

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

BÁRBARA TEIXEIRA TOMAZ DE ARAÚJO

DA (IN)APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FACE AO
DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO SOB O
ENFOQUE DA LEI Nº 12.403/11

SOUSA
2013

BÁRBARA TEIXEIRA TOMAZ DE ARAÚJO

DA (IN)APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FACE AO
DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO SOB O
ENFOQUE DA LEI Nº 12.403/11

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dra. Jônica Marques Coura Aragão

SOUSA

2013

BÁRBARA TEIXEIRA TOMAZ DE ARAÚJO

DA (IN)APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FACE AO
DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO SOB O
ENFOQUE DA LEI Nº 12.403/11

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dra. Jônica Marques Coura Aragão

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: __/__/____

Orientador(a): Prof. Dra. Jônica Marques Coura Aragão

Examinador Interno

Examinador Externo

Dedico este trabalho a Deus e aos meus pais, por terem me guiado até aqui, e por tudo que representam em minha vida.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter sempre me iluminado, por me fazer inúmeras vezes ser maior do que eu posso ser e por me permitir realizar esse sonho.

Aos meus pais e a minha irmã, por terem sido meus maiores incentivadores, e por serem o maior exemplo de amor, carinho e dedicação que conheço.

À minha orientadora Jônica Marques Coura Aragão, pela disponibilidade e dedicação empregados na realização desse trabalho e a todos os meus professores, por terem colaborado na minha formação profissional.

Ao amigo Matheus Simões, exemplo de dedicação e esforço, com quem sempre pude contar ao longo da vida acadêmica, pelo incentivo nos estudos e pela amizade.

Aos meus amigos e colegas de turma, Lara, Monique, Erick, Alexandre, Joel, Maíra, Daniela, Thainá, por terem dividido comigo cinco maravilhosos anos de aprendizado, irmandade, lealdade, amizade, carinho e incentivo.

A todos os meus amigos e familiares que, mesmo não fazendo parte da minha vida acadêmica, me incentivaram, torceram, e acreditaram no meu potencial.

RESUMO

A situação carcerária brasileira é preocupante. Na prisão, sem nenhuma cerimônia justificante, se avolumam e se misturam presos condenados e provisórios. E, malgrado seja a prisão provisória a *ultima ratio* das cautelares, em se tratando de Brasil, tal discurso ainda não passa de retórica a escamotear a arraigada cultura prisional, sempre estimulada pelos meios midiáticos. Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar se, face ao caráter de expressa excepcionalidade da prisão provisória, verifica-se possível a aplicação de prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão (rol da Lei nº 12.403/11), inicialmente imposta ao acusado, e por ele descumprida. O estudo em epígrafe mostra-se de elevada importância para o meio jurídico, tendo em vista que com a recente aprovação da Lei nº 12.403/11, passa a ser notório o valor que assumem as medidas cautelares alternativas à prisão, e a falta de clareza acerca da possibilidade de aplicação de prisão preventiva face o seu descumprimento, tem gerado insegurança jurídica no ordenamento processual penal vigente, necessitando, pois, ser debelada. A pesquisa versa, pois, especialmente sobre a questão da primazia da liberdade processual em detrimento da prisão preventiva. Para tanto, são utilizados o método hipotético-dedutivo, como método de abordagem; o método histórico-evolutivo, como método de procedimento, e a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica e documental como técnica de pesquisa. Assim, no desenvolvimento do trabalho é feita uma análise sobre as duas correntes que dividem opiniões a cerca do objeto da pesquisa, demonstrando-se que a primeira é a favor da aplicação da prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão, mesmo na hipótese de não estarem presentes os requisitos autorizadores deste instituto; enquanto a segunda é contrária a esse posicionamento, na medida em que argumenta que deve ser feita uma interpretação sistemática dos dispositivos que regulam a aplicação da prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar, com os dispositivos que limitam a imposição da custódia cautelar. Desta feita, após análise jurisprudencial e doutrinária restou esclarecido que a segunda corrente tem prevalecido. Ademais, diante do conflito jurídico apresentado, concluiu-se que devem os intérpretes do direito buscar entendimentos harmoniosos com as normas constitucionais, ressaltando-se que devem ser afastadas interpretações extensivas que prejudiquem direitos fundamentais, uma vez que o Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, garantista dos bens jurídicos mais relevantes, tal como a liberdade.

Palavras-chave: Medidas cautelares alternativas à prisão. Descumprimento. Prisão preventiva.

ABSTRACT

The situation of the Brazilian prison system is worrying. In the prison, with no justifying reason, there are an increasing number of convicted prisoners and provisional ones mixed together. And, despite provisional detention is the *ultima ratio* of the precautionary measures, when it comes to Brazil, such speech is nothing but rhetoric to disguise the rooted prison culture, always stimulated by media. So, the present work has as the main objective the analysis if, in relation to the character of expressed exceptionality of the provisional detention, it seems possible the application of the preventive detention in case of violation of precautionary measure alternative to imprisonment (list of Law 12.403/11), initially imposed on the defendant, and violated by him. The study shows itself of great significance to the legal environment, considering that with the recent approval of this law, it becomes evident the value that assume the precautionary measures alternative to imprisonment, and the lack of clarity about the possibility of application of preventive detention when it is not complied, which generate legal insecurity on the current procedural criminal law. The research focuses, particularly, on the question of primacy of the procedural freedom rather than the preventive detention. For this, are used the hypothetical-deductive method, as a method of approach, the legal-exegetical method and evolutive-historical, as methods of procedure, and the indirect documentation by bibliographic research as a research technique. Thus, in the development of the work is performed an analysis of the two streams that divide opinions about the object of research, demonstrating that the first one is in favor of the application of the preventive imprisonment in the case of noncompliance of the precautionary measure alternative to imprisonment, even in the hypothesis of not being present the requirements which authorize this institute, while the second one is contrary to that position, at the time it argues that There must be a systematic interpretation of the provisions that regulate the application of the preventive detention in case of violation of precautionary measure, with the provisions that restrict the imposition of the protective custody. This being done, after doctrinal and jurisprudential analysis remained clear that the second stream has prevailed. Moreover, considering the legal conflict presented, it was concluded that the interpreters of the law should seek harmonious understandings with constitutional norms, excepting that should be excluded extensive interpretations that harm fundamental rights, since the Democratic State of Law is, first of all, warrantor of the most significant legal rights, such as freedom.

Keywords: Precautionary measures alternative to imprisonment. Noncompliance. Preventive detention.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

art. – Artigo
arts. – Artigos
AM - Amazonas
c/c – Combinado com
CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
CF – Constituição Federal
Coord. - Coordenação
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
DF – Distrito Federal
DJ – Diário de Justiça
Ed. – Edição
Fls. - Folhas
HC – *Habeas Corpus*
Inc – Inciso
Incs – Incisos
MG – Minas Gerais
Min. – Ministro(a)
MM – Meritíssimo(a)
MPF – Ministério Público Federal
nº - Número
Org. - Organização
p. – Página
PR - Paraná
Rel. – Relator(a)
Rev. - Revisada
RJ – Rio de Janeiro
SC – Santa Catarina
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TO - Tocantins

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DA PRISÃO	13
2.1 GÊNESE DA PENA	13
2.2 BREVE HISTÓRICO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL.....	19
2.3 NOÇÕES CONCEITUAIS E FINALIDADES DA PENA DE PRISÃO	22
2.4 ESPÉCIES DE PRISÃO ATUALMENTE ADMITIDAS	23
2.4.1 Prisão extrapenal	24
2.4.2 Prisão penal e prisão sem pena: um contraponto	26
3 DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
3.1 DA DECRETAÇÃO À REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: O CAMINHO PROCESSUAL SOB O ENFOQUE DA LEI Nº 12.403/11	29
3.2 DA INAPLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE ÀS EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....	40
3.3 EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E CONFIGURAÇÃO DE ILEGALIDADE.....	41
4 DA (IN)APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FACE AO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO SOB O ENFOQUE DA LEI Nº 12.403/11	44
4.1 DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	45
4.2 ASPECTOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO	49
4.3 DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UMA REFLEXÃO JURÍDICA.....	55
5 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

Ainda sob o efeito inovador da inserção do sistema de multicausalidade no processo penal brasileiro, muito afeito ao perfil processual simplista revelado no binômio: prisão-liberdade, o cenário processual penal brasileiro vem enfrentando, em meio a muitas discrepâncias, a complexa fase de ajustes interpretativos, observados, ainda, principalmente em fontes doutrinárias; embora, mais recentemente, registre-se que a jurisprudência já tenha iniciado o desenho do seu arcabouço interpretativo.

Considerando essa abordagem, o trabalho em epígrafe apresentará, como objetivo geral da pesquisa, analisar se, face ao caráter de expressa excepcionalidade da prisão provisória, verifica-se possível a aplicação de prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão (rol da Lei nº 12.403/11), inicialmente imposta ao acusado, e por ele descumprida.

Desde a sua aprovação no ano de 1941, o Código de Processo Penal passou por inúmeras transformações, na tentativa de se adequar a nova realidade proposta pela Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, buscando superar as distorções que as reformas ocasionaram ao longo dos anos ao aludido diploma legal, foi aprovada no dia 04 de maio de 2011, a Lei nº 12.403/11, modificando diversos dispositivos do Código de Processo Penal referentes às medidas cautelares e inserindo as medidas cautelares de natureza pessoal, alternativas à prisão.

Antes do advento desta lei, o Código de Processo Penal trazia apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal, a prisão cautelar e a liberdade provisória, todavia, com a introdução das medidas cautelares diversas da prisão, essa bipolaridade antes existente chegou ao seu fim, sendo permitido agora ao magistrado, adotar a medida cautelar alternativa à prisão conforme o melhor perfil de adequação ao caso concreto, possuindo tais medidas em relação à prisão cautelar, a vantagem de restringir, e não de privar o acusado de sua total liberdade. Diante desse quadro, a prisão cautelar passou a adquirir um caráter ainda mais excepcional no ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11, ainda são dependentes de maior análise e amadurecimento, tanto no campo teórico, quanto no campo jurisprudencial, principalmente no que diz respeito ao descumprimento de medida

cautelar diversa da prisão, uma vez que a referida lei traz em seu bojo um aparente conflito de normas. Este se verifica no momento em que a lei permite a decretação da prisão preventiva em casos de descumprimento de medidas cautelares reiterado, como *ultima ratio*, não deixando claro como ficará a situação do acusado que não preenche os requisitos legais para a imposição da segregação cautelar em tais casos. Desta maneira, o presente conflito abre possibilidade a dois entendimentos distintos, gerando, portanto, insegurança jurídica no ordenamento jurídico vigente.

Nesse contexto, o trabalho que ora se introduz delineará a evolução histórica do instituto da prisão no ordenamento jurídico brasileiro, verificará as hipóteses de cabimento da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito Brasileiro, à luz da nova sistemática legal, e analisará o conflito jurídico resultante da possibilidade de aplicação de prisão preventiva, face o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão à luz dos princípios constitucionais que regem o processo penal, identificando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca deste conflito.

O estudo que se objetiva a partir do presente trabalho científico se mostra de elevada importância para o meio jurídico, tendo em vista que com a recente aprovação da Lei nº 12.403/11, passa a ser notório o crescente valor que assumem as medidas cautelares alternativas à prisão, e a falta de clareza acerca da possibilidade de aplicação de prisão preventiva face o seu descumprimento, gera insegurança jurídica, necessitando, pois, ser debelada.

Para realizar o objetivo a que se propõe e concretizar a pesquisa, empregará-se o método hipotético-dedutivo como método de abordagem, posto que consiste em análise dos aspectos gerais da prisão preventiva, tomando por base seus pressupostos, no intuito de construir uma ideia acerca do seu fim, e diante disso, proporá uma melhor forma de aplicação deste instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como hipótese a ser confirmada ou refutada. No tocante ao método de procedimento, será empregado o histórico-evolutivo, com a finalidade de mostrar a evolução histórica do instituto da prisão no ordenamento jurídico brasileiro, até chegar no cenário prisional hodierno. A técnica de pesquisa a ser utilizada será a documentação indireta, centrada na pesquisa bibliográfica e documental, objetivando solidificar uma maior base teórica acerca do tema tratado; empregando-se, para tanto, como objeto de pesquisa: a legislação; doutrinas clássicas e

modernas; além de artigos científicos, bem como da jurisprudência pertinente oriunda dos tribunais pátrios.

Com o intuito de melhor disciplinar as informações, este trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo delineará a evolução histórica do instituto da prisão no ordenamento jurídico brasileiro, em seguida passará a demonstrar seus aspectos conceituais e suas finalidades, bem como as espécies atualmente admitidas.

O segundo capítulo, por sua vez, abordará o caminho processual para a decretação da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito Brasileiro à luz da nova sistemática legal, buscando neste espaço da pesquisa maior embasamento teórico ao conhecer os diversos posicionamentos doutrinários acerca do tema e, bem assim, refletir sobre as suas consequências de ordem prática.

E o terceiro e último capítulo, tratará dos aspectos gerais das medidas cautelares alternativas à prisão, bem como analisará o conflito jurídico resultante da (in)aplicação de prisão preventiva, face o descumprimento de tais medidas à luz dos princípios constitucionais que regem o processo penal, com base nos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Por fim, será feita uma reflexão jurídica acerca dos dois entendimentos divergentes que cercam o tema, objetivando trazer a possível solução para a controvérsia.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DA PRISÃO

Desde sua origem, o homem vem se organizando em grupos ou sociedades. Com as relações coletivas foram surgindo as primeiras formas de conflitos, o que ensejou a criação de regras comportamentais com o fim primordial de manter a paz social. De maneira que, os primeiros esboços de leis e penas foram desenhados pelas sociedades primitivas.

Diante da complexidade dessas relações, a existência de um direito regulador tornou-se fator indispensável à eliminação dos conflitos existentes na sociedade. Neste lume, surge o Direito Penal com o propósito de exercer um controle cada vez mais eficaz sobre as relações sociais. A partir dessa perspectiva, o Estado avoca para si a pretensão punitiva, materializando-se, então, o processo penal como instrumento hábil à resolução dos conflitos, fornecendo os meios e o caminho para concretizar a aplicação do *jus puniendi* ao caso concreto.

