



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS

LUCAS PAZETO

**MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E A
EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA**

Uberlândia/MG

2017

Lucas Pazeto

**MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E A
EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Simone Silva Prudêncio

Uberlândia/MG

2017

Lucas Pazeto

**MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E A
EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Simone Silva Prudêncio

Banca examinadora:

Prof^ª. Dr^ª. Simone Silva Prudêncio – UFU

Orientadora

Prof^ª Flávia Cunha Rios Naves – UFU

Banca Examinadora

Uberlândia, _____ de dezembro de 2017

AGRADECIMENTOS

Gratidão, primeiramente, à Deus e ao Universo, que me permitiram o dom de ter uma vida tão extraordinária e incrível. A cada dia que passa, essa viagem na Terra se torna mais admirável e cheia de descobertas, me fazendo acordar muitas vezes com a sensação de que cada momento deve ser aproveitado com o máximo de entusiasmo. Minha vida tem sido guiada de um modo tão genial que só tem me despertado gratidão, alegria e muitos ensinamentos. “Conhece-te a ti mesmo”, “torna-te quem tu és”, e, então, você será legitimamente feliz.

Gratidão aos meus pais, que sempre se empenharam em me dar o melhor, me ensinaram as mais belas lições da vida e me fizeram uma pessoa de honra. Eles construíram com louvor a base de quem eu sou, a qual me dá um imenso orgulho.

Gratidão às minhas formidáveis irmãs, que são as verdadeiras luzes da minha vida e fonte inesgotável de inspiração, sucesso e muito amor. A cada dia eu percebo o quão abençoado eu sou por tê-las na minha vida e por me amarem tanto. Não é sorte, é benção.

Gratidão à minha Faculdade de Direito de Franca, onde iniciei o curso de Direito, mas que tive que deixar com o coração apertado porque a vida me mostrou que eu precisava explorar mais desse mundo e alcançar a minha liberdade. Os dois anos que passei lá foram tão incríveis, principalmente porque me deram verdadeiras e lindas amizades.

Gratidão ao meu incrível, ao meu melhor, ao meu amigo e irmão Silvio. Essa amizade que nasceu de maneira tão inesperada me faz ser grato todos os dias por tê-lo por perto. A paixão do *best*, a luz dos meus olhos, amor incondicional. O seu suporte e a sua amizade me fazem verdadeiramente feliz.

Gratidão à Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da UFU e seus incríveis mestres. Local que contribuiu para o meu desenvolvimento pessoal e intelectual, além de ter me presenteado com preciosas amizades. Amanda Zuffi, Amanda Rezende, Brenda, Karen, Thaís e Yasmin, vocês me acolheram tão bem e fazem minhas noites tão incrivelmente felizes que não tenho palavras para descrever o quão grato eu sou de tê-las comigo.

A todos os meus amigos, pela compreensão nos momentos em que me fiz ausente para que pudesse elaborar este trabalho com o melhor de mim. Muitas noites em claro, muitos compromissos desmarcados, mas por uma razão maior.

Por fim, gratidão à minha querida Professora Simone Silva Prudêncio. Foi uma pena tê-la conhecido somente no fim do curso. Este trabalho foi idealizado por ela, que soube sabiamente repassar seus conhecimentos e meios para sua elaboração.

