além destes dois pressupostos, a prisão preventiva somente poderá ser decretada se houver a necessidade para:

| | |
|---|---|
| Garantir a ordem pública | Se justifica nos crimes cuja repercussão social exige uma manifestação imediata do Poder Judiciário. Buscando manter a paz social, temporariamente perturbada com a prática delitiva, a Justiça deve agir de forma a resguardar a sua autoridade e a impedir a prática de novos crimes pelo acusado. |
| Garantir a ordem econômica | Aplicável aos crimes cometidos contra a ordem econômica e financeira. O seu objetivo é impedir a continuação da prática delitiva, bem como resguardar a credibilidade de Justiça, afastando o receio de impunidade. |
| Preservar a instrução criminal | Tem objetivo resguardar a fase de produção das provas. Através de evidências concretas, fica demonstrado que, solto, o acusado irá prejudicar a colheita de provas, seja, por exemplo, ameaçando vítimas e testemunhas ou destruindo evidências. |
| Garantir a aplicação da lei penal | Visa impedir que ao final do processo a lei penal não possa ser aplicada, tendo em vista uma possível evasão do acusado. |

## 5.5 Admissibilidade antes e depois da reforma do Código de Processo Penal

O regramento anterior era muito abrangente quanto às condições de admissibilidade da prisão preventiva.

No entanto, o artigo 313, teve consideráveis modificações, será necessária a sua análise à luz do antigo regramento. De acordo com este artigo, só era possível a decretação da prisão preventiva no caso de crime doloso, portanto, era inadmitida nos casos de crimes culposos e contravenções penais. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.340/2006, foi acrescentado neste artigo inciso IV, como medida de constrição à prática de violência doméstica.

A sua disciplina era expressa no art. 313, CPP, que dispunha:

> Art. 313 – [...] será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:
> I – punidos com reclusão;
> II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;
> III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal;
> IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Atualmente, a disciplina permanece no mesmo artigo do mencionado diploma, porém com nova redação, trazida pela Lei nº 12.403/2011, *in verbis:*

> Art. 313 – [...] será admitida a decretação da prisão preventiva:
> I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
> II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940 – Código Penal;
> III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.
> Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Pela nova redação do dispositivo legal, denota-se que o legislador abandonou a distinção entre crimes punidos com reclusão e detenção, como parâmetro para possibilitar o decreto da preventiva, passando a utilizar a pena máxima cominada para o delito.

Percebe-se que, atualmente, com o novo regramento, ficou muito mais restrita a possibilidade de se decretar a prisão preventiva do acusado. No texto anterior, para todo e qualquer crime doloso punido com reclusão, o magistrado podia decretar tal medida, tendo em vista que a reclusão é a mais severa de todas as penas, reservada justamente para os delitos mais graves. Porém, hoje só será possível decretar a prisão preventiva aos crimes dolosos e com pena privativa de liberdade superior a 4 anos. Portanto, não comportam mais esta modalidade de prisão alguns crimes graves, por exemplo, quadrilha ou bando, lesão corporal dolosa grave, aborto, entre outros tão graves quanto.

Frisa-se que a regra da pena máxima cominada para o crime tem suas exceções previstas nos incisos II e III, bem como no parágrafo único do art. 313, do CPP. Logo, ocorrendo qualquer das circunstâncias ali previstas, independentemente da pena a ser

aplicada, poderá o juiz decretar a prisão preventiva do acusado, desde que atenda aos pressupostos, comprovando a necessidade de aplicação de tal medida.

A primeira exceção vem contida no inciso II, do supracitado artigo, onde abstraímos da sua redação que, no caso de reincidência em crime doloso a pena máxima prevista pode ser igual ou inferior a quatro anos, desde que haja previsão de pena privativa de liberdade. O que se busca com esta exceção é proteger a sociedade contra o indivíduo que reiteradamente pratica infrações de menor e médio potencial ofensivo. Portanto, independentemente da pena máxima cominada para o delito, desde que punível com pena privativa de liberdade, será possível a decretação da prisão preventiva àquele que sofrera condenação anterior por outro crime doloso. Tem-se que observar apenas a ressalva feita neste inciso, referente ao período depurador da reincidência, previsto no art. 64, I, do CP, significando dizer que não poderá ter havido um lapso temporal maior que cinco anos entre a condenação anterior e o novo delito.

Outra exceção é expressamente prevista no inciso III, do referido artigo, ou seja, mesmo que a pena máxima cominada seja igual ou inferior a quatro anos, poderá ser decretada a prisão preventiva. Entende-se pela leitura deste inciso que o magistrado poderá decretar a prisão preventiva para garantir o cumprimento das medidas cautelares previstas no art. 319, CPP, visando proteger a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, independentemente da pena máxima cominada ao delito. No entanto, neste caso, nada impede que a prisão preventiva seja decretada de maneira autônoma, sem a necessidade de um prévio deferimento de medida protetiva de urgência, quando o juiz entender que a prisão é a medida mais adequada para o caso concreto. Neste sentido, ensina Mendonça (2011, p. 247) que "[...] embora o dispositivo não seja expresso, o juiz poderá aplicar a prisão preventiva originariamente, sem necessidade de decretar anteriormente qualquer medida alternativa à prisão [...]".