Com o objetivo de estabilizar as relações na sociedade e proteger os bens jurídicos mais relevantes socialmente, o Estado se utiliza, ainda, da pena como forma de coibir os transgressores da ordem pré-estabelecida, destacando-se, nesse cenário, a pena de prisão, como demonstração máxima do poder punitivo nos dias atuais. Entretanto, para se chegar a presente fase, a pena experimentou diversas transformações, perpassando vários períodos históricos relevantes, sendo de fundamental importância uma análise minuciosa sobre os elementos que compõem o instituto da prisão, para uma completa compreensão do presente trabalho.

2.1 GÊNESE DA PENA

Ao longo de sua evolução, a pena apresentou-se, segundo a doutrina, em diferentes momentos, a saber: vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário, período científico e período da nova defesa social. Insta ressaltar que a referida divisão foi empreendida apenas para fins didático-científicos, haja vista que alguns desses períodos ocorreram simultaneamente, acompanhados por mudanças graduais de um para outro (GOMES NETO, 2000).

O período da vingança privada trouxe à tona os primeiros esboços de pena, que na verdade, tratava-se de uma espécie de vingança em vista de uma ofensa cometida anteriormente. A punição pela ofensa praticada, não era em torno somente daquele que a realizou, uma vez que a vítima, seus parentes e até mesmo todo o grupo desta, rebatiam a ofensa de forma desproporcional, atingindo tanto o ofensor como o seu grupo. Não havia qualquer limitação a sua forma de execução. Ainda nessa fase, e com a evolução da sociedade, tem origem a pena de Talião, presente no Código de Hamurábi, que restringia à agressão a um mal idêntico ou equivalente ao praticado, decorrendo desta a expressão "olho por olho, dente por dente". Nas palavras de Gomes Neto (2000, p. 23), a pena de Talião desencadeava as mais variadas brutalidades, pois:

Determinava a pena a morte do filho inocente, quando seu pai, abatendo uma árvore, provocasse a morte de uma criança que por ali brincasse imprudentemente. "Matasse o filho de outro, pois o teu filho também será morto". Segundo o Código de Hamurábi, se alguém tirar um olho de outro, perderá o seu igualmente: se alguém quebrar um osso, partir-se-lhe-á um também; se o mestre de obras não construir solidamente a casa e esta, caindo, mata o proprietário, o construtor será morto, e se morto for o filho do proprietário, será morto o filho do construtor.

Logo após a pena de Talião, aparecia a composição, na qual o agressor pagava pela sua liberdade, indenizando a vítima, e livrando-se do castigo. De acordo com Gomes Neto (2000, p. 24) "A partir daí a pena passou a ser individualizada, recaindo tão-só na pessoa do delinquente, embora de forma cruel, e a indenização evitava atrocidades, tão em voga".

O período da vingança divina, por sua vez, foi marcado pela influência da religião na vida do homem primitivo. Os povos primitivos acreditavam que todos os fenômenos da natureza que não eram bem vindos, tais como: seca, peste etc., era resultado das forças divinas, que castigavam a comunidade por seu comportamento, sendo conhecidos pelo nome de "totem". Desta forma, para combater a ira dos deuses, foi criada uma série de proibições, chamadas de "tabus", que, caso não fossem obedecidas, implicariam em castigos, na maioria das vezes cruéis e desproporcionais a prática da ofensa, predominando, por exemplo, a expulsão do grupo, a tortura, a guerra de sangue entre grupos, e a morte. Tais castigos eram impostos pelo encarregado do culto, que também era o chefe do grupo, e possuíam

um caráter coletivo, pois os fenômenos naturais maléficos recaíam sobre toda a coletividade. Segundo Fabbrini e Mirabete (2010, p. 15):

A infração *totêmica* ou a desobediência *tabu* levou a coletividade à punição do infrator para desagravar a entidade, gerando assim o que, modernamente, denominados “crime” e “pena”.[...] A pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça.

Em outras palavras, neste período, correspondia a pena a uma espécie de vingança, executada com o propósito de se desculpar com os deuses por ter sido realizada uma ofensa no grupo. Esclarece Gomes Neto (2000, p. 24) que:

A vingança feita em nome dos deuses, com requintes de crueldade e sem qualquer critério de justiça, levou o Estado, então mais forte a atrair para si a responsabilidade pelo direito punitivo que em nossa linguagem atual trata-se do ***jus puniendi***. Isto porque a punição da forma que vinha sendo exercida não atendia aos seus interesses, conquanto o enfraquecia e o tornava vulnerável, uma vez que também era atingido. (grifos do autor)

Nesse contexto, chega-se ao período da vingança pública, onde a pena perde seu caráter sacro, transformando-se em uma sanção imposta por uma autoridade que representa a figura do Estado. Entretanto, em relação a humanização da pena pouca coisa mudou, tendo em vista que continuaram sendo aplicadas a pena de Talião e a composição, ou seja, a pena conservar-se cruel e desumana.

Naquela época era comum a pena infamante, que se tratava de um verdadeiro espetáculo para as multidões, onde o condenado era exposto a punições que lhe acarretavam vergonha; a pena de morte; mutilações; açoites; inúmeros suplícios físicos; desterro; prisão por dívida e redução do devedor a condição de escravo; flagelação; marcação com ferro em barra, objetivando identificar o sujeito publicamente, para excluí-lo dos negócios, por exemplo; erguimento do acusado sobre a ponta de uma lança, onde deveria suportar o peso do seu corpo; fustigação; trabalhos forçados; ostracismo, que consistia no banimento do sujeito de seu território; decapitação; suplícios dos paus, onde o condenado era amarrado a uma árvore e morto a pauladas; ser pisado por cavalos; ser atirado de um rochedo; ser queimado; ser entregue as feras; entre outras, que se utilizavam cada vez da mais criatividade e crueldade dos seus criadores (GOMES NETO, 2000).

As penas corporais nem sempre eram consideradas suficientes, o condenado tinha que ser humilhado, e usado como divertimento das multidões. Algumas pessoas chegavam até a participar da aplicação da pena, contribuindo para a espécie de espetáculo.

Durante o período da Idade Média, tem surgimento a pena de prisão, possuindo, inicialmente, caráter acautelatório e não de pena. Nesse primeiro momento, era chamada prisão de Estado, pois servia apenas para guardar os condenados até o instante de receberem sua punição. A prisão somente veio a adquirir o caráter de pena, quando passou a ser imposta aos monges e clérigos pecadores a clausura como forma de penitência.

Naquela época, os monges pecadores ficavam reclusos em celas escuras, praticando jejum e permanecendo em silêncio, lá oravam e meditavam sobre sua culpa e o mal causado, buscando, deste modo, o arrependimento. Nesse trilho, conforme Feitosa (2011 *apud* MIOTTO, 1992, p. 25)¹:

A Igreja não admitindo entre as suas penas, a de morte, teve, desde tempos remotos, locais de recolhimento para quem desejava aperfeiçoar-se, neles se retirando a fim de fazer penitência, eram esses os penitenciários, de cuja evolução resultariam as prisões para cumprimento de pena, as penitenciárias, denominação essa que foi adotada pela Justiça secular quando adotou a privação de liberdade, com recolhimento a estabelecimento adequado, como pena.

Naquele período, em razão da crise socioeconômica que atingiu a Europa, a pena de prisão começou a ganhar força, na medida em que surgiram inúmeras pessoas extremamente pobres que sobreviviam praticando a mendicância ou atos delituosos, como o furto.

Perante tais acontecimentos, verificou-se que, a pena de morte, antes regra, já não se apresentava como solução cabível, haja vista que dizimava grande parte da população.

O clero inglês, preocupado com essa nova realidade, buscou ajuda junto ao rei de Londres, que autorizou o uso do castelo de *Bridwell* para que pudessem ser recolhidos lá os vadios, os ociosos, os ladrões, e os praticantes de pequenos delitos,

¹ FEITOSA, Priscila Mácedo. História e evolução da pena de prisão. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/historia-e-evolucao-da-pena-de-prisao/77602/#ixzz2GZ7JSiOD>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

com o objetivo de serem disciplinados (PRACIANO, 2007)². Fabbrini e Mirabete (2010, p. 235), por sua vez, relatam que “essa ideia inspirou a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a *House of Correction*, construída em Londres entre 1550 a 1552”.

Com o passar dos anos, pensadores foram se revoltando contra a perversidade com que as penas eram impostas, passando a combatê-las, momento em que surge o período humanitário, conforme a lição de Feitosa (2011)³:

Em meados do século XVI, iniciou-se um movimento gritante de transcendência que buscava o desenvolvimento das penas privativas de liberdade, bem como construção e adaptação de prisões organizadas, para que proporcionassem correção aos apenados de delitos menores, ou a pequena delinqüência, resultando em uma grande mudança, pois os meios de punição anteriormente utilizados como o açoite e a execução foram substituídos por instituições de correção, que consistiam na reforma dos autores de delito por meio do trabalho forçado, disciplina, castigo corporal e instrução religiosa, tendo estas instituições o objetivo não só de corrigir, mas igualmente o de prevenir o aumento da delinqüência, desestimulando a prática de futuros ilícitos; ao tempo em que surge em todas as camadas sociais atitudes de protesto contra os suplícios, surgindo assim as primeiras correntes humanistas que visavam o desenvolvimento, sendo determinada a construção de casas de correção ou trabalho, estabelecendo-se uma relação entre a utilização de mão de obra dos reclusos e a prisão.

Nesse contexto, no ano de 1764, Cesare Bonesane, Marquês de Beccaria, lança sua obra “Dos delitos de das penas”, que emerge como uma profunda e dura crítica as penas desumanas e degradantes do primitivo sistema punitivo. O autor discorria na obra que o juiz não poderia impor pena que não estivesse prevista em lei, devendo aplicá-la sem cometer abusos, e censurava as torturas nos investigatórios, acusações secretas, e as penas de morte, infamantes, de banimento, bem como já apontava a lentidão dos processos (GOMES NETO, 2000). Neste trecho da referida obra, Beccaria (1983, p. 33) demonstra sua visão muito à frente de sua época, propondo uma nova forma de punir, a saber:

² PRACIANO, Elisabeba Rebouças Tomé. **O direito de punir na Constituição de 1988 e os Reflexos na execução da pena privativa de liberdade**. Disponível em: <www.unifor.br/oul/unsecure.jsp?conteudosite/?cdConteudo=2055612>. Acesso em: 03 de jan 2013.

³ FEITOSA, Priscila Mâcedo. **História e evolução da pena de prisão**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/historia-e-evolucao-da-pena-de-prisao/77602/#ixzz2GZ7JSiOD>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

De tudo o que fica exposto pode-se deduzir um teorema geral de muita utilidade, porém pouco adaptado ao uso, que é o legislador comum dos países: É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

A aludida obra foi alvo de elogios de pensadores, religiosos e nobres da época, de modo que, os ideais ali trazidos influenciaram diversos países europeus, inclusive o Brasil, a modificar seus sistemas punitivos, no sentido de atribuir a pena um caráter mais humano, cujo fim era a recuperação do indivíduo. Com isso, ocorreu à substituição gradual das penas de morte, corporais e infamantes pela pena privativa de liberdade.

O chamado período científico, por sua vez, surge a partir do momento em que a pena encontra sua medida na qualidade do delito e passa a variar de acordo com a proporção do mesmo. Em outros termos, a prática do delito passa a ser considerado um sistema patológico do seu autor, de maneira que a pena passa a ser tida como um remédio para combater este mal, e não mais como um simples castigo, devendo ser aplicada de acordo com a periculosidade do que a ela deu causa (GOMES NETO, 2000).

Este período foi marcado pelos estudos do médico César Lombroso, que passou a ver o delinquente a partir do seu aspecto biológico, apresentando suas teorias e dando início a uma nova fase na história das penas. Através dos seus estudos, criou a Antropologia Criminal, defendendo o crime como manifestação do comportamento humano, sendo considerado o pioneiro da Escola Positiva de Direito Penal (FABBRINI, MIRABETE, 2010). A Escola Positiva rebatia os princípios elevados pela Escola Clássica que fundamentavam a responsabilidade penal no livre-arbítrio, ademais defendia que os interesses sociais deveriam ser sobrepostos aos individuais, em vista disso, teve forte influencia na mudança para as penas de maior duração e na criação de sistemas punitivos de maior segurança.

Gomes Neto (2000, p. 39) resume a importância de Lombroso para as ciências criminais da seguinte forma:

A partir de seus estudos começaram a florescer as ciências penais voltadas ao estudo do criminoso, de suas características antropológicas, do crime e de suas causas, tudo com o fim único de prevenção e de defesa da sociedade. Nasceram, pois, a antropologia criminal, a criminologia e a sociologia criminal, a política criminal e a ciência penitenciária. A questão da

individualização da pena, da periculosidade, e da medida de segurança começam a ser discutidas com maior profundidade em todos os cantos do mundo.

Por fim, com a chegada da Segunda Guerra Mundial, inicia-se o período atual chamado de Nova Defesa Social, tendo como precursor o italiano Filippo Gramatico. Conforme Gomes Neto (2000, p.40):

O professor Filippo Gramatico, revoltado com um direito penal fascista à sua volta, dogmático, retrógrado, propôs em seu nome a criação de um direito de defesa social e eliminação do direito penal e do sistema penitenciário vigentes. A sua proposta era extremamente avançada, e naturalmente radical.

Assim surgiu o Movimento de Defesa Social, com inúmeros adeptos, que diferentemente de Filippo Gramatico, não pregam a extinção do Direito Penal e do sistema penitenciário, mas objetivam a transformação do mesmo, no sentido de que este possa proporcionar a ressocialização do condenado, garantindo, para tanto, a não violação aos direitos humanos e a dignidade do homem em si, com o fim de proteger a sociedade como um todo (GOMES NETO, 2000).

2.2 BREVE HISTÓRICO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL

Com o descobrimento do Brasil, as Ordenações Afonsinas foram adotadas como a primeira legislação, uma vez que, analogamente, eram as que se encontravam em vigor na Coroa Portuguesa à época. Logo após, em 1512, foram adotadas as Ordenações Manuelinas, vigentes até 1569. Na vigência de ambas as ordenações, a pena de prisão era prevista como forma de assegurar a ocorrência de um julgamento ou como meio de coação dos condenados às penas de caráter pecuniário.