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a importância e relevância das medidas cautelares alternativas no sistema processual penal brasileiro. Advindas com a Lei 12.403/11, as medidas cautelares alternativas à prisão acabaram com a anterior bipolaridade prisão e liberdade provisória, passando impor tutelas cautelares não tão gravosas quanto a constrição da liberdade, mas que, de certo modo, impõem limitações. Busca-se demonstrar também a importância dessas tutelas cautelares frente aos princípios que asseguram a dignidade e o respeito à liberdade do cidadão, além de demonstrar as benesses e problemas decorrentes da inovação. No mesmo sentido demonstrará os fundamentos, hipóteses de cabimento e a excepcionalidade da prisão preventiva. Será utilizado o método de abordagem dedutivo, com a seguinte premissa: as medidas cautelares diversas da prisão e a excepcionalidade da prisão preventiva à luz do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Medidas Cautelares Alternativas. Prisão Preventiva. Proporcionalidade. Excepcionalidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE DO CIDADÃO.....	09
2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	09
2.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	11
2.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	11
2.4 PRINCÍPIO DO DIREITO AO SILÊNCIO (NEMO TENETUR SE DEGETERE).....	12
2.5 HABEAS CORPUS.....	13
2.6 PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO.....	14
3. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	16
3.1 DEFINIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES E SUAS ESPÉCIES.....	16
3.1.1 Espécies de Medidas Cautelares.....	17
3.1.2 O Fim da Bipolaridade do Sistema Cautelar Brasileiro.....	18
3.2 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	19
3.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL.....	21
3.3.1 Princípio da Substitutividade.....	21
3.3.2 Princípio da Não-Taxatividade.....	21
3.3.3 Princípio da Provisionalidade.....	21
3.3.4 Princípio da Jurisdicionalidade e Motivação.....	22
3.3.5 Princípio da Sumariedade.....	22
3.3.6 Princípio da Proporcionalidade.....	23
3.3.1.1 <i>Requisitos intrínsecos do princípio da proporcionalidade.....</i>	<i>24</i>
3.4 PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E HIPÓTESES DE CABIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES DOS ARTS. 319 E 320 DO CPP.....	25
3.4.1 Pressupostos Das Medidas Cautelares Alternativas à Prisão.....	25
3.4.2 Requisitos Das Medidas Cautelares Alternativas à Prisão.....	26
3.4.3 Momento e Legitimidade.....	27
3.5 CARACTERÍSTICA: PREFIRIBILIDADE E CUMULATIVIDADE.....	28

3.6 REVOGAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	29
4. PRISÃO PREVENTIVA COMO <i>ULTIMA RATIO</i>.....	30
4.1 CONCEITO DE PRISÃO PREVENTIVA.....	30
4.2 MOMENTO E LEGITIMIDADE.....	30
4.3 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DE CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	31
4.3.1 Garantia da Ordem Pública.....	32
4.3.2 Garantia da Ordem Econômica.....	33
4.3.3 Garantia de Aplicação da Lei Penal.....	34
4.3.4 Conveniência da Instrução Criminal.....	34
4.4 PRISÃO PREVENTIVA E EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE.....	34
4.5 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA.....	35
4.5.1 Crimes Dolosos Punidos Com Pena Máxima Superior a 4 Anos.....	36
4.5.2 Investigado ou Acusado Condenado Por Outro Crime Doloso em Sentença Transitada em Julgado, Ressalvado o Disposto no art. 64, I do Código Penal.....	36
4.5.3 Quando 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.....	37
4.5.4 Dúvida Sobre a Identidade Civil da Pessoa.....	37
4.6 MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA E SUAS CARACTERÍSTICAS.....	38
4.7 CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO.....	40
4.7.1 Uso de Algemas e Necessidade de Fundamentação.....	40
4.8 PRISÃO PREVENTIVA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	42
4.9 EXCESSO E DEMORA NA PRISÃO PREVENTIVA.....	46
4.9.1 Hipóteses que Autorizam o Reconhecimento do Excesso de Prazo e o Princípio da Proporcionalidade.....	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
6. REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

No processo penal, a tutela cautelar se faz necessária para garantir a aplicabilidade da lei e garantir o bom funcionamento da função jurisdicional estatal pelo fato de, no curso do processo, haver demora para que se obtenha o provimento final e, com isso, há probabilidades do próprio acusado se ocultar e até mesmo prejudicar a investigação ou instrução criminal. Ainda, elas se fazem necessárias como um meio garantir a efetividade da execução da sanção penal. Em virtude disso, as medidas cautelares funcionam como uma garantia assecuratória desse provimento final.