A última exceção à previsão do inciso I, do art. 313, CPP, vem elencada no seu parágrafo único. Independentemente da pena máxima cominada ao delito, e mais, independentemente se culposo ou doloso, será possível o decreto da prisão preventiva ao agente que restar dúvida sobre a sua identidade ou não fornecer elementos suficientes para a sua identificação.

> Realmente, neste caso, a prisão pode se mostrar imprescindível para a aplicação da lei penal, pois se a pessoa se recusa a fornecer qualquer elemento de identificação, seja em crime doloso ou culposo, poderá se mostrar inviável o esclarecimento dos fatos e a própria existência de um processo. (MENDONÇA, 2011, p. 250)

No entanto, no caso de crime culposo, se decretada a prisão preventiva, esta deverá ser revogada, após a identificação do agente.

Cumpre salientar também que a antiga previsão referente aos crimes punidos com detenção em relação ao vadio não foi mantida pela Lei nº 12.403/2011, bem como que a referida lei aumentou o rol de pessoas protegidas contra violência doméstica e familiar.

Com todas essas modificações, o objetivo do legislador é recuperar a credibilidade da figura das medidas cautelares não restritivas de liberdade, impedindo a banalização e decretação desenfreada da prisão preventiva, e consequentemente, diminuir a população carcerária no Brasil.

De acordo com dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[3], a população carcerária do Brasil é de 504.484 presos, sendo 62% por condenação definitiva e 38% presos provisórios. Diante de tais alarmantes estatísticas, onde mais de 190 mil acusados estão presos, sem sentença condenatória transitada em julgado, credita-se às prisões cautelares a responsabilidade pelo caos nos presídios brasileiros, resultando no atual déficit de vagas, que gira em torno de 165 mil.

## 5.6 Prisão preventiva e o princípio constitucional da proporcionalidade

Como já abordado, a prisão preventiva somente poderá ser aplicada, quando no caso concreto, o juiz verificar e comprovar a ineficácia de se aplicar uma das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP.

Ao aplicar uma medida cautelar em detrimento, a princípio, da prisão preventiva, o juiz estará fazendo uma ponderação de princípios, dentre os quais se destaca o da proporcionalidade. Para tanto, de início, o magistrado, por imposição legal do art. 282, do CPP, deverá dar especial atenção à necessidade de se decretar a medida cautelar e, num segundo momento, adequá-la à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado ou indiciado. Portanto, o magistrado ao receber o caso concreto, deverá confrontar todos os aspectos relevantes com a ponderação de princípios, na busca de uma aplicação razoável da lei processual penal.

O Estado-juiz terá sob sua análise a responsabilidade de ponderar a liberdade do indiciado, em detrimento da segurança pública, e vice-versa. No entanto, a liberdade só

[3] www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1366&h=768&pular=false

poderá ser preservada quando for reservado o mínimo de segurança para o exercício dos direitos fundamentais.

Claramente, o legislador entendeu por bem priorizar a aplicação das demais medidas cautelares em detrimento da prisão preventiva, sendo possível a sua decretação apenas em caráter subsidiário, preservando ao máximo o direito de liberdade do acusado e evitando, na medida do possível, o rompimento do princípio da inocência.

Outro sinal de proporcionalidade e amadurecimento do texto legal em vigor é a possibilidade de aplicação da prisão preventiva tão somente aos crimes puníveis com pena privativa de liberdade.

Assim, para aplicação das outras medidas cautelares, a prisão preventiva requer a comprovação de sua necessidade e adequação, previstas nos incisos I e II, do art. 282, do CPP.

Diante de tal imposição legal, prima a jurisprudência pela proporcionalidade também quanto ao prazo de cumprimento da prisão preventiva. Os nossos Tribunais Superiores têm adotado posicionamento no sentido de que a prisão preventiva deverá se estender apenas enquanto durar a necessidade que fundamentou a sua decretação, senão vejamos:

> ***HABEAS CORPUS* – PENAL – PROCESSUAL PENAL – ROUBO MAJORADO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO PREVENTIVA – OCORRÊNCIA – ORDEM CONCEDIDA.**
> A falta de fundamentação da prisão preventiva esta evidente, pois a decisão atacada não demonstra a necessidade de manutenção da prisão, o que de logo caracteriza o constrangimento ilegal aqui evidenciado. Ordem concedida.
> (HC nº 92712012, Tribunal de Justiça do Maranhão. Julgamento: 07/05/2012, Des. Raimundo Nonato de Souza).
>
> ***HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFIQUEM O DECRETO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DESPROPORCIONALIDADE DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**
> I - O decreto de prisão preventiva não pode ser exarado com base em meras suposições, devendo fundamentar-se em elementos fáticos concretos, que demonstrem a necessidade da medida constritiva.
> II - Ausente a demonstração da necessidade da manutenção da segregação preventiva, não são motivos aptos à sua decretação a gravidade do crime, sua reprovabilidade, nem o clamor público.
> III - Impetração da qual não se conhece, concedendo-se, todavia, a ordem de ofício.
> (HC nº 100828/MG, Supremo Tribunal Federal. Julgamento: 04/05/2010, Min. Ricardo Lewandowski).