Em seguida, surgiram as Ordenações Filipinas, nesse período o crime era confundido com o pecado e a ofensa moral, sendo punidos principalmente os hereges, apóstatas, benzedores. As penas mais utilizadas eram as corporais, tais como, açoites, mutilações, queimaduras e as infamantes. Em síntese, todas elas

objetivavam infundir o temor pelo castigo, sendo aplicadas, desta maneira, da forma mais severa e cruel possível (FABBRINI, MIRABETE, 2010).

Com a chegada da independência nacional em 1822, e a outorga da primeira Constituição Brasileira no ano de 1824, nasceu no Brasil um novo contexto sociopolítico, também influenciado pelos ideais iluministas, momento em que o direito pátrio sofre uma mudança significativa, reforçada pelo ingresso em nosso ordenamento jurídico do Código Criminal do Império, no ano de 1830. Conforme discorre Assis (2007)⁴:

Este estatuto já trazia consigo ideias de justiça e de equidade, influenciado pelas ideias liberais que inspiraram as leis penais europeias e dos Estados Unidos, objeto das novas correntes de pensamento e das novas escolas penais.

O referido código trouxe à tona a pena privativa de liberdade, em substituição às penas corporais e infamantes, bem como estabeleceu que aquela poderia ser aplicada de forma isolada ou adicionada de trabalho; entre outras inovações, como admissão da existência de circunstâncias atenuantes e agravantes; implantação das primeiras regras de individualização da pena; e julgamento diferenciado para menores de quatorze anos.

Nessa época, foram adotados como modelo de execução da pena privativa de liberdade, o sistema penitenciário da Filadélfia e o de Auburn. O primeiro sistema tinha como característica principal, o isolamento por completo do indivíduo, que não poderia receber qualquer tipo de visita nem desenvolver nenhum tipo de trabalho, objetivando que o mesmo refletisse sobre o seu erro. Enquanto no segundo sistema, havia apenas o isolamento noturno, podendo durante o dia o indivíduo desenvolver o trabalho. A característica marcante desse último sistema era a exigência do silêncio total.

Com o advento da proclamação da República em 1889, e diante da abolição da escravidão no Brasil com a assinatura da Lei Áurea, brotou a urgente necessidade de reforma do Código Criminal do Império. Eis, que, em 11 de outubro de 1890 é editado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, que apesar de

⁴ ASSIS, Rafael Damaceno de. **As prisões e o Direito Penitenciário no Brasil**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/24913>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

sofrer diversas críticas, devido a sua má elaboração, trouxe avanços ao sistema penal, como a extinção da pena de morte e o regime penitenciário de caráter correccional. Entretanto, por esse motivo, foi alterado por diversas leis, que mais adiante foram agrupadas na Consolidação das Leis Penais pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932 (FABBRINI; MIRABETE, 2010).

Todavia, em 01 de janeiro de 1942, entra em vigor o nosso atual Código Penal. Este código é originário do projeto de Alcântara Machado e teve como principal redator Nelson Hungria. De acordo com Fragoso (2006, p. 78) se destacava neste diploma a "incorporação do principio da reserva legal, do sistema do duplo binário, a pluralidade das penas privativas de liberdade e o sistema progressivo das penas". No ano de 1969, houve uma tentativa de substituição deste código pelo Decreto-lei nº 1.004, porém, este novo estatuto foi duramente criticado, vindo a ser consideravelmente modificado pela Lei nº 6.016/73 e revogado, logo após, pela Lei nº 6.578/78.

Posteriormente a este insucesso, foi aprovado o anteprojeto de lei de reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, transformando-se na Lei nº 7.209/84, que estabeleceu uma nova Parte Geral no Código de 1940 e proporcionou um caráter mais humano às sanções penais. Em relação a esta, Fabbrini e Mirabete (2010, p. 25), observam que:

A nova lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista em que se procurou criar novas medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando-se o encarceramento dos seus autores por curto lapso de tempo. Respeita a dignidade do homem que delinuiu, tratado como ser livre e responsável, enfatizando-se a culpabilidade como indispensável à responsabilidade penal.

Assim, o Código Penal passou a estabelecer em seu artigo 32, as penas atualmente admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio, que é a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos, e a pena de multa. Ademais, também possibilitou a substituição da pena privativa de liberdade tanto por pena de multa como por pena restritiva de direito, desde que em ambos os casos, sejam preenchidos alguns requisitos legais previstos em outros dispositivos deste mesmo diploma.

2.3 NOÇÕES CONCEITUAIS E FINALIDADES DA PENA DE PRISÃO

Visando à manutenção pacífica da convivência do homem em sociedade, foram estabelecidos, pela própria coletividade, padrões ideais de comportamento, dando causa ao surgimento do controle social. Posteriormente, em razão da insuficiência da regulação comportamental empreendida conjuntamente pelos setores da sociedade, a exemplo da igreja e da família, surge à necessidade de um controle mais eficaz, o que demanda a positivação de tais preceitos, momento em que, emerge o controle jurídico (REALE JÚNIOR, 2006).

Neste lume, o Estado chama para o si o *jus puniendi*, e, através do direito penal, utiliza medidas coibidoras como a pena para expor a reprovabilidade da violação aos bens jurídicos valorados com essenciais. A partir dessa perspectiva, é que a pena de prisão surge como demonstração máxima deste poder nos dias atuais. Porém, antes de analisar o papel assumido pela pena de prisão, faz-se mister conhecer, o significado do termo prisão.

Nas palavras do ilustre doutrinador Bonfim (2009, p. 437), o termo prisão, genericamente, designa “a privação da liberdade do indivíduo, por motivo lícito ou por ordem legal, mediante clausura”. Por sua vez, Mirabete (2001, p. 359), aviva que:

O termo tem significados vários no direito pátrio, pois pode significar a **pena privativa de liberdade** (“prisão simples” para autor de contravenções; prisão para crimes militares, além de sinônimo de “reclusão” e “detenção”), o ato de **captura** (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a **custódia** (recolhimento da pessoa ao cárcere). (grifos do autor)

Para Lima (2011, p. 57), a aludida terminologia pode ser entendida como:

[...] a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei (CF, art. 5º, inc. LXI).

Em síntese, observa-se que todas essas definições convergem no sentido de atribuir à prisão o significado de privação da liberdade de locomoção do indivíduo, com seu recolhimento ao cárcere.

Dito isso, é chegado o momento de conhecer as principais teorias que tentam explicar a finalidade da pena de prisão no Direito Penal Brasileiro, são elas: a Teoria Retributiva (Absoluta) e a Teoria Preventiva (Relativa).

A Teoria Retributiva defende que a punição deve ser imposta ao indivíduo, em virtude deste ter violado norma prevista em lei, ou seja, o indivíduo paga com a pena pela violação que cometeu. Enquanto a Teoria da Prevenção, basicamente, atribui à pena o fim de evitar que sejam cometidas novas violações. Esta última divide-se em duas vertentes, geral e especial, que por sua vez, subdividem-se em geral, positiva e negativa, e especial, positiva e negativa.

Trata-se a Teoria da Prevenção Geral Positiva de uma maneira de reafirmar e demonstrar à eficácia do Direito Penal sobre a coletividade, já a Teoria da Prevenção Geral Negativa, equivale à intimidação que a pena causa sobre a coletividade. A Teoria da Prevenção Especial Positiva faz referência ao retorno do condenado ao convívio social, tendo em vista a sua recuperação, ao passo que a Teoria da Prevenção Especial Negativa, apresenta-se como a intimidação causada ao condenado, para que este não volte a delinquir, ou seja, tem o propósito de evitar a reincidência.

Nesse sentido, a Teoria da Prevenção Geral se distingue da Teoria da Prevenção Especial, pelo fato de que esta se dirige ao indivíduo de forma isolada, em contraposição àquela, que é voltada à coletividade. A partir dessas duas teorias, surge a Teoria Mista ou Unificadora, a qual propaga que a finalidade da pena agrupa todos esses aspectos defendidos pelas duas teorias anteriores, sendo esta a teoria adotada pelo Brasil. Desse modo, resta caracterizado o papel que a pena de prisão assume no âmbito jurídico atual.

2.4 ESPÉCIES DE PRISÃO ATUALMENTE ADMITIDAS

Partindo-se do ponto de vista doutrinário, observa-se que a classificação das espécies de prisão é bastante divergente. A doutrina majoritária a classifica em três

espécies: prisão extrapenal, que é o tipo de prisão que deriva de outros ramos do direito, que não o penal; prisão penal, aquela que decorre de uma sentença penal condenatória transitada em julgado; e, prisão sem pena, que possui natureza processual acautelatória, não decorrendo de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Desta forma, o presente trabalho adotará a referida classificação, a ser aprofundada nos subtópicos adiantes.

2.4.1 Prisão extrapenal

É aquela que, como o próprio nome diz, foge do âmbito penal. Tem como subespécies a prisão civil; prisão administrativa; prisão disciplinar. A prisão civil é decretada objetivando compelir o indivíduo a cumprir com seu dever civil. O ordenamento jurídico pátrio somente a admitia quando se tratava das hipóteses de depositário infiel e devedor de alimentos. Ocorre que, o *Pacto de San José da Costa Rica* passou a vedar à prisão civil do depositário infiel, em contraposição a Constituição Federal de 1988, pois esta admitia no artigo 5º, inciso LXVII, a prisão civil do depositário infiel, e o *Pacto de San José da Costa Rica* não. Isso resultou em celeuma doutrinária e jurisprudencial, que eclodiu com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que ao estabelecer que os tratados e convenções internacionais que versassem sobre direitos humanos, se fossem aprovados em dois turnos, em cada casa do congresso, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais, portanto, o *Pacto de San José da Costa Rica* não detinha esse status já que foi promulgado antes da Emenda Constitucional nº 45/2004. Restava, então, saber se a prisão civil do depositário infiel era possível ou não (CAPEZ, 2010). Neste contexto, se fez necessário o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que decidiu:

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (STF. HC 87585 TO, Rel. Ministro. Marco Aurélio, Brasília, DF, Data de Julgamento: 03/12/2008, DJ 25-06-2009)

Com isso, a prisão civil só é permitida atualmente, no tocante ao devedor de alimentos. A prisão administrativa, por sua vez, trata-se daquela ordenada por autoridade administrativa, com a finalidade de coagir um indivíduo a cumprir uma obrigação.

Ocorre que, este tipo de prisão não foi recepcionado pela atual Carta Magna. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário, entende que há a possibilidade de aplicação da prisão administrativa, em caso de procedimento administrativo de extradição, contanto que esta seja ordenada por autoridade judiciária. Ademais, é válido destacar, como lembra Lima (2011, p. 64) que, excepcionalmente:

Nas hipóteses de Estado de Defesa (CF, art. 136, §3º) e de Estado de Sítio (CF, art.139, incs.I e II), autoridades não judiciárias poderão decretar restrições à liberdade de locomoção independentemente de prévia autorização judicial.

Por fim, como última subespécie de prisão extrapenal, temos a prisão disciplinar, que é aquela aplicada em caso de transgressões militares e crimes militares. O Regulamento Disciplinar do Exército, em seu artigo 14, traz a seguinte definição de transgressão disciplinar:

Art. 14. É toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

Enquanto o crime propriamente militar apresenta-se, nas palavras de Lima (2011, p. 73), como aquele que “só pode ser praticado por militar, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhe são próprios”. Desta forma, resta claro que apenas o militar está sujeito a este tipo de prisão, e somente este tem competência para decretá-la.

2.4.2 Prisão penal e prisão sem pena: um contraponto

A prisão penal é aquela que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado, fixando o cumprimento da pena privativa de liberdade, após a realização do devido processo legal. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado (CAPEZ, 2010).

Por sua vez, a prisão sem pena, também denominada de prisão processual; provisória; ou cautelar, é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Segundo Capez (2010, p. 295), é “destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda, a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos”. Nessa mesma direção, Alencar e Távora (2012, p. 489) esclarecem que:

No transcorrer da persecução penal [...] é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também chamada por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva.

Deste modo, observa-se que, diferentemente da prisão penal, este tipo de prisão possui caráter excepcional, pois somente é admitida nas hipóteses previstas em lei. Ainda em relação a este tipo de prisão, Lima (2011, p. 80), adverte para o seguinte fato:

A prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a sua finalidade [...], daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência.

Logo, a prisão cautelar não deve ser desviada do seu fim, além disso, só pode ser decretada se houver a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (LIMA, 2011).

A prisão sem pena possui como subespécies a prisão temporária, a prisão em flagrante e a prisão preventiva. Antes do advento da Lei nº 11.689/08 e da Lei nº

11.719/08, também eram consideradas subespécies, as prisões que decorriam de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, porém foram expressamente revogadas por estas leis. Ademais, é válido salientar que, com as alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11, restou incontroverso a extinção dessas subespécies, uma vez que o artigo 283 deste mesmo dispositivo passou a ter a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Restam, pois, esclarecidas, as espécies de prisão penal e cautelar admitidas no ordenamento jurídico vigente. Em relação às subespécies da prisão cautelar, estas se distinguem da seguinte forma, a prisão temporária se configura como a cautelar que só pode ser decretada durante a fase investigatória, e desde que haja fundadas razões de autoria ou participação do sujeito em um dos crimes previstos na Lei nº 7.960/89, além disso, possui prazo de duração limitado. A prisão em flagrante, por sua vez, dispensa ordem escrita, podendo qualquer pessoa do povo executá-la, desde que o sujeito tenha sido visto cometendo, ou logo após ter cometido o delito.

A prisão preventiva diferencia-se das demais, por ser mais ampla, uma vez que pode ser decretada tanto durante a fase investigatória quanto na fase processual. Porém, só poderá ocorrer se houver o preenchimento dos requisitos legais autorizadores de sua concessão. Ademais, ainda exige ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente demonstrando a pertinência de tais exigências, como discorrido no capítulo adiante, destinado a um estudo mais aprofundado acerca deste tema.

3 DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No atual contexto processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é efetivada através de medidas de urgência, que, com subsídio junto ao Código de Processo Penal e na legislação extravagante, asseguram o exercício da jurisdição.

Neste âmbito, é bastante comum a necessidade da adoção de tais medidas como forma de assegurar o deslinde da persecução criminal, desde a preliminar fase investigatória à aplicação da sentença penal, evitando eventuais interferências na colheita de provas, ou, ainda, precavendo a sociedade da fuga do suposto delinquente.