A Lei n. 12.403/11 reformou diversos artigos do Código de Processo Penal e teve uma fundamental importância ao acabar com a bipolaridade do sistema crimina brasileiro: prisão cautelar ou liberdade provisória, trazendo um rol de medidas cautelares de natureza pessoal a serem aplicadas alternativamente ao cárcere privado, constituindo uma grande inovação e evolução para a garantia dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna. A mudança também teve como escopo desafogar o sistema carcerário brasileiro que antes se via saturado, guardando, em sua grande maioria, inúmeros presos ainda em cárcere preventivo até o julgamento.

Dessa forma, o presente trabalho se justifica na medida em que objetiva realizar uma análise das medidas cautelares no âmbito do processo penal, para demonstrar a problemática e os limites da prisão preventiva em relação às tutelas cautelares alternativas. Além disso, objetiva apontar as consequências do descumprimento de medidas cautelares impostas e a possibilidade da decretação da prisão preventiva sob o viés do princípio da proporcionalidade e da finalidade da pena. Trará, ainda, o estudo e interpretação das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva sob a luz dos princípios que as norteiam, com observância a seus fundamentos. Nesse sentido, o primeiro capítulo abordará os princípios da garantia da liberdade do cidadão, que devem guiar e orientar a aplicação de qualquer medida cautelar ou pena.

No segundo capítulo as medidas cautelares alternativas serão amplamente analisadas, desde o surgimento, hipóteses de cabimento e requisitos de prerifibilidade. A Lei nº 12.403/11 trouxe um vasto rol de cautelares alternativas à prisão e limitou a decretação da preventiva somente quando as demais não forem cabíveis, desta forma, tornou-se regra a excepcionalidade da medida e seu uso somente será possível quando nenhuma das outras medidas alternativas for cabível. Além disso, a mudança surge como uma tentativa de acabar com a banalização da

prisão preventiva e evitar que esta funcione como um cumprimento adiantado da pena, desviando completamente a sua finalidade cautelar e de *ultima ratio*.

Por fim, no terceiro capítulo serão verificados os aspectos gerais e requisitos de cabimento da prisão preventiva, comparando-a com as demais medidas cautelares alternativas de forma que se demonstre os fundamentos de sua excepcionalidade. Sendo o cárcere preventivo uma medida cautelar, há de se observar os limites para a sua aplicabilidade e durabilidade. Um importante conflito surge quando a lei permite, em último caso, a decretação da prisão preventiva quando há o descumprimento de cautelares alternativas anteriormente impostas. Nestas hipóteses, há de se verificar se os requisitos que autorizam a decretação da preventiva (art. 312 e 313 do CPP) estão de acordo com a necessidade do caso e com o princípio da proporcionalidade.

Nessa perspectiva, outra questão relevante a ser analisada se trata do excesso e a demora na prisão preventiva, que não tem um prazo legal de duração em nosso ordenamento jurídico, fazendo com que, muitas vezes, haja constrangimento ilegal pelo excesso e pela demora da prisão cautelar sem que tenha havido sentença. Tal circunstância fere os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal, desvirtuando totalmente a função cautelar da preventiva, a qual, em hipótese alguma, deve ser suprimida.

Buscando analisar a temática proposta, este trabalho será pautado pela perspectiva dogmática, buscando uma possível resposta à problemática, de forma a atingir a maior veracidade possível em seu processo de conhecimento pautado por um viés investigativo, explicativo e comparativo. Será utilizado o método de abordagem dedutivo, com a seguinte premissa: as medidas cautelares diversas da prisão e a excepcionalidade da prisão preventiva à luz do princípio da proporcionalidade.

O trabalho utilizará pesquisas bibliográficas, pautadas em doutrinas de autores renomados sobre o tema, artigos e sites da internet, visando maiores informações e aprofundamento. No mesmo sentido, é de suma importância a análise de leis e acórdãos pertinentes à problemática.

Busca-se, portanto, um estudo profundo e detalhado dos assuntos que abarcam os institutos das medidas cautelares alternativas à prisão e da prisão preventiva, de forma a se encontrar o meio menos gravoso para a aplicação das penalidades, visando, sempre, a proporcionalidade entre a medida e as condições que o caso exige para que se garanta, da melhor maneira, os direitos e garantias fundamentais do acusado.