## 5.7 Impugnação e revogação da prisão preventiva

Uma vez decretada a prisão preventiva do indivíduo, somente será possível a sua impugnação mediante a impetração de ação autônoma de *habeas corpus*, prevista nos arts. 647 e seguintes, do CPP.

No entanto, conforme previsão do art. 316, do CPP, o juiz poderá revogar a prisão preventiva e, no decorrer do processo, desaparecer a necessidade que a fundamentou, bem como poderá decretá-la novamente caso sobrevenham as razões motivadoras.

Por fim, caberá recurso em sentido estrito, da decisão que indeferir ou revogar a prisão preventiva, nos termos do inciso V, do art. 581, do CPP.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, inegavelmente houve uma evolução no processo penal brasileiro, uma vez que aumentou o rol de medidas cautelares, que no regramento anterior era composto apenas por medidas restritivas de liberdade.

Foi possível concluir, a partir dos estudos realizados, que o legislador ao dificultar a decretação da prisão preventiva, seja atribuindo, a princípio, um *quantum* penal aos crimes, ou impondo o seu caráter subsidiário, teve a nítida intenção, ou mais, a nítida missão prioritária de diminuir a população carcerária no Brasil, uma vez que as prisões cautelares são responsáveis por 38% do número total de presos no país, causando um desesperador déficit no número de vagas no sistema prisional.

Contudo, como se tornou mais difícil a decretação da prisão preventiva, os magistrados vêm demonstrando nítida preferência ao instituto da fiança em detrimento das demais medidas, aplicando a lei de forma equivocada, fazendo com que a população carcerária continue a crescer, uma vez que os pobres, como não têm condições de pagar o valor, são recolhidos em prisão cautelar, inclusive ferindo o princípio constitucional da isonomia.

Com a edição desta norma, pretende-se também recuperar a figura das medidas cautelares no país, principalmente as não restritivas de liberdade, evitando a banalização da prisão preventiva.

Para que realmente seja uma lei que alcance a sua finalidade, deverá haver sensível aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade a cada caso concreto, devendo o magistrado se basear pela razoabilidade, levando em consideração as circunstâncias que se fizerem necessárias à decretação de uma medida cautelar, seja ela restritiva de liberdade ou não.

Contudo, a maioria das medidas cautelares não restritivas de liberdade ainda não tem fiscalização do poder público, referente ao seu efetivo cumprimento pelos acusados. Diante disso, mais uma vez, o magistrado deverá se pautar pela ponderação de valores, de um lado a liberdade do acusado, de outro, a segurança pública, onde aquela só poderá ser preservada quando for reservado o mínimo de segurança para o exercício dos direitos fundamentais, sob pena de brindar a impunidade e gerar intranquilidade social.

# REFERÊNCIAS


BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal**: Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011. 179 p.

BRASIL. Código de Processo Penal de 1941. *In*: **Vade Mecum.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Código de Processo Penal de 1941. *In*: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *In*: **Vade Mecum.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. *In*: **Vade Mecum.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n° 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. *In:* **Vade Mecum.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. *In:* **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *In*: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *In:* **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *In:* **Vade Mecum**. São Paulo, Saraiva, 2012.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *In*: **Vade Mecum**. São Paulo, Saraiva, 2012.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *In*: **Vade Mecum.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. *In*: **Vade Mecum.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Estabelecimentos prisionais.** Disponível em: <www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1366&h=768&pular=false>. Acesso em: 16 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Penal. Processual Penal. Prisão Preventiva. Necessidade de elementos concretos que justifiquem o decreto prisional. Ausência de demonstração da necessidade da custódia cautelar. Desproporcionalidade da prisão. Ordem concedida de ofício. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2 de junho de 2010. **Jusbrasil**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14352524/habeas-corpus-hc-100828-mg-stf>.Acesso em: 14 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Habeas Corpus**.** Penal. Processual Penal. Roubo majorado. Ausência de fundamentação da decisão que manteve a prisão preventiva. Ocorrência. Ordem concedida**.** Relator: Desembargador Raimundo Nonato de Souza. São Luís, 7 de maio de 2012. **Jusbrasil**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21560728/nao-informada-92712012-ma-tjma>. Acesso em: 14 nov. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 767 p.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: História da violência nas prisões. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GOIÁS (GO). Secretaria da Segurança Pública do Estado de Goiás. Superintendência do Sistema de Execução Penal. **Origem da prisão.** Disponível em: <www.susepe.go.gov.br/cesep/.../aorigemda**prisao**.ppt>. Acesso em: 22 out. 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008. 784 p.

LEAL, César Barros. **Prisão crepúsculo de uma era.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. 493 p.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 721 p.