De fato, resta nítido que o sistema processual penal brasileiro carece de mecanismos eficazes que contemporem os efeitos avassaladores que o decorrer do tempo possa vir a causar sobre o processo. Assim, com o fim de garantir o deslinde da *persecutio criminis*, justifica-se, excepcionalmente, a imposição de medidas cautelares tendentes a restringir a liberdade do indivíduo.

Nesse particular, as medidas cautelares restritivas ou privativas da liberdade de ir e vir assumem fundamental importância, podendo ser aplicadas ao sujeito tanto na fase investigatória, garantindo a regularidade da investigação, quanto na fase judicial, assegurando o efetivo transcurso do processo penal, acompanhada por sacrifícios na liberdade do indiciado/réu. Como exemplos de medidas cautelares pessoais, pode-se apontar: a prisão cautelar; as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal; e a contracautela, que corresponde à liberdade provisória. Dentro da espécie prisão cautelar, encontram-se, ainda, as subespécies: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, como foram visto anteriormente.

A prisão preventiva, mais ampla e mais complexa do gênero medidas cautelares pessoais, com o advento da Lei nº 12.403/11, sofreu inúmeras e consideráveis alterações no processo penal, de maneira que passou a adquirir um caráter maior de excepcionalidade, fazendo-se imperioso para a compreensão desse trabalho, um estudo sobre este instituto e as consequências acarretadas por suas mudanças.

3.1 DA DECRETAÇÃO À REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: O CAMINHO PROCESSUAL SOB O ENFOQUE DA LEI Nº 12.403/11

A prisão preventiva pode ser definida em uma acepção mais ampla, como a custódia efetuada antes do trânsito em julgado da sentença, e, em sentido restrito, como a privação da liberdade de locomoção do indivíduo decretada durante a fase investigatória ou processual, ante a presença de pressupostos legais estabelecidos em lei, objetivando assegurar a pretensão que se visa obter com o processo.

Em outras palavras, Lima (2011, p. 225) a define da seguinte forma:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, 319).

Não se deve perder de vista o caráter de excepcionalidade que possui a prisão preventiva, uma vez que esta somente poderá ser decretada em casos específicos autorizados pelo direito objetivo, onde a segregação preventiva, como um mal necessário, se justifica na medida em que o encarceramento, apesar de ocasionar ao indivíduo males irreparáveis, apresenta-se como única alternativa viável para o cumprimento do dever estatal de processar e julgar os crimes que se perpetrem em sua jurisdição.

Para que a prisão preventiva seja decretada, é de suma importância a presença simultânea do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A primeira terminologia significa fumaça do bom direito, e se revela em pressupostos consistentes em prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, necessários para que haja a decretação da prisão preventiva. Enquanto a última refere-se ao perigo da demora, e corresponde aos fundamentos de garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, e garantia da aplicação da lei penal, contidos no artigo 312, do Código de Processo Penal, que presentes individualmente, ou não, no caso concreto, analisado pelo magistrado, justificam a possibilidade do encarceramento preventivo.

O *fumus boni iuris* resta caracterizado, conforme previsão da parte final do artigo 312, do Código de Processo Penal, quando verificada prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Diante de tais elementos, é fundamental que o magistrado constate que a conduta supostamente praticada pelo indivíduo é típica, ilícita e culpável, demonstrando as provas que o levaram a essa conclusão. A prova da existência do crime faz referência à materialidade do crime, que deve ser devidamente comprovada, como por exemplo, através do exame de corpo de delito, relativamente aos crimes que deixam vestígios. Sendo assim, a mera suspeita não é satisfatória para autorizar a prisão preventiva. No que corresponde à autoria, basta a presença de indícios suficientes, ou seja, é preciso um conjunto probatório razoável que levem a crer que o sujeito praticou o crime, sendo dispensável a existência de prova robusta.

No que se diz respeito à decretação da prisão preventiva, além dos pressupostos supramencionados, é indispensável que haja, também, a presença do fator de risco que justifique a necessidade da medida. Nesse contexto, é que o *periculum in mora* está consubstanciado nos fundamentos do artigo 312, do Código de Processo Penal, quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal. Porém, para que haja o encarceramento cautelar somente é necessária a presença de um dos aludidos fundamentos, e, estando presente mais de um, deverá o magistrado citar todos, fundamentando, assim, sua decisão.

Convém, ainda, analisar o significado de cada fundamento. A expressão garantia da ordem pública ainda não encontrou um significado unânime na doutrina e na jurisprudência, em razão da amplitude do termo “ordem pública”. Para Nucci (2012, p. 607), “a garantia da ordem pública pode ser visualizada por fatores diversos, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente”. Assim, juntos ou isoladamente, esses elementos poderiam autorizar o encarceramento cautelar. O Supremo Tribunal Federal, no informativo de jurisprudência nº 440, a respeito da garantia da ordem pública, destacou as seguintes circunstâncias:

[...] a) necessidade de resguardar a integridade física do paciente; b) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e c) propósito de assegurar a credibilidade das

instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal. [...].

(STF. HC 88905/GO, 2ª turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, Data de Julgamento 11/09/2006, DJ 13/10/2006).

Por seu turno, Alencar e Távora (2012, p. 582) posicionam-se da seguinte forma:

Filiamo-nos, como já destacado à corrente intermediária, conferindo uma interpretação constitucional à acepção da ordem pública, acreditando que ela está em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade. Destarte, a gravidade da infração ou a repercussão do crime não seriam fundamentos idôneos à decretação prisional. [...] Nem se diga que a liberdade do infrator durante a persecução poderia afetar a imagem da justiça. [...] A imagem do judiciário deve ser preservada, com a condução justa do processo, não cabendo ao réu suportar este ônus com a sua liberdade.[...] Advirta-se, por fim, que a preventiva não poderá ser decretada para preservação da integridade do próprio suspeito [...] cabendo ao estado promover as condições necessárias para assegurá-la.

Diante desse quadro, chega-se à conclusão de que o legislador deixou margem para que o juiz decida a partir do caso concreto quando aplicá-la. Vale destacar que, acrescida pela Lei nº 8.884/94, a garantia de ordem econômica é espécie do gênero garantia da ordem pública, e objetiva evitar abuso contra a ordem econômica, podendo ser atingida, inclusive, diante da prática de qualquer das condutas previstas no artigo 20, da referida lei, a saber: limitar; falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; dominar mercado relevante de bens ou serviço.

Desse modo, havendo ameaça de que uma nova conduta delituosa possa vir a ser praticada contra a ordem econômica, é possível a aplicação da prisão preventiva. Ainda nessa linha, Nucci (2012, p.609) destaca o seguinte fato:

Note-se o disposto no artigo 30 da Lei 7.492/86: 'Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Pena, aprovado pelo Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da *magnitude da lesão causada* (...)' (grifamos), o que demonstra que, em delitos contra a ordem econômico-financeira, torna-se relevante o dano provocado pelo criminoso, que, efetivamente, causa repugnância ao resto da população.

Sobre essa questão o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. FALTA. CONSEQÜÊNCIA. SÚMULA 394-STF. REVOGAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. MAGNITUDE DA LESÃO. FUGA.

[...] 3. O desvio de vultosas quantias dos cofres públicos, causa repercussão negativa na opinião pública, até mesmo em função da publicidade opressiva envolvente do caso e invoca a garantia da ordem pública, aliada à magnitude da lesão, a justificar o decreto de prisão preventiva, com fundamento no art. 30, da Lei 7.492, de 1986, c/c o art. 312 do CPP.[...]. (STJ. HC 14.270/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 6ª turma, Brasília, DF, Data de Julgamento 12/12/2000, DJ 19/03/2001)

Com isso, observa-se que, para o Superior Tribunal, nos crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional, o requisito magnitude da lesão causada não é suficiente para autorizar a prisão preventiva, devendo, para tanto, estar aliado a algum dos fundamentos do artigo 312, do Código de Processo Penal.

No tocante à conveniência da instrução criminal, é cabível a decretação da prisão preventiva baseada neste fundamento, quando for verificado que o sujeito, estando em liberdade, possa vir a prejudicar a livre produção de provas, por intermédio de ameaça a testemunhas, destruindo ou dificultando a produção de provas, isto é, comprometendo de qualquer forma a busca pela verdade.

Ao passo que, com base na garantia de aplicação da lei penal, a separação cautelar deve ser executada, quando o sujeito demonstrar, de alguma forma, que pode evadir-se do distrito de culpa, tornando inviável a futura execução da pena. Cabe salientar que é necessária a demonstração fundada no tocante à probabilidade de fuga, uma vez que meros indícios não são suficientes para dar causa a prisão preventiva com fulcro nesse fundamento. Inclusive, a decretação fundamentada unicamente na condição socioeconômica não encontra plausibilidade, nem tão pouco a falta injustificada do réu ao interrogatório, tendo em vista que o julgador, considerando o ato processual como meio de prova, pode utilizar-se da condução coercitiva, prevista no artigo 260, do Código de Processo Penal.

Por outro lado, é válido ressaltar, ainda, que, com o advento da Lei nº 12.403/11, além do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para que haja a segregação preventiva, é imprescindível a comprovação da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, visto que o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal estabelece: “a

prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)". No mesmo sentido, o artigo 310, inciso II, também do Código de Processo Penal, prevê que o magistrado poderá "converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão".

Por fim, a atual redação do parágrafo único do artigo 312, deste mesmo código, adverte: "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)". Esta hipótese, também fruto das alterações promovidas pela Lei nº 12.403/11, juntamente com as anteriormente mencionadas, vieram a reafirmar o caráter subsidiário e excepcional da prisão preventiva, uma vez que o legislador previu no artigo 319, do Código Processo Penal, inúmeras medidas cautelares diversas da prisão bem menos limitativas a liberdade do acusado, e que deverão ser aplicadas em preferência a prisão preventiva.

Porém, desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 282, deste mesmo compêndio. Neste último caso, diante do descumprimento de medida cautelar diversa da prisão, conclui-se que esta não se revelou suficiente, sendo possível a sua substituição ou cumulação com outra, ou, em última conjectura, a decretação da própria prisão preventiva, nos termos do artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência apresentam dissonância em relação à aplicação da prisão preventiva por descumprimento, em casos de agentes que cometem delitos onde não é admissível a sua imposição, devido à ausência de requisitos que a autorizam, como por exemplo, diante de um crime doloso punido com pena máxima inferior a quatro anos, sendo esta discussão vista de forma mais aprofundada adiante.

Noutro giro, conforme a mais recente redação do artigo 313, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva será admissível em caso de prática de crime com pena privativa de liberdade máxima cominada superior a quatro anos (inciso I), ou seja, esta hipótese de admissibilidade afasta a prisão preventiva motivada por crime culposos ou contravenções penais. Neste lume, preceitua Nucci (2012, p. 612):

A previsão é correta, pois não tem cabimento recolher, cautelarmente, o agente de delito não intencional, cuja periculosidade é mínima para a sociedade e cujas sanções penais são também de menor proporção, a grande maioria comportando a aplicação de penas alternativas à privativa de liberdade.

Ao inserir esse inciso, o legislador pretendeu impedir que o mal causado durante o decorrer do processo fosse maior do que aquele imposto por força da condenação, tendo em vista que, conforme dispõe o artigo 44, inciso I, do Código Penal, será possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, quando: “aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”.

Outro exemplo que ilustra bem este aspecto é o caso do condenado não reincidente, cuja pena cominada ao crime por este cometido seja igual ou inferior a quatro anos, que poderá cumprir sua pena em regime aberto, desde o início, conforme previsão do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal.

Cumprido esclarecer, que no caso de concurso de crimes, para analisar o cabimento da prisão preventiva nos termos da hipótese supramencionada, deve ser levado em consideração o *quantum* resultante da somatória das penas nas hipóteses de concurso material e de concurso formal impróprio, bem como a majoração resultante do concurso formal próprio e do crime continuado. Em relação às causas de aumento e de diminuição, e em caso de agravantes e atenuantes, Lima (2011, p. 254) ensina:

Nos termos do art. 313, inc I, do CPP, o cabimento da prisão preventiva é aferido com base no máximo da pena cominada ao delito. Logo, em se tratando das causas de aumento de pena, leva-se em consideração o *quantum* que mais aumente a pena; quando se tratar de causa de diminuição de pena, utiliza-se o *quantum* que menos diminua a pena. Raciocínio distinto será aplicável nas hipóteses de agravantes e atenuantes. Estas não são levadas em consideração quando da análise do cabimento da prisão preventiva. Isso por que não há critério legal predeterminado de majoração ou diminuição da pena em virtude de sua incidência.

Por outro lado, a prisão preventiva será admissível nos crimes dolosos com pena igual ou inferior a quatro anos, excepcionalmente, conforme disposição do artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal.

No caso de agente condenado por sentença transitada em julgado por outro crime doloso, excetuado o disposto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, que por sua vez, prevê:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

A outra hipótese que também a admite neste caso, está prevista no inciso III do referido artigo, o qual determina “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”. A partir da interpretação deste inciso, Lima (2011, p. 258) esclarece:

A prisão preventiva pode ser adotada como medida de *ultima ratio* no sentido de compelir o agente à observância das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, mas desde que presente um dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva (art. 312 CPP). [...] Leitura isolada do inc. III do art. 313 do CPP pode levar a conclusão que o descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, por si só, pode dar ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.

Deste modo, é imprescindível a leitura do inciso III, juntamente com a do artigo 312, considerando que na presença desta hipótese é fundamental que a adoção da medida seja justificada por motivo de garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos deste artigo.

Por sua vez, o artigo 313, do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único, dispõe:

Art. 313. [...]

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 o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

A partir da leitura da referida hipótese, nota-se que não foi feita qualquer alusão ao tipo do crime cometido, doloso ou culposo, tampouco ao *quantum* de pena, estabelecendo a decretação apenas em casos excepcionais, como por exemplo, quando o agente se opõe até mesmo à identificação criminal.