2 GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE DO CIDADÃO

Os direitos e garantias fundamentais da liberdade do cidadão elencados na Constituição Federal de 1988 legitimam o conceito de Estado Democrático de Direito, funcionando verdadeiramente como freios a excessos e abusos do Estado para com os sujeitos, de forma a evitar possíveis arbitrariedades, sem, contudo, impedir a justa prestação jurisdicional. Nesse sentido, todos os ramos do Direito devem ser pautados por tais garantias constitucionais. Essas garantias são tidas como princípios, muitas vezes implícitos, e, em razão disso, devem nortear a aplicação das leis ao caso concreto, de forma a garantir sempre o seu efetivo cumprimento.

Na seara do processo penal a liberdade do indivíduo, que é uma garantia assegurada pelo Estado Democrático de Direito, é colocada em risco, seja por medidas cautelares de natureza pessoal, seja pela aplicação da própria sanção penal na sentença. Por isso, os princípios constitucionais relativos à liberdade vêm proteger e amparar os cidadãos que se encontram na condição de sujeito passivo de uma investigação ou ação penal, de maneira a guiar o aplicador e fazer cumprir a lei dentro de seus parâmetros de legalidade.

2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Considerado um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, a presunção de inocência, antes de constar expressamente na Constituição Federal de 1988, tem raízes na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. O princípio é encontrado ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 11.1: “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 à sua defesa”.

A Constituição Federal de 1988 passou a dispor de forma mais ampla e explicitamente em seu art. 5º, LVII que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Segundo LIMA (2016, p. 43), consiste em uma regra de tratamento fundada no direito de não ser o acusado declarado culpado sem que haja sentença transitada em julgado, quando do término do devido processo legal, em que ao acusado seja

garantido todos os seus direitos pertinentes à defesa para a refutação das provas apresentadas pela acusação.

Como a inocência é sempre presumida, cabe à acusação a incumbência de provar a culpa do acusado e demonstrar a veracidade dos fatos descritos na denúncia/queixa, detalhadamente de acordo com a legalidade do art. 41 do CPP que dispõe que: “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. NUCCI (2010, p. 81) observa que as pessoas nascem inocentes, sendo este o seu estado natural e, para que se quebre tal regra, é necessário que a acusação evidencie, com provas claras, a culpa do Réu. Ademais, cabe à acusação provar eventuais qualificadoras do fato típico.

Importante salientar que o princípio não afasta a constitucionalidade das medidas cautelares da prisão, pois não se fundam na análise de culpa, devendo, para tanto, estarem presentes indícios de autoria e materialidade, bem como o *periculum libertatis*, observados os requisitos previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal para que a excepcionalidade seja aplicada de maneira a garantir a ordem pública e a regular aplicação da lei penal.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em um primeiro momento, por 7 x 4, que a execução da pena antes do trânsito em julgado contrariava o art. 5º, LVII da C.F/88, ressalvada a hipótese de prisão cautelar nas previsões do CPP (HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, Inf 534/STF).

Contudo, em decisão recente, a suprema corte inovou e mudou o entendimento consolidado precisando que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência (HC. 126.292, j. 17/02/2016, DJE de 17/05/2016). Assim, a decisão permite o encarceramento por um afastamento da presunção de inocência sem o trânsito em julgado. A decisão se baseia no raciocínio de que o STJ ou STF não apreciam mais a questões de fato, sendo objeto de análise somente questões de caráter objetivo, o que permite, perfeitamente, que seja dado início ao cumprimento da pena ainda que pendentes tais recursos. Dessa forma, conforme leciona CANOTILHO (1993, p. 203), se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, certamente, poderá inviabilizar o processo penal.

O princípio da não culpabilidade visa assegurar ao acusado o direito de não ser tratado como culpado até que haja o trânsito em julgado definitivo da sentença. Essa regra de

tratamento deve ser válida ainda que tudo conspire em desfavor do acusado para que se garanta seus direitos constitucionais de forma a evitar sua estigmatização, funcionando como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial, nos dizeres de LOPES JR (2009, p. 47/48).

2.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Para a ocorrência do devido processo legal é indispensável o desenvolvimento do processo perante juiz competente e imparcial, mediante amplo acesso ao poder judiciário e com a preservação do contraditório e ampla defesa.

Nas linhas de NUCCI (2010, p. 95/96), o princípio do devido processo legal é o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais, construindo uma perspectiva a ser perseguida pelo Estado democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LIV traduz o princípio: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com isso, verifica-se que, para as citadas privações, há de existir um prévio processo legal o qual deve, rigorosamente, ser seguido de acordo com as formalidades legais e garantias constitucionais, preservando-se às partes a ampla possibilidade de atuarem em um patamar de igualdade e proporcionalidade.

2.3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, CF/88). Não existe devido processo legal sem se assegurar o contraditório e a ampla defesa. Ambos os princípios são requisitos do primeiro sem os quais aquele não há validade.

O direito de defesa não pode ser rejeitado àquele que vem sofrer, em virtude de uma ação judicial, a condição de acusado ou réu. Como contraditório, endente-se o direito da parte de questionar as peças e acusações feitas em seu desfavor, além do direito de ser ouvido e se defender das acusações. Busca-se, aqui, a verdade real da lide, permitindo-se à parte adversária o direito de se manifestar acerca dos fatos que lhe são imputados.

Este direito deve ser exercido em sua mais ampla defesa, ou seja, o direito de conhecer e se informar dos atos e buscar os meios de prova necessários e admitidos no Direito que lhe favoreça, através de recursos processuais pertinentes.

A ampla defesa envolve a autodefesa, aquela que é realizada pelo próprio acusado, e a defesa técnica, feita por meio de profissional habilitado, qual seja, um advogado.

LIMA (2016, p. 51) elucida que o direito de defesa é intimamente ligado ao contraditório em razão de seu exercício só ser possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório: o direito à informação. Ademais, a ampla defesa é expressa através de um segundo elemento: a reação aos fatos apresentados pela acusação, traduzindo-se em uma justa e igualitária garantia de atuação processual.

2.4 DIREITO AO SILÊNCIO (*NEMO TENETUR SE DEGETERE*)

O princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo está implicitamente previsto no art. 5º, LXIII da CF/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. Nada mais é do que uma defesa passiva, exercida por meio de sua inatividade. É fruto da conjugação dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa.

Não pode ser negado àquele a quem esteja sendo imputado um fato criminoso a informação sobre suas garantias constitucionais, dentre elas, a da não autoincriminação, esteja ele solto ou preso. LIMA (2016, p. 72), anota que objetivando evitar uma autoincriminação involuntária sob alegação de desconhecimento da lei, deve sempre haver uma prévia e formal advertência quanto ao direito ao silêncio, sob a penalidade da prova obtida se tornar ilícita, acarretando na ilicitude das provas dela derivadas (teoria dos frutos da árvore envenenada). Deve, portanto, o acusado ser advertido sobre seu direito ao silêncio e que seu exercício não lhe acarretará nenhuma consequência prejudicial.

NUCCI (2010, p. 97) complementa que se o acusado é inocente, até haja comprovação de sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor bem como de permanecer em silêncio, resta por óbvio não estar obrigado a produzir prova contra si.

É mister atentar ao fato de que a escolha de tal meio não pode, em hipótese alguma, constituir fundamento da acusação para presunção de culpabilidade do acusado, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência, mesmo no caso de crimes hediondos. Caso tal método fosse possível, negar-se-ia a existência do próprio direito.

2.5 HABEAS CORPUS

Trata-se de uma ação de natureza constitucional destinada à proteção da liberdade de locomoção quando esta estiver ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder. Habeas corpus vem do latim e significa exiba/apresente o corpo/pessoa que está sofrendo constrição da liberdade e a apresente ao juiz.

A Constituição Federal de 1988 traz expressamente no art. 5º, LXVIII que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Em termos semelhantes o CPP prevê no art. 647: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se acha na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. Extraí-se, então, duas espécies de *habeas corpus*: o preventivo e o repressivo.