No que diz respeito à decretação da prisão preventiva, observa-se que esta poderá ocorrer durante a fase investigativa através da provocação do Ministério Público ou da autoridade policial, bem como durante a fase processual, de ofício ou por provocação de algum dos legitimados interessados listados no artigo 311, do Código de Processo Penal, observe-se:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Assim, a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer momento da persecução criminal, para tanto, devem ser observados os requisitos dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal. No tocante aos Tribunais, poderá o relator decretá-la, com fulcro no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90, nos crimes de competência originária, tanto nos Tribunais Superiores, como nos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais (ALENCAR; TÁVORA, 2012). Cumpre esclarecer que com a promulgação da Lei nº 12.403/11, afastou-se a admissibilidade da decretação *ex officio* durante a fase da investigação.

A prisão preventiva também poderá ser decretada logo após o relaxamento da prisão em flagrante, desde que preenchidos os requisitos legais que a autorizam. Assim, havendo a homologação do auto de flagrante, para que o indivíduo continue preso, é necessário que ocorra a conversão do flagrante em preventiva, nas primeiras 24 horas, após o mesmo ter sido capturado.

Conforme disposição do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Nessa perspectiva, temos o princípio da motivação das decisões judiciais, elencado no artigo 93, inciso IX, também da Constituição Federal, o qual determina que: “todos os julgamentos dos órgãos do

Poder Judiciário serão públicos”; e, “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Em obediência a tais exigências, o artigo 315, do Código de Processo Penal determina: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Desta maneira, o magistrado, a quem compete a decretação da prisão preventiva, deverá fazê-la fundamentadamente. Entretanto, não basta a mera indicação dos termos legais, como por exemplo, para garantir a ordem econômica, ou para garantir a aplicação da lei penal, é indispensável que sejam demonstradas as razões que levaram a essa conclusão, tendo em vista que a simples menção de tais termos legais, vai de encontro à referida previsão da Carta Maior, ocasionando a ilegalidade da prisão. Nesse diapasão, Ferrajoli (2006, p. 573):

A motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas.

Antes, falava-se apenas na função endoprocessual da motivação, uma vez que a fundamentação possibilitava as partes o conhecimento necessário para impugnar a decisão, e, em sede de recurso, permitia-se um melhor exame quanto à legalidade da decisão proferida. Atualmente, observa-se que os destinatários da fundamentação não são mais apenas as partes e o juízo *ad quem*, mas toda a sociedade, que, a partir disso, é capaz de medir se o juiz atuou com a imparcialidade, que é inerente ao exercício de sua profissão. Dessa maneira, sob a ótica da coletividade, a motivação adquiriu relevância extraprocessual (LIMA, 2011).

É válido, ainda, ressaltar que, no caso de haver mais de um acusado no mesmo processo, é mister que seja levada em consideração as condições pessoais de cada um, devendo, portanto, a fundamentação ser feita de forma isolada.

Ainda no tocante a esta, muito se discute acerca da admissão da fundamentação *per relationem*. Esta ocorre quando o juiz utiliza como fundamento de sua decisão as alegações constantes na representação da autoridade policial ou no requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente. A maioria dos doutrinadores é contrária à admissão deste tipo de fundamentação, alegando que a imparcialidade da decisão restaria prejudicada, haja vista que as razões da decisão

proferida seriam dadas por uma das partes. Compartilhando deste pensamento, Gomes Filho (2001, p. 221) esclarece:

Incumbe ao juiz efetivamente decidir sobre esse ponto, até porque sua função é indelegável, não cabendo remissão ao que entenderam a autoridade policial ou o órgão da acusação, sendo imprescindível, portanto, a fundamentação expressa.

Todavia, os tribunais brasileiros têm entendido pela admissão, conforme posicionamento do STJ, como demonstra o julgado, a seguir transcrito:

HC - PRISÃO PREVENTIVA - PROMOÇÃO MINISTERIAL ADOTADA COMO RAZÕES DE DECIDIR - POSSIBILIDADE - REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR PRESENTES NAS JUSTIFICATIVAS DO PARQUET - DECRETO CONSTRITIVO FUNDAMENTADO - ORDEM DENEGADA.

Não configura ausência de fundamentação do decreto construtivo a adoção da cota ministerial, como razões de decidir, promovida pelo Magistrado, caso se constate a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva nos argumentos lançados pelo Parquet, como é a situação dos autos.[...]

(STJ. HC nº 29.993/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Brasília, DF, Data de Julgamento 15/03/2004, DJ 10/05/2004).

Com isso, salienta-se que diante da ausência de uma decisão proferida sem a fundamentação adequada, é cabível impetração de *habeas corpus*, em função do constrangimento ilegal suscitado, possibilitando a invalidação da prisão preventiva decretada.

Por fim, poderá a prisão preventiva ser revogada perante a inexistência dos requisitos que a autorizaram, ou seja, se os requisitos que ensejaram a decretação da prisão preventiva desaparecem por algum motivo, a revogação desta medida torna-se obrigatória, tendo em vista que não se faz mais necessário a permanência do indivíduo no cárcere, podendo o juiz revogá-la de ofício ou por provocação, bem como decretá-la novamente se os motivos que a autorizam voltarem a subsistir. Por esta razão, diz-se que o instituto da revogação da prisão preventiva é norteado pela cláusula *rebus sic stantibus*.

Neste lume, tem-se o artigo 316, do Código de Processo Penal, a saber: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Logo, os motivos que autorizaram a decretação da prisão preventiva

devem se encontrar presentes não apenas no momento da decretação, mas também durante todo momento em que o indivíduo estiver recolhido no cárcere.

Saliente-se que o mesmo preceito foi criado no artigo 282, do Código de Processo Penal, em relação às medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, como será visto mais adiante.

Questão pertinente, que merece destaque no âmbito da revogação, diz respeito à renovação do decreto de prisão preventiva, justificado pela mudança dos fundamentos que a autorizaram após haver o relaxamento da referida prisão por excesso de duração. Parcela da doutrina posiciona-se contrária à adoção de tal justificativa para decretar novamente a prisão preventiva.

Nesse sentido, Alencar e Távora (2012, p. 591) que asseveram que “o excesso de tempo deve ser interpretado pelo cômputo geral de permanência no cárcere cautelar, e não pela individualização dos fundamentos da preventiva, como se fossem considerados de maneira estanque”. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de maneira diversa, como demonstra o julgado a seguir transcrito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECISÃO DENEGATÓRIA DO APELO EM LIBERDADE. ARTIGO 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IDONEIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. RELAXAMENTO POR EXCESSO DE PRAZO: CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A PRISÃO CAUTELAR DECRETADA NA SENTENÇA.[...]

2. O relaxamento da prisão preventiva, por excesso de prazo, não impede sua decretação por outros fundamentos explicitados na sentença. Precedentes da Corte (HC nº 86.304/PE - Segunda Turma - Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3/2/2006; HC nº 67.557/SP - Primeira Turma - Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 25/8/1989).[...]

(STF. HC 103881/MG, 1ª Turma, Relator Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, Data de Julgamento 31/08/2010, DJ 22-10-2010).

Nesse contexto, observa-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de admitir a decretação do cárcere cautelar, mesmo quando a prisão houver sido relaxada anteriormente em razão do excesso de prazo, desde que a nova decretação seja dada em virtude de outros fundamentos, que não os primeiros que autorizaram a prisão preventiva.

3.2 DA INAPLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE ÀS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Diante das causas excludentes de ilicitude a prisão preventiva não poderá ser decretada, tal afirmação encontra respaldo no artigo 314, do Código de Processo Penal, que possui a seguinte redação:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Destarte, como foi dito anteriormente, não será possível a decretação da prisão preventiva, se a autoridade competente constatar, pelas provas colhidas nos autos, que o agente praticou o crime em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, isto é, amparado por umas das causas excludentes de ilicitude. Considerando que não há lógica em efetuar a prisão preventiva do agente, se é presumível a sua absolvição fundamentada no artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

A doutrina entende que as causas excludentes de ilicitude dispostas na parte especial e nas leis especiais também afastariam o encarceramento cautelar, nos termos do artigo 314, do Código de Processo Penal, por uma questão de analogia, nos termos do artigo 3º, do mesmo diploma legal.

Outrossim, militam no sentido de admitir que as causas excludentes da culpabilidade são capazes de afastar a custódia cautelar, à exceção da hipótese de inimputabilidade do artigo 26, *caput*, do Código de Processo Penal, tendo em vista que o artigo 387, inciso II, do Código de Processo Penal, permite a absolvição sumária do sujeito perante tais causas.

Desta forma, ante a presença de causas excludentes de ilicitude ou causas excludentes de culpabilidade, salvo hipótese de inimputabilidade, a prisão preventiva não poderá ser decretada.

3.3 EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E CONFIGURAÇÃO DE ILEGALIDADE

A prisão preventiva possui natureza de provisoriedade, entretanto, o Código de Processo Penal não prevê prazo determinado para sua duração. Ressalvada a hipótese de ações praticadas por organizações criminosas, onde a Lei nº 9.034/95, prevê em seu artigo 8º que “o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto”. De acordo com Lima (2011, p. 265):

Ao longo dos anos, em virtude dessa indeterminação do prazo da custódia preventiva, diversos abusos foram cometidos, em patente violação à natureza provisória cautelar, que se via transformada, mediante subversão dos fins que a legitimam, em inaceitável antecipação executória em própria sanção penal, violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o direito à razoável duração do processo.

Em razão desta omissão legislativa, estabeleceu-se uma convenção doutrinária e jurisprudencial, antes da reforma do procedimento comum ordinário pela Lei nº 11.719/08, que se o indivíduo estivesse preso, o processo penal na Justiça Comum deveria durar no máximo 81(oitenta e um dias), enquanto na Justiça Federal, o prazo máximo a ser considerado seria de 101 (cento e um) dias, sob pena de caracterizar constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, nos termos do artigo 648, inciso II, do Código de Processo Penal, o que autorizaria o relaxamento da prisão.

Os referidos prazos começavam a contar da prisão do sujeito até o final da instrução criminal, e resultavam da somatória dos prazos máximos previstos em lei para a realização de cada ato processual neste intervalo.

Com o advento da Lei nº 11.719/08, veio à tona o novo procedimento comum ordinário, momento a partir do qual o prazo de 81(oitenta e um dias) para a conclusão do processo criminal na Justiça Comum, quando o acusado estivesse preso, foi modificado, podendo variar agora entre 95 (noventa e cinco) dias e 185 (cento e oitenta e cinco dias).

Em relação à estipulação de tal prazo, Lima (2011, p. 274), analisando o posicionamento atual dos Tribunais, esclarece:

Com o incremento da criminalidade no país, e a crescente e conseqüente complexidade dos processos criminais, consolidou-se perante os Tribunais Superiores o entendimento de que o prazo para a conclusão da instrução processual de réu preso não tem natureza absoluta, podendo ser dilatado com fundamento no princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade), seja em virtude da complexidade da causa, seja em face da pluralidade de réus envolvidos no fato delituoso. Portanto, não é o simples somatório aritmético dos prazos abstratamente previstos na lei processual penal que servirá de balizamento para fins de delimitação do excesso de prazo na formação da culpa. Dependendo da natureza do delito e das diligências necessárias no curso do processo, é possível, então, que eventual dilação do feito seja considerada justificada.

Dessa maneira, observa-se que os Tribunais Superiores admitem como justificativa para a dilação do prazo o princípio da razoabilidade, asseverando que o prazo para encerramento do processo existe apenas como parâmetro para a constatação do excesso.

Assim, perante a natureza relativa do prazo, os tribunais brasileiros têm considerado que o excesso de prazo na formação da culpa, restará configurado quando a mora processual decorrer de diligências provocadas pela acusação ou da inércia do Poder Judiciário em violação ao princípio da duração razoável do processo, exteriorizado no artigo 5º, inciso LXXXVIII, da Constituição Federal, como demonstra o Superior Tribunal de Justiça no julgado a seguir transcrito:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO COMETIDOS NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO (ART. 12, ART. 14 C/C ART. 18, IV DA LEI 6.368/76). RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE EM 31.03.06. EXCESSO DE PRAZO (2 ANOS E 9 MESES). INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA 52/STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA. 1. A concessão de *Habeas Corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (1) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (2) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXXVIII da Constituição Federal; ou (3) implique em ofensa ao princípio da razoabilidade. 2. O período de 81 dias fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade. 3. Neste caso, a demora para conclusão da instrução criminal (2 anos e 9 meses), apesar de manifesta, é plenamente justificável pelas circunstâncias próprias do feito, especialmente em razão da pluralidade de

réus (6 acusados), da necessidade de expedição de cartas precatórias e da complexidade dos crimes a serem apurados. Ademais, encontrando-se o processo concluso para sentença, inafastável, na espécie, o enunciado 52 da Súmula desta Corte Superior, segundo o qual encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (STJ. HC 116815/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, Data do Julgamento 18/12/2008, DJ 16/02/2009).

Logo, resta claro que a falta do prazo de duração é o ponto mais frágil da regulação da prisão preventiva. E, como foi visto, a custódia cautelar leva o encargo de antecipação de pena, e, por este motivo, a decretação e a manutenção da mesma, deverão sempre obedecer ao caráter da excepcionalidade. Dessa maneira, o ordenamento jurídico pátrio caminha para possibilidade de se alcançar o fim processual através de meios menos ofensivos aos direitos do acusado que o encarceramento cautelar. Nesse contexto, é que a Lei nº 12.403/11 introduziu o rol das medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, reforçando o caráter excepcional da adoção da prisão preventiva, como será visto de forma mais detalhada no capítulo seguinte.

4 DA (IN)APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FACE AO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO SOB O ENFOQUE DA LEI Nº 12.403/11

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com adesão do Brasil a Tratados Internacionais de Direitos Humanos, diversos dispositivos da redação original do Código de Processo Penal, tornaram-se incompatíveis com a nova realidade introduzida por estes.

Nesse contexto, surgiu à necessidade de adaptar o sistema processual penal aos novos pilares constitucionais, assim, inúmeros projetos passaram a tramitar no Congresso Nacional, objetivando modernizar o estatuto processual penal, dentre eles, o projeto de Lei nº 4.208/01, aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 07 de abril de 2011, convertido na Lei nº 12.403/11.

A Lei nº 12.403/11 modificou diversos dispositivos do Código de Processo Penal referentes às medidas cautelares de natureza pessoal, e inseriu as medidas cautelares de natureza pessoal, alternativas à prisão, seguindo uma tendência mundial, presente nas diretrizes fixadas nas regras das Nações Unidas, sobre medidas não privativas de liberdade.