O *habeas corpus* preventivo é cabível quando o cerceio da liberdade estiver prestes a se concretizar, manifestando-se em um risco futuro. Por outro lado, a espécie repressiva ou liberatória é cabível quando o dano à liberdade de locomoção já estiver violado, consumado, em uma tentativa de soltar quem se encontra preso, fazendo cessar a coação ilegal ou abuso de poder.

TÁVORA (2015, p. 1505) conceitua, ainda, uma terceira espécie: o *habeas corpus* suspensivo – destinado quando já há o constrangimento ilegal, mas o indivíduo ainda não foi preso, emitindo-se, então, um contramandado de prisão.

Embora alocado no Livro III do CPP, referente às nulidades e recurso em geral, o *habeas corpus* não tem natureza jurídica de recurso (apesar, também, do uso da palavra “impetrar” para se designar a pretensão de demanda), sendo o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que se trata de uma ação autônoma de impugnação. Logo, como esclarece GRINOVER, MAGALHÃES e SCARANCA (1996, p. 346), pode objetivar um provimento meramente declaratório (extinção da punibilidade), constitutivo (anulação de ato jurisdicional) ou, eventualmente, condenatório, nos termos do art. 653 do CPP, que prevê a condenação nas custas da autoridade que agiu de má-fé. Todavia, NUCCI (2017) critica a falta de aplicabilidade prática do referido artigo posicionando-se a favor da apuração de abuso de autoridade pelas autoridades coatoras mesmo (ou sempre) quando há inércia do Judiciário, devendo à parte prejudicada buscar seus direitos.

Ainda nas linhas de NUCCI (2010, p. 936), tratando-se do alcance do *habeas corpus*, o autor opina que, se primordialmente a ação era utilizada para cessar prisão considerada ilegal,

atualmente seu alcance tem sido estendido para abranger qualquer ato construtivo direta ou indiretamente à liberdade, mesmo nos casos de decisões jurisdicionais não vinculadas à decretação da prisão. Sendo assim, o art. 648 do CPP estabelece os casos em que a coação é considerada ilegal em um rol exemplificativo.

As partes do *habeas corpus* são o impetrante, o paciente e a autoridade coatora. A legitimidade ativa é ampla e irrestrita nos termos do art. 654 do CPP, podendo o *habeas corpus* ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira e, inclusive, o Ministério Público. Não se exige, também, que se tenha capacidade postulatória, isto é, seja advogado, podendo ser impetrado por qualquer pessoa, ainda que leiga. Todavia, é sempre recomendado que a causa seja acompanhada por um advogado para que não reste enfraquecida por falta do preparo concernente à profissão. Dispõe, ainda, o referido artigo que o autor poderá atuar em causa própria, ou seja, em seu próprio benefício.

No polo passivo há a autoridade coatora, sendo a pessoa responsável pela violência ou coação à liberdade de locomoção em face do paciente. De acordo com ensinamentos de LIMA (2016, p. 1741): “Assim, se o delegado de Polícia determinou a prisão em flagrante de pessoa que não estava em situação de flagrância (CPP, art. 302, I, I, III e IV), será ele a autoridade coatora”.

Por fim, o inciso LXXVII da CF/88 prevê a gratuidade da ação de *habeas corpus*, *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

2.6 PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*

Também chamado de princípio do favor rei, trata-se de um princípio fundamental que prevê o benefício da dúvida em favor do réu. A dúvida sempre beneficiará o acusado. Se houver duas interpretações antagônicas, deve-se optar pela mais benéfica. Na dúvida, se a acusação não conseguiu provar por qualquer dos meios a culpabilidade do Réu, absolve-se o mesmo por insuficiência de provas.

Em razão deste princípio, fica claro que a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado (GOMES, 2010). O Código de Processo Penal prevê implicitamente o princípio em seu art. 386, VII, prescrevendo que o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça não existir prova suficiente para a condenação. Nas linhas de TÁVORA (2015, p. 66), “na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último deve prevalecer”.

Dessa forma, não havendo provas suficientes de autoria do crime e materialidade delitiva, deve o juiz absolver o réu, militando a dúvida em seu favor, resguardando a garantia de sua liberdade e fazendo, por óbvio, valer também o princípio da presunção de inocência.

3 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

3.1 DEFINIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

Sabe-se que processo penal se desenvolve por meio de uma concatenação de diversos procedimentos para que seja alcançado o seu fim. Há, durante esse tempo, um período indeterminado para realização de certos atos e isso, infelizmente, pode comprometer a efetividade da aplicação das leis. A demora na entrega da prestação jurisdicional pode colocar em risco a eficácia do processo, seja ainda na fase de investigação, instrução, ou até mesmo no momento da aplicação da sanção penal ao réu. Devido a isso, as medidas cautelares surgem como uma maneira de garantir a aplicabilidade das leis e o bom funcionamento da função jurisdicional estatal.

Nesse sentido, é importante salientar que a restrição da liberdade antes do trânsito em julgado do processo tem finalidade exclusivamente cautelar, pois é fundada, como veremos adiante, na necessidade e não na culpa.

NUCCI (2014, p. 578) as conceitua: “trata-se de um instrumento restritivo da liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto”.

LIMA (2016, p. 805) também elucida claramente seus fundamentos:

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo cautelar autônomo, certo é que, no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. Afinal, em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.

Com efeito, de nada valeria, por exemplo, uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já tivesse se evadido do distrito da culpa; ou garantir à parte o direito de produzir determinada prova testemunhal se, ao tempo da instrução processual, essa testemunha já estivesse morta. É evidente, pois, que o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Afinal, como já advertiu Calamandrei, sem a cautela ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto.

Daí a importância da tutela cautelar no processo penal, a qual é prestada independentemente do exercício de uma ação dessa natureza, que daria origem a um processo cautelar com base procedimental própria, mas sim através de medidas cautelares que podem ser concedidas durante toda a persecução

penal, seja na fase investigatória, seja no curso do processo. Essas medidas cautelares inserem-se nas restrições reclamadas pelo Estado Democrático de Direito à coerção para assegurar a finalidade do processo.

Muitos acusados, em geral os que praticaram crimes mais leves e com penas baixas, não precisam da imposição de uma prisão no decorrer do processo pelo fato da desproporcionalidade entre o fato cometido e a sanção a ser aplicada ao fim do processo. As medidas cautelares, por si só, já bastam para garantir o controle e vigilância necessário.

TÁVORA (2015, p. 946) complementa que “embora exista um rol expresso de medidas cautelares, nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação”. Desse modo, pode o juiz valer-se de outras medidas cautelares diversas da prisão e que não estejam elencadas expressamente no art. 319 do CPP, não podendo, entretanto, definir medidas mais gravosas.

Tais medidas cautelares são encontradas no Código de Processo Penal tanto no título reservado às provas, como no título atinente à prisão, às medidas cautelares e à liberdade provisória.

Não obstante o princípio do devido processo legal proibir a privação da liberdade sem o regular processo, há de se observar uma ponderação entre o fato típico cometido e o peso da liberdade sem limites, ou liberdade provisória, que pode por em risco a tutela jurisdicional e a eficácia do processo penal. Para tanto, há de serem seguidas a rigor os requisitos constantes do art. 282 do CPP.

Logo, fica claro constatar a importância e relevância que se deu a essas medidas para evitar que o processo seja prejudicado pelo tempo em razão da demora na prestação jurisdicional, sendo uma forma de se garantir o regular andamento do feito e aplicação da lei penal sem, eventualmente, ferir direitos e garantias do acusado, que agora estão bem mais resguardados.

3.1.1 Espécies de Medidas Cautelares

Como aponta a doutrina, dada a falta de técnica do legislador, é possível elencar três classificações instituto: medidas cautelares de natureza pessoal, de natureza patrimonial e de natureza probatória.

As medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas privativas ou restritivas da liberdade de locomoção, demandando um sacrifício da liberdade do indivíduo para assegurar a

eficácia do feito. São elas a prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão penal e medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP).

Já as medidas cautelares de natureza patrimonial visam a reparação do dano e o perdimento de bens como efeito da condenação. São exemplos o sequestro, arresto, hipoteca legal, restituição de coisas apreendidas.