Antes ao juiz cabia apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: a prisão cautelar ou a liberdade provisória, o que acarretava evidente prejuízo à liberdade do acusado ou à própria eficácia do processo, uma vez que não havia um meio termo para assegurar a persecução processual penal, tendo o magistrado que optar entre os extremos, da liberdade ou da segregação cautelar. Com a ampliação do rol de medidas cautelares, abriu-se um leque de opções ao julgador, que agora poderá escolher, dentre aquelas, a providência que melhor se adapte ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e proporcionalidade, conferindo a prisão preventiva um caráter maior de excepcionalidade.

Ademais, em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão, esta lei prevê que deverá ser imposta outra medida em substituição, ou, deverá ser imposta outra em cumulação com a primeira, e, se estas restarem insuficientes, em último caso, aplicar-se-á custódia cautelar. Observa-se, com isso, que a lei coloca como última opção a prisão preventiva, sendo necessário, como se sabe, o preenchimento de certos requisitos para que haja a decretação desta.

Todavia, a aludida lei não apresenta solução para o caso em que o agente descumpra a medida cautelar, e não preenche os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. A partir dessa perspectiva, busca o presente trabalho analisar o conflito jurídico resultante da aplicação imediata de prisão preventiva como punição processual pelo descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão à luz dos princípios constitucionais que regem o processo penal, com base em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

4.1 DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL ALTERNATIVAS À PRISÃO

Na busca de alternativas para o cárcere cautelar, a Lei nº 12.403/11 ampliou o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, pondo fim ao que a doutrina designava de “bipolaridade cautelar do sistema brasileiro”, tendo em vista que, no sistema anterior, ao magistrado só restava duas opções, conceder a liberdade provisória do acusado ou mantê-lo preso cautelarmente, enquanto respondia ao processo. Nesse contexto, a introdução das medidas cautelares diversas da prisão, trouxe à tona meios menos invasivos à liberdade do acusado, porém capazes de assegurar com eficiência a *persecutio criminis* (LIMA, 2011).

Assim, de acordo com o artigo 319, do Código de Processo Penal, são medidas cautelares diversas da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Percebe-se, a partir da leitura do supramencionado artigo, que as medidas nele previstas já são conhecidas no ramo processual penal, uma vez que algumas destas são utilizadas como pena restritiva de direito, condições para a suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, dentre outros. De modo que, é possível aplicar uma condição da suspensão condicional da pena, por exemplo, como meio de evitar a decretação da custódia cautelar, desde que esta seja suficiente para alcançar o fim proposto, objetivando preservar a liberdade do acusado (NUCCI, 2012).

As medidas cautelares alternativas à prisão possuem como característica a acessoriedade, pois são dependentes do resultado do processo; a preventividade, na medida em que preveni danos de difícil reparação até o final do processo principal; a instrumentalidade, tendo em vista que o processo é o instrumento utilizado pelo Estado para aplicação do *jus puniendi*, e a medida cautelar é o instrumento empregado com a finalidade de garantir a eficácia do processo; a provisoriedade, uma vez que só dura enquanto houver necessidade de assegurar o processo ou até enquanto este não chegar ao seu fim; a revogabilidade, pois a medida cautelar só deve persistir enquanto os motivos a que deram causa continuem existindo, desaparecendo estes, deverá a medida ser revogada; a referibilidade, pois deve se referir a uma situação de perigo a que se destina suplantar; e por fim, a jurisdicionalidade, que consiste no poder cautelar ser reservado ao magistrado, atrelado a necessidade de controle jurisdicional sobre a medida cautelar.

No momento da adoção das medidas cautelares é imprescindível que sejam observados alguns princípios constitucionais, como o da presunção de inocência, o da jurisdicionalidade, e o da proporcionalidade.

Ao promulgar a Lei nº 12.403/11 o legislador conferiu à prisão um caráter maior de excepcionalidade, em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência. Este princípio está consagrado pela Constituição Federal de 1988 em

seu artigo 5º, inciso LVII, o qual estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal princípio também está previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 11, como a seguinte redação:

Art.11.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa (ONU, 1948).

Infere-se da leitura destes artigos, que o princípio da presunção de inocência, defende o direito do acusado de não ser considerado culpado senão por meio de sentença transitada em julgado, após o devido processo legal. Neste lume, preceitua Dias (1984, p. 428 apud LIMA, 2011, p.17):

Antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a restrição à liberdade do acusado, seja através da decretação de uma prisão cautelar, seja por meio de imposição de uma medida cautelar de natureza pessoal, só deve ser admitida a título cautelar, e desde que presentes seus pressupostos legais. A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar submetido a uma medida cautelar de natureza pessoal.

Assim, este princípio não veda a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, desde que aplicadas na presença dos pressupostos legais que a autorizam, em observância ao seu caráter excepcional, pois, como bem adverte Canotilho, (1993, p. 203 apud LIMA, 2011, p.17): “se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida acabará por inviabilizar o processo”.

Com base nisto, em observância ao referido princípio, entende-se que as medidas cautelares de natureza pessoal não podem ser aceitas como forma de antecipação da pena, uma vez que a sua aplicação só será legítima se restar comprovada que a adoção da medida pelo Estado é imprescindível.

Por sua vez, do princípio da jurisdicionalidade, depreende-se que a decretação de qualquer medida cautelar de natureza pessoal depende de manifestação fundamentada do Poder Judiciário, baseada em elementos concretos existentes nos autos. Esclarece Lima (2011), que:

Se a Constituição Federal enfatiza que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5º, inc. LXI); “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente” (art. 5º, inc. LXII); “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, inc. LXV); “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, inc. LXVI), fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal à apreciação do Poder Judiciário.

Destarte, em cumprimento a este princípio a Lei nº 12.403/11 acrescentou o parágrafo segundo ao artigo 282, do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

Art. 282. [...]

§ 2º: As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

A única ressalva em relação ao princípio da jurisdicionalidade está no artigo 322, do Código de Processo Penal, a saber: “a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”. Ou seja, nesta hipótese é admissível que a autoridade policial conceda medida cautelar, sem que para isso necessite de autorização judicial.

Além da imprescindibilidade da apreciação pelo Poder Judiciário da imposição de qualquer medida cautelar de natureza pessoal, também deriva desse princípio a indispensabilidade de fundamentação da medida, justificando a necessidade da restrição da liberdade de locomoção do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença. Nesse sentido, afirma Gomes Filho (2011, p. 32):

A obrigatoriedade de motivação atende, em geral, a exigências políticas tendentes a tornar efetivos certos valores essenciais ao próprio Estado de direito, tais como a participação popular, a soberania da lei, a certeza do direito, a separação de poderes e a supremacia dos direitos individuais; no plano do processo, constitui a maior garantia de que na análise das questões de fato e de direito que o juiz considerou, com imparcialidade, todos os elementos trazidos ao processo pelos participantes do contraditório, trata-se, enfim, de instrumento de controle de que as garantias mencionadas foram de fato observadas.

A obrigatoriedade da motivação é duplamente consagrada pela Constituição Federal de 1988 nos artigos 5º, inciso LXI e 93, inciso IX.

Por fim, é preciso acrescentar que no ordenamento pátrio vigente qualquer medida que abranja direitos fundamentais, neste caso o direito a liberdade, deve ser proporcional aos objetivos desejados. Nesse diapasão, Gomes Filho (2011, p. 26):

Em relação às medidas cautelares processuais-penais, a observância da proporcionalidade é fundamental, pois se a adoção antecipada de providências que constituiriam o resultado do processo – depois de uma cognição completa dos elementos existentes nos autos e com amplo debate contraditório entre os interessados -, é excepcional, deve também ser criteriosa, somente se legitimando após uma rigorosa ponderação dos interessados em jogo.

Assim, é indispensável que em um Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade sirva não só para delimitar a atividade legislativa como também para orientar o magistrado na aplicação de qualquer medida que restrinja direitos fundamentais.

4.2 ASPECTOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

Consoante disposição do artigo 310 do Código de Processo Penal, o magistrado deverá se manifestar acerca da possível concessão de medida cautelar diversa da prisão, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, a saber:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
I - relaxar a prisão ilegal; ou
II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Este artigo se apresenta em conformidade com o artigo 321, do Código de Processo Penal, o qual prevê:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Destarte, ao receber o auto de flagrante, deverá o juiz relaxar a prisão se está for ilegal; conceder a liberdade provisória, diante da ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, cumulada com as medidas cautelares diversas da prisão, se necessário; ou decretar a prisão preventiva, se estiverem presentes os requisitos autorizadores desta, e desde que restem insuficientes ou inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão. Nesse sentido, destaca Silvio Maciel (2011, p.134) que “a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão passou a ser mais um requisito para o cabimento da prisão preventiva”.

É importante salientar, que para ser concedida medida cautelar de natureza pessoal, é fundamental que estejam presentes os pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. O primeiro pressuposto refere-se à existência de provas de materialidade e de indícios suficientes de autoria, enquanto o segundo corresponde ao perigo concreto que o acusado representa para a *persecutio criminis* se permanecer em liberdade. Nessa tônica, Lima (2011, p. 38) assevera:

Como espécies de provimentos de natureza cautelar, as medidas cautelares de natureza pessoal jamais poderão ser adotadas como efeito automático da prática de determinada infração penal. Sua decretação também está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. [...] Apesar do art. 282 do CPP não exigir expressamente a presença *fumus comissi delicti* para adoção das medidas cautelares diversas da prisão, mas apenas que a medida seja necessária e adequada (CPP, art.283, § 1º), não se pode perder de vista que estamos diante de um provimento de natureza cautelar.

Por isso, é de suma importância também, a observância da presença de tais pressupostos em relação às medidas cautelares alternativas à prisão, por tratarem-se de provimento de natureza cautelar.

Além dos pressupostos mencionados, para que haja a decretação das medidas cautelares alternativas à prisão, de acordo com o artigo 282 do Código de Processo Penal, é necessário que sejam verificados os requisitos da necessidade e adequabilidade, a saber:

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.

O inciso I, do artigo 282, do Código de Processo Penal, elenca três hipóteses de admissibilidade, entretanto só basta a presença de uma delas para que o requisito da necessidade reste configurado. Acerca das duas primeiras hipóteses, Nucci (2012, p. 620):

A aplicação da lei penal associa-se, em menor grau, ao requisito da prisão preventiva – para assegurar a lei penal – previsto, também, no art.312 CPP. Esse elemento é ligado, como regra, à possibilidade de fuga do agente crime. [...] A investigação ou instrução criminal vincula-se, em menor grau, ao elemento da preventiva – por conveniência da instrução criminal – conforme art. 312 do CPP. Normalmente, visualiza-se esse requisito quando o indiciado ou réu perturba a colheita de prova de alguma forma.

É válido ressaltar, que devido este dispositivo elencar dois requisitos semelhantes aos requisitos autorizadores da prisão preventiva, configura-se um equívoco associar que uma medida cautelar diversa da prisão só pode ser decretada quando não cabível a prisão preventiva, visto que a medida cautelar diversa da prisão toma como critério as mesmas circunstâncias que justificam a aplicação da prisão preventiva. Portanto, se o juiz chegar à conclusão de que tanto a aplicação da prisão preventiva como a aplicação da medida cautelar diversa da prisão, é possível, e ambas são capazes de alcançar o fim proposto, deverá eleger a medida menos gravosa, objetivando preservar a liberdade de locomoção do agente. Nesse sentido, Cruz (2006, p.141):

A prisão preventiva é cabível, mas a sua decretação não se mostra necessária, porque, em avaliação judicial concreta e razoável, devidamente motivada, considera-se suficiente para produzir o mesmo resultado a adoção da medida cautelar menos gravosa.

Compartilhando deste mesmo entendimento, Gomes (2011, p. 52) preceitua: “A relação que permeia o princípio da necessidade é a fundada nos custos e benefícios. Se uma medida alternativa ou substitutiva é suficiente, deve-se evitar a prisão”.

Além das hipóteses já conhecidas, o inciso I ainda trouxe uma nova hipótese, a inevitabilidade da prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos em lei, ou seja, visando as medidas cautelares diversas da prisão presentes nos incisos II, VI e VII, do artigo 319, do Código de Processo Penal.

O inciso II trata do requisito da adequabilidade para aplicação da medida, ou seja, de acordo com este dispositivo, deve ser analisado o crime, as circunstâncias em que este ocorreu, e o seu autor, como o fim de se chegar à medida cautelar diversa da prisão mais adequada.

Assim, em relação à gravidade do delito, entende-se que esta deve ser aferida de modo concreto, e não na sua forma abstrata; as circunstâncias do fato estão ligadas as qualificadoras/privilégios e causas de aumento e de diminuição que também devem ser consideradas neste momento; e as condições pessoais do acusado que devem ser observadas, são as elencadas no artigo 59 do Código Penal, utilizadas para a individualização da pena (NUCCI, 2011).

Cumprido esclarecer, ainda, que conforme disposição do artigo 283, §1º, do Código de Processo Penal, “as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”, ou seja, a medida cautelar só poderá ser concedida se a infração praticada pelo acusado for cominada com pena privativa de liberdade.

Em suma, conclui-se que, para haver a concessão da medida cautelar diversa da prisão, é necessário: presença dos pressupostos *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*; observância dos critérios legais de necessidade e adequabilidade, e, por fim, que a infração praticada pelo acusado seja cominada com pena privativa de liberdade.

O artigo 282, §1º, do Código de Processo Penal dispõe que “as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”, isto quer dizer que dependendo da necessidade e da adequação ao caso concreto, poderá o magistrado aplicar uma, ou mais de uma medida acautelatória ao acusado, desde que haja compatibilidade entre elas. Devendo o juiz optar sempre pela que se apresentar menos gravosa.

No que diz respeito à decretação e a legitimidade para requerer as medidas cautelares alternativas à prisão, estabelece o artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal:

Art. 282 [...]

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Nessa mesma linha, o artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal, prevê:

Art. 282 [...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

A partir da leitura destes dispositivos, infere-se que no decorrer da fase investigativa só é possível a decretação de medidas cautelares por meio de provocação da autoridade policial ou do Ministério Público, enquanto na fase processual é possível que tais medidas sejam decretadas pelo juiz de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente.