Por fim, as medidas cautelares de natureza probatória são as que visam a obtenção de uma prova para o processo em razão de evitar o seu perdimento. São exemplos a busca e apreensão e produção antecipada de prova testemunhal (depoimento *ad perpetuam rei memoriam* – art. 366 do CPP).

Sobre as medidas cautelares de natureza pessoal GOMES (2011, p. 25) afirma: “A prisão cautelar ou provisória é, dentre todas as medidas cautelares pessoais, a mais drástica (e problemática) porque implica a privação da liberdade do sujeito antes da condenação final, ou seja, ela significa o “roubo” da liberdade de quem é presumido inocente (Hassemer)”. Destarte, a prisão preventiva é a medida mais gravosa a ser aplicada a um indivíduo, devendo ser sempre pautada pelos princípios constitucionais e demais parâmetros legais a ela intrínsecos.

3.1.2 O Fim da Bipolaridade do Sistema Cautelar Brasileiro

Com o advento das medidas cautelares alternativas à prisão pela lei n. 12.403/11, encerrou-se a chamada bipolaridade cautelar do sistema brasileiro que durante anos ofereceu tão somente duas opções extremas: o cárcere ou a liberdade provisória. Agora, há um rol de medidas constrictivas não tão extremas quanto o cárcere e nem tão amenas quanto a completa liberdade, submetida somente mediante comparecimento regular em juízo e, eventualmente, a impossibilidade de se ausentar por mais de 8 dias da residência (TÁVORA, 2015 p. 945).

Na dicção de Lima (2016, p. 807):

Essa reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal era causa de evidente prejuízo, quer à liberdade de locomoção do agente, quer à própria eficácia do processo penal. Afinal, se é verdade que é muito comum o surgimento de situações que demandam a decretação de medidas cautelares, também é verdade que nem sempre a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado para salvaguardar a eficácia do processo ou das investigações. Como o juiz não era dotado de outras opções, ou decretava a privação de liberdade do acusado ou deixava de decretar a medida extrema, o que, às vezes, colocava em risco a própria eficácia do processo.

É importante destacar também que as medidas cautelares alternativas à prisão surgiram em um momento importante para o país e constituiu uma evolução em face da atual situação

carcerária que o Brasil enfrenta, diminuindo, portanto, o número de presos que não ofereciam riscos à coletividade e ao regular andamento do processo, permitindo que aguardassem o trâmite em liberdade, fazendo valer seus direitos e garantias fundamentais. Ademais, não só o indivíduo é beneficiado, mas também o Estado, a partir do momento em que desafoga as cadeias, poupando, assim, recursos humanos e materiais.

Segundo Luiz Flavio Gomes (2011, p. 15) em dezembro de 2010, o Brasil chegou a ter mais de 500 mil presos, sendo que 44% eram presos provisórios, ou seja, mais de 200 mil pessoas presas cautelarmente. Isso vai totalmente contra os princípios constitucionais que preconizam a regra do direito à liberdade, tornando a prisão cautelar apenas uma situação excepcional.

Logo, pode-se dizer que a mudança refletiu em substanciais melhorias ao processo penal como um todo, vindo a suprir a omissão legislativa e extinguir a bipolaridade existente, permitindo, assim, que o juiz tenha um leque a sua escolha e opte por uma medida mais gravosa ou menos gravosa de acordo com o caso concreto.

3.2 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

As medidas cautelares alternativas à prisão surgiram com o objetivo de atenuar os rigores da constrição da liberdade, sendo utilizadas em substituição à prisão cautelar, tida em nosso ordenamento como *ultima ratio*, a ser utilizada somente em casos extremos. A lei n. 12.403/11 trouxe diversas novidades ao Código de Processo Penal alterando dispositivos referentes à prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares.

Não se tratam de medidas padronizadas a serem aplicadas a todos os acusados pois dependem de requisitos de necessidade e adequabilidade e, se não forem cumpridas, ensejam a decretação da prisão preventiva, caso entenda o magistrado.

Nos termos do art. 321