Deste modo, nota-se que durante a fase de investigação, é proibido ao juiz decretar medida cautelar de ofício, uma vez que, se o fizesse, estaria desrespeitando o sistema acusatório, o qual é caracterizado pela rígida separação entre juiz e acusador, e a paridade entre acusação e defesa (FERRAJOLI, 2006). Sobre esta proibição, elucida Gomes (2011, p.68):

É inconstitucional a decretação de medidas cautelares 'de ofício' na fase pré-processual. Essa iniciativa vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e defesa como funções essenciais ao exercício de jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual.

Ademais, graves prejuízos seriam acarretados a imparcialidade do juiz se fosse possível sua intervenção de ofício na decretação de medida cautelar durante a fase investigatória.

Outra inovação trazida pela Lei nº 12.403/11 diz respeito à imposição do contraditório prévio à decretação da medida cautelar, previsto no artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, a saber:

Art. 282 [...]

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Antes, prevalecia o entendimento de que somente era possível a intervenção defensiva do acusado ou do seu advogado em momento posterior a decretação da prisão cautelar, com o fim de evitar a frustração da medida a ser imposta, agora, a regra é que o acusado deve ser intimado para contra-argumentar a possível aplicação da medida, o que permite ao magistrado chegar à conclusão da necessidade da imposição, ou não, da medida e, em sendo, qual delas é a mais adequada ao caso concreto (LIMA, 2011).

Por outro lado, observa-se que o referido parágrafo não faz alusão ao contraditório prévio na hipótese da medida ser decretada de ofício pelo juiz, nem na hipótese de haver descumprimento da medida, prevista no artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal. Lima (2011, p. 50) defende que mesmo nesses casos, deve-se abrir oportunidade ao contraditório prévio:

Ao nosso ver, não há justificativa razoável para esse tratamento desigual. Ora, se a lei passou a exigir, pelo menos em regra, o contraditório prévio à decretação da medida cautelar, este deve ser observado não só quando houver pedido formulado pelas partes, como também quando a medida for decretada de ofício pelo magistrado, ou quando resultar descumprimento de obrigações impostas por meio de outras medidas cautelares.

Ressalte-se, ainda, que o próprio artigo dispensa o contraditório prévio nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, todavia neste caso a restrição ao direito de defesa não fere os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que tal restrição se justifica por ser uma forma de preservar a eficácia processual. Além disso, é possível a defesa impetrar habeas corpus posteriormente a aplicação da medida, arguindo a adoção da mesma.

A manutenção da medida cautelar depende da subsistência dos motivos que a ensejaram, assim prevê o artigo 282, §5º, do Código de Processo Penal “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Conforme Gomes (2011, p. 74):

Isso significa que, em matéria de medidas cautelares a decisão do juiz é sempre “*rebus sic stantibus*”. Quando desaparece o motivo da prisão (por exemplo) cabe ao juiz revogá-la. Se o motivo volta, pode o juiz decretá-la novamente.

Diante desse quadro, faz-se mister que o magistrado exerça sempre um controle sobre a permanência das condições que ensejaram a decretação da medida. Nesse contexto, Lima (2011, p. 53) salienta:

[...] o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público editaram Resolução Conjunta (Resolução nº 01, de 29 de novembro de 2009) a fim de institucionalizar mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas. De acordo com o art. 1º da referida Resolução, as unidades do Poder Judiciário e do Ministério Público, com competência em matéria criminal, infracional e de execução penal, implantarão mecanismos que permitam, com periodicidade mínima anual, a revisão da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas. Especificamente em relação a prisão provisória, a Resolução estabelece que a revisão consistirá na avaliação de sua duração e dos requisitos que a ensejaram (art. 2º) Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, esse art. 1º deve ser interpretado extensivamente, para se entender que essa verificação com periodicidade mínima anual deve abranger não só as prisões provisórias, como todas as demais medidas cautelares.

Deste modo, resta claro que o ordenamento vigente já caminha na direção da implantação de soluções, para que, seja exercido com eficiência o controle necessário sobre as medidas que restringem a liberdade de locomoção do indivíduo, visando, antes de tudo, a preservação desta. Logo, amolda o sistema ao discurso e efetividade de direitos fundamentais.

4.3 DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UMA REFLEXÃO JURÍDICA

As medidas cautelares alternativas à prisão introduzidas pela Lei nº 12.403/11, surgiram com o mesmo fim da custódia cautelar, qual seja assegurar a *persecutio criminis*, porém com a vantagem de serem menos invasivas à liberdade do indivíduo que aquela.

Ocorre que, tais medidas estão sujeitas a serem descumpridas, destacando-se nesse contexto o artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal, que menciona o seguinte:

Art. 282 [...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

Por sua vez, o artigo 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em concordância com o artigo supramencionado, dispõe que “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)”.

Diante do descumprimento injustificado das obrigações impostas por força das medidas cautelares alternativas à prisão, chega-se a conclusão de que a(s) medida(s) cautelar(es) inicialmente imposta(s) não foi capaz de cumprir o seu fim principal, portanto, nova medida pode ser imposta em substituição a esta, ou outra em cumulação, e por fim, se todas essas providências não forem suficientes, poderá ser decretada a prisão preventiva, em último caso.

Percebe-se, com isso, que a lei coloca como última opção no caso de descumprimento, a prisão preventiva, porém, como se sabe, para que haja a decretação da custódia cautelar, é necessário que sejam preenchidos os requisitos legais estabelecidos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Todavia, à aludida lei foi criada com um aparente conflito de normas, pois não deixa claro se a prisão preventiva deverá ser decretada em caso de descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, quando não for legalmente admissível a sua aplicação.

Nesse cenário, suponha-se que um homem acusado pela prática de um crime doloso punido com pena máxima cominada inferior a 4 anos, descumpra reiteradamente medidas cautelares diversas da prisão, já tendo sido anteriormente impostas outras em substituição e cumulação, sendo necessário, agora, a aplicação do último recurso, qual seja, a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal. Entretanto, conforme disposição do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só será admitida

“nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”.

Neste caso, seria possível decretar a prisão preventiva quando o artigo 313, do Código de Processo Penal, não admite essa possibilidade, e o artigo 282, § 4º, do mesmo diploma legal, propõe a sua adoção como último recurso, tendo em vista que as medidas cautelares diversas da prisão não foram suficientes para assegurar a persecução penal.

Partindo-se de tal premissa, duas correntes se formam. A primeira corrente entende que mesmo diante da ausência de requisito autorizador da prisão preventiva, a sua decretação é medida que se impõe, pois o artigo 282, §4º e o artigo 312, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, ao preverem a possibilidade de decretação da custódia cautelar, em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão, originaram uma nova espécie de prisão preventiva, com o fim de estabelecer força coercitiva às medidas alternativas à prisão e, por isso, capaz de dispensar os requisitos limitativos da determinação de prisão preventiva, previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Nesse esteio, Sannini Neto (2011)⁵ compartilha asseverando:

Essa espécie de prisão preventiva tem a função de garantir a execução das medidas cautelares diversas da prisão e não se submete aos limites expostos no artigo 313, do CPP, sendo adotada sempre que se constatar o descumprimento de medidas cautelares anteriormente decretadas.

Na lição de Oliveira (2011, p.554):

Bastará o descumprimento da medida cautelar imposta e a reafirmação da necessidade da prisão, segundo os requisitos do art. 312, CPP, independentemente das circunstâncias e das hipóteses arroladas no art. 313. Do contrário, a imposição de medida cautelar somente seria cabível para as situações descritas no art. 313, CPP, o que não parece corresponder, nem ao texto legal e nem à estrutura normativa das novas cautelares pessoais. Nesse último caso, a preventiva surge como medida de caráter subsidiário, vinculada ao descumprimento de providência menos onerosa, fato esse que, em tese, seria indicativo da presença dos requisitos do art. 312, CPP.

⁵ SANNINI NETO, Francisco. **Prisão preventiva e o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20649>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

Nessa mesma linha, Nucci (2011, p.68) esclarece:

As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento das cadeias. Porém, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282, § 4º, parte final, do CPP, pode-se decretar a preventiva, como última opção (a qualquer espécie de delito).

Perante o descumprimento reiterado das medidas cautelares alternativas, os defensores dessa corrente ainda argumentam que é em vão continuar impondo uma medida em substituição, ou em cumulação com outras, se as mesmas já se mostraram insuficientes, necessitando, pois, o magistrado de uma medida mais eficaz como a prisão preventiva para assegurar a persecução penal. Nesse sentido, Smanio (2011, p. 38): “o descumprimento das medidas cautelares ficaria sem sanção adequada, perdendo a sua finalidade processual de ser medida alternativa à prisão e à liberdade provisória”.

Nucci (2012, p. 623), vai além, e acrescenta que mesmo no caso de descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão pelos acusados acobertados pela hipótese elencada no inciso I, do artigo 313, do Código de Processo Penal, a segregação cautelar deve ser imposta, caso contrário, “gera-se o absurdo da impunidade, permitindo-se que uma faixa de autores de crime façam o que quiserem, pois estariam imunes à força coercitiva estatal”.

Deste modo, observa-se que esta corrente defende a adoção da prisão preventiva mesmo na ausência dos seus requisitos ensejadores, justificando que o faz por ser uma maneira de preservar a credibilidade do sistema judiciário, e especialmente a eficácia das medidas cautelares diversas da prisão.

Entretanto, tal corrente não considera a possibilidade de ser feita uma interpretação sistemática do artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal, ignorando, desta forma, critérios legais estabelecidos para a decretação da segregação cautelar, bem como também não considera o fato do extenso rol de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, dar margem a inúmeras combinações que podem ser adequadas ao caso concreto, de modo a assegurar a persecução penal, sem a necessidade da imposição do cárcere.

Outrossim, pode sujeitar aos malefícios do cárcere um acusado, que em caso de condenação, em tese, teria imposta apenas pena restritiva de direito ou cumpriria sua pena em regime aberto.

Com isso, conclui-se que esta corrente privilegia a segurança pública em detrimento da liberdade do acusado, que é considerada depois da vida, um dos bens mais valiosos do ser humano.

Mais uma vez se observa o destaque conferido à defesa social sobreposta aos ideais garantistas; estes muito próprios do processo no Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, a segunda corrente defende a imposição da prisão preventiva somente na presença dos seus requisitos autorizadores, previstos nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, ainda que na hipótese de descumprimento de medida cautelar diversa da prisão. Nesta trilha, Lima (2011, p. 51) assevera:

Diante do descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das medidas cautelares do art. 319, a decretação da prisão preventiva só poderá ser decretada se preenchido um dos requisitos elencados nos incisos ou no parágrafo único do art. 313 do CPP.

Compartilhando deste entendimento, Cunha (2011, p. 153):

Mesmo aqui entendemos imprescindível ponderar a presença das condições de admissibilidade previstas no artigo 313 do CPP. Raciocínio diverso, além de fomentar a prisão provisória fora dos casos permitidos por lei, não observa que o art. 313 se aplica a todas as hipóteses do art. 312, não excepcionando o seu parágrafo único.

Nesse contexto, Fraga (2012, p. 29) adverte que o julgador não pode utilizar-se da discricionariedade, argumentando:

A lei é clara e impõe limites ao julgador, cabendo a esse respeitá-los, pois só assim estará fortalecendo o Estado Democrático de Direito. Neste passo, agir em sentido contrário, invocando suposto senso pessoal de justiça, implica perigosa atitude arbitrada, que deve ser severamente rechaçada.

Para essa corrente, os artigos que dispõe sobre o descumprimento de medida cautelar não podem ser interpretados de forma isolada, alegando a imprescindibilidade de uma interpretação sistemática no presente caso.

Nesse diapasão, Lopes Júnior (2011, p. 156):

Em nossa opinião, ainda que o artigo 313 discipline os limites da aplicação da prisão preventiva, também deverá ser utilizado como balizador nas medidas cautelares diversas, não só por uma questão de coerência e harmonia do sistema cautelar (imposto pela necessária interpretação sistêmica), mas também pelos seu inegável caráter substitutivo, artigo 282, § 6º do C.P.P.

Bottini (2011)⁶ ainda acrescenta a real intenção do legislador ao não permitir a prisão preventiva nesta hipótese, com base no projeto de alteração completa do Código de Processo Penal, apresentando a seguinte solução:

Em análise inicial, nos parece que a vedação à prisão preventiva do art. 313 impede a aplicação dessa cautelar mesmo diante do descumprimento reiterado de outras medidas, porque a controvérsia legal se resolve em prol da liberdade. Ademais, quisesse o legislador permitir a prisão nesses casos, o faria expressamente, como o faz o projeto de alteração completa do CPP que tramita no Congresso Nacional (PLS 156/09), dispondo que "não incidem as vedações" de prisão cautelar "na hipótese de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais". A inexistência dessa ressalva na lei aprovada aponta para a impossibilidade de determinar a prisão preventiva nos casos previstos no art. 313, mesmo que o réu descumpra as demais cautelares, sem prejuízo das sanções autônomas impostas à desobediência à ordem judicial.

Em relação à chamada prisão preventiva subsidiária prevista no artigo 282, § 4º, e no artigo 312, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, defendida por uns como uma espécie autônoma de prisão preventiva capaz dispensar os requisitos limitativos do artigo 313 do mesmo diploma legal, Fraga (2012, p. 30) esclarece:

[...] mesmo que se invoque o artigo 312, parágrafo único do C.P.P., não há qualquer respaldo legal para, nestes casos, decretar a prisão preventiva em razão do descumprimento da cautelar. Trata-se de medida ilegal e que viola de forma clara e direta o que está escrito no artigo 313 do C.P.P.. Tal dispositivo legal não pode, de forma alguma, ser deixado de lado no momento da análise de qualquer decreto preventivo, seja decorrente de conversão de flagrante, seja no curso do processo ou inquirido, seja em função de descumprimento de medida cautelar porventura aplicada.

⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11)**. Disponível em: <<http://dpmg.jusbrasil.com.br/noticias/2773599/medidas-cautelares-penais-lei-12403-11>> Acesso em: 18 mar. 2013.

Alguns defensores desta corrente, ainda alertam para o fato de que não seria razoável impor prisão preventiva ao acusado que comete crime doloso punido com pena privativa máxima cominada igual ou inferior a 4 (quatro) anos, uma vez que neste caso é possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, desde que observados os requisitos necessários para a concessão desta.

Logo, faz-se imperativo evitar a imposição de uma medida cautelar mais grave do que a que viria a ser imposta em caso de condenação, como bem observa Fraga (2011, p. 28):

A nova sistemática processual penal consolidou a ideia de que deve haver proporcionalidade entre a medida aplicada cautelarmente e o resultado possível do processo, não sendo razoável impor situação gravosa àquele que, no final, mesmo se condenado, incorrerá em situação mais benéfica.

Nessa mesma esteira, Bottini (2011)⁷:

Não há sentido em determinar o recolhimento cautelar fechado durante o processo quando o réu é primário e a pena final que se quer assegurar é menos aflitiva que o próprio meio para sua garantia. Nada impede, no entanto, que outra cautelar seja imposta para resguardar a ordem processual.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido pela inaplicabilidade da prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar, sem a observância dos seus requisitos autorizadores, como demonstra o julgado a seguir transcrito:

Habeas corpus. 2. Estelionato. Uso de documento falso e de entorpecentes. 3. Ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Constrangimento ilegal configurado. Superação da Súmula 691. 4. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade da aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP. 5. Ordem concedida, confirmando a liminar. (STF. HC 112731/RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª turma, Brasília, DF, Data do julgamento 25/09/2012, DJ 10/10/2012)

⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11)**. Disponível em: <<http://dp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2773599/medidas-cautelares-penais-lei-12403-11>> Acesso em: 18 mar. 2013.

Este também tem sido o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a saber:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ART. 319 DO CPP. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011 NO CPP. DESCUMPRIMENTO PELO PACIENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com a Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva poderá ser determinada, se, observada a presença dos requisitos do art. 312 e art. 313 do CPP, ou seja, quando presentes os requisitos da necessidade e adequação, bem como quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar, conforme preceitua o art. 282, incisos I, II e § 6º, do CPP, ou, ainda, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 312, parágrafo único, do CPP).

2. No caso, a situação do paciente encontra-se inserida na hipótese do parágrafo único do art. 312 do CPP, pois, advertido de que o descumprimento das medidas cautelares substitutivas à prisão ou que a prática de novos delitos poderiam ensejar a nova decretação de sua prisão preventiva, conforme consta da decisão de fls. 70/75, ignorou a ordem judicial, transgredindo as condições impostas pelo MM. Juízo *a quo*, por mais de uma vez, como informou a autoridade policial quando de nova representação pela prisão do paciente.

3. O fato de ser o paciente primário e de possuir residência fixa, não constitui impeditivo, por si, para a segregação cautelar, se outros motivos se fizerem presentes, a teor do disposto no art. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

4. Constatada a necessidade da prisão preventiva na hipótese sob exame, bem como a inadequação da decretação de outra medida cautelar, prevista no art. 319 do CPP, não se verifica, *data venia*, fundamento jurídico a ensejar a concessão do *writ*.

5. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.

(TRF. 1ª Região. HC 72454/AM, Rel. Ministro Desembargador Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes, 4ª Turma, Data de Julgamento 24/07/2012, DJ 18/09/2012).

O Tribunal de Justiça do Paraná, por sua vez, ao tratar deste ponto, deixou claro que a somatória das penas em concurso material era maior do que 4 (quatro) anos, e portanto, cabível a prisão preventiva face o descumprimento das medidas cautelares, como demonstra o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS CRIME. DISPARO DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO DE DROGAS (RESPECTIVAMENTE, ARTS. 15, DA LEI 10.826/2003, E 33, DA LEI 11.343/2006). REVOGAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA EM RAZÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE PELO COMETIMENTO, EM TESE, DE CINCO NOVOS DELITOS. PRISÃO PREVENTIVA. CABIMENTO. INDÍCIOS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA. SOMATÓRIO, EM CONCURSO MATERIAL, DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE MÁXIMAS SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA

CAUTELAR ANTERIORMENTE IMPOSTA. PROPENSÃO À REITERAÇÃO CRIMINOSA. INEFICÁCIA DAS MEDIDAS DIVERSAS DA PRISÃO. SEGREGAÇÃO NECESSÁRIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DENEGADA.
(TJPR. HC 895128-6, Relator: Lídia Maejima, Data de Julgamento: 12/04/2012, 2ª Câmara Criminal)

Destarte, constata-se que o atual posicionamento dos tribunais pátrios desenha-se no sentido da aplicabilidade da prisão preventiva somente na presença dos seus requisitos autorizadores, previstos nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, ainda que a causa autorizadora da medida de constrição traduza-se na hipótese de descumprimento de medida cautelar diversa da prisão.

Como foi visto tem prevalecido a corrente que prima pela estrita legalidade, na medida em que defende a impossibilidade da aplicação da prisão preventiva no caso de descumprimento de medida cautelar diversa da prisão, se não estiverem presentes os requisitos estabelecidos nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Para tanto, justifica-se que é essencial que haja uma interpretação sistemática do artigo 282, § 4º, e do artigo 312, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, o que conduz seguramente a essa conclusão. Argumenta-se, ainda, que a lei impõe limites à prisão preventiva que devem ser respeitados, não devendo o magistrado agir de forma discricionária, de maneira a enfraquecer o Estado Democrático de Direito. Ademais, alega que não faria sentido aplicar uma medida processual mais gravosa que aquela provavelmente imposta ao acusado, ao final do processo, em caso de uma possível condenação. Em suma, esta corrente preza pelo respeito à legalidade, preservando o Estado Democrático de Direito e resguardando o valioso bem que é a liberdade do indivíduo.

Nesta conjuntura, visualiza-se que o posicionamento hodiernamente adotado na seara dos tribunais, inclina-se na direção da não imposição da prisão preventiva quando da ausência de seus requisitos autorizadores, ainda que na hipótese de descumprimento de medida cautelar diversa da prisão. Deste modo, a liberdade do indivíduo, considerada como regra, deve ser sobrevalorizada, de sorte que, a sua restrição/constrição só deve ser imposta a título cautelar e na presença dos requisitos legais que autorizem tal ato.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou um aparente conflito de normas trazido pela Lei nº 12.403/11, em torno da possível aplicação de prisão preventiva face o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão, como *ultima ratio*, quando não estão presentes todos os requisitos autorizadores da segregação cautelar. A proposta central apresentada foi uma análise deste conflito que permeia de temerária insegurança jurídica o ordenamento jurídico atual.

Para tanto, restou explanada a evolução histórico-jurídica da pena, e assim, se observou que, em sua origem, verdadeiras atrocidades eram cometidas como forma de punir o indivíduo pela ofensa por ele praticada, as penas eram as mais cruéis possíveis, e muitas acarretavam a morte. No início, possuíam um caráter de vingança, e apenas com a evolução racional do homem e o desenvolvimento da sociedade, foi-se criando uma mentalidade de que a pena deveria ser proporcional ao delito e determinada por lei, de modo que, como o passar dos tempos, adquiriu a pena o caráter que hoje assume, ou seja, caráter ressocializador.

Ademais, verificou-se que a pena de prisão surgiu como demonstração máxima do poder de punir do Estado. O que conduz à reflexão de que nos dias atuais, somente deve ser imposta quando há violação a bens jurídicos valorados com essenciais, como pôde constatar-se a partir da abolição da prisão civil por dívida, tendo em vista que a dívida não é um bem jurídico essencial, e que no ordenamento jurídico pátrio existem outros meios capazes de assegurar a sua cobrança, que não requerem a implicação de constrição da liberdade do devedor. Nesse esteio, pontifica a conclusão acerca da necessária prudência judicial antes de determinar qualquer medida de privação da liberdade.

Demonstrado ficou, igualmente, qual o caminho processual para que haja a aplicação da prisão preventiva, especificando seus pressupostos, hipóteses de decretação e admissibilidade, bem como o excesso de prazo na sua duração capaz de configurar ilegalidade. Nesse contexto, verificou-se que a segregação cautelar só deve ser efetuada nas hipóteses previstas em lei, uma vez que estas conferem limites a sua aplicação, em observância ao caráter de excepcionalidade que a mesma possui, na medida em que priva o acusado de sua liberdade, antes mesmo de ser apurada a sua responsabilidade penal.

Por último foram apresentados os aspectos gerais das medidas cautelares alternativas à prisão, abordando desde sua função no ordenamento jurídico pátrio, passando pelas hipóteses que autorizam sua concessão, até chegar aos princípios constitucionais que norteiam o processo penal, com o escopo de melhor analisar o conflito jurídico resultante da possibilidade de aplicação de prisão preventiva, sem a observância dos seus requisitos legais autorizadores, face o descumprimento, pelo acusado, das medidas cautelares alternativas a prisão.

Neste ponto foi feita uma explanação sobre as duas correntes divergentes que circundam a problemática, e constatou-se que a primeira corrente preza pela segurança jurídica em detrimento da liberdade, ao defender a aplicação da prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar, na ausência dos requisitos autorizadores deste instituto, alegando ter sido criada uma espécie de prisão preventiva autônoma, capaz de dispensar a observância de tais requisitos.

Enquanto a segunda, prima pela estrita legalidade, como forma de fortalecer o estado democrático de direito, na medida em que argumenta que deve ser feita uma interpretação sistemática dos dispositivos que regulam a aplicação da prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar, com os dispositivos que limitam a imposição da custódia cautelar.

Com intuito de ilustrar o foco central da pesquisa, foi apresentada breve pesquisa jurisprudencial acerca deste conflito, a qual permitiu visualizar que o posicionamento hodierno adotado na seara dos tribunais, inclina-se na direção desta última corrente.

Desta forma, foram alcançados todos os objetivos a que se propôs o trabalho monográfico, haja vista que foi delineada a evolução histórica do instituto da prisão no ordenamento jurídico brasileiro, bem como foram verificadas as hipóteses de cabimento da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito, à luz da nova sistemática legal, e por fim, foi analisado o conflito jurídico resultante da possibilidade de aplicação de prisão preventiva, face o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão à luz dos princípios constitucionais que regem o processo penal, identificando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca deste conflito.

Ante o estudo, constatou-se que a pretensão da Lei nº 12.403/11 é valorar o princípio da presunção de inocência, na medida em que ao introduzir as medidas cautelares diversas da prisão no ordenamento jurídico pátrio, e ao estabelecer em

inúmeros dispositivos que a prisão preventiva só será cabível quando restarem insuficientes ou inadequadas estas, proporcionou um caráter ainda mais excepcional à custódia cautelar, de sorte que, esta mudança trouxe uma visão mais constitucional a *persecutio criminis*.

Com isso, diante do conflito jurídico apresentado, concluiu-se que devem os intérpretes do direito buscar entendimentos harmoniosos voltados principalmente às normas constitucionais, ressalvando-se que devem ser afastadas interpretações extensivas que prejudiquem direitos fundamentais, uma vez que o Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, garantista dos bens jurídicos mais relevantes, tal como a liberdade.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TAVORÁ, Nestor. 7.ed. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **As prisões e o Direito Penitenciário no Brasil**. Jus Vigililandibus, mar. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/24913>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11)**. Disponível em: <<http://dp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2773599/medidas-cautelares-penais-lei-12403-11>> Acesso em: 18 mar. 2013.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941 - Código de Processo Penal Brasileiro, Rio de Janeiro, RJ, **Diário Oficial da União**: 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília, DF, **Diário Oficial da União**: 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Brasília, DF, **Diário Oficial da União** em: 4 mai. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. Decreto Nº 4.346, de 26 de Agosto de 2002 - Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências, Brasília, DF, **Diário Oficial da União**: 27 ago. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 14.270/SP**. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12/12/2000, Publicação no DJ: 19 mar. 2001. Disponível em <<http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/caodpp/jurisprudencia/jurisprudencia.asp?pagina=299&iCid=&sNPr=&dAji=&dAjf=&iAss=0&sReq>>. Acesso em : 19 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 116815/SP**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia j. 18/12/2008, Publicação no DJ: 16 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2465979/habeas-corpus-hc-116815-sp-2008-0214929-0-stj>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 29.993/SC**. Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 15/03/2004, Publicação no DJ: 10 mai. 2004. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev2/files/JUS2/STJ/IT/HC_29293_SC_1266880163325.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 87585/TO**. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/12/2008, Publicação no DJ: 25 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716538/habeas-corpus-hc-87585-to-stf>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 103881/MG**. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 31/08/2010, Publicação no DJ: 22 out. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16794970/habeas-corpus-hc-103881-mg-stf>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 112731/RJ**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/09/2012, Publicação no DJ: 10 out. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22470341/habeas-corpus-hc-112731-rj-stf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 440**: HC 88905/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/09/2006, Publicação no DJ: 13 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo440.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal. **HC 72454/AM**. Rel. Des. Fed. Italo Fioravanti Sabo Mendes, j. 24/07/2012, Publicação no DJ: 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22419616/habeas-corpus-hc-72454-am-0072454-2720114010000-trf1>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. et al. **Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011**. In.: MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FABBRINI, Renato N; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.1.v.

FEITOSA, Priscila Mâcedo. **História e evolução da pena de prisão**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/historia-e-evolucao-da-pena-de-prisao/77602/#ixzz2GZ7JSiOD>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGA, Alberto. Medidas Cautelares e Decretação de Prisão Preventiva na Legislação Vigente. In: BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; CASARA, Rubens Roberto Rebello; NICOLITT, André Luiz (Coord.). **O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. et al. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/11, de 04.05.2011**. In: FERNANDES, Og (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES NETO, Pedro Rates. **A prisão e o sistema penitenciário: uma visão histórica**. Canoas: Ulbra, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACIEL, Silvio. et al. **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. In.: MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/11, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **HC 8951286 PR**. Rel. Lidia Maejima, j. 12/04/2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21575222/8951286-pr-895128-6-acordao-tjpr>. Acesso em: 20 mar. 2013.

PRACIANO, Elisabeba Rebouças Tomé. **O direito de punir na Constituição de 1988 e os Reflexos na execução da pena privativa de liberdade**. Disponível em: <www.unifor.br/oul/unsecure.jsp?conteudosite/?cdConteudo=2055612>. Acesso em: 03 jan. 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANNINI NETO, Francisco. **Prisão preventiva e o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20649>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Comentários à Lei n. 12.403/2011 – medidas cautelares no Processo Penal. In.: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS, Wallace Paivar (Org.). **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011**. São Paulo: Edições APMP, 2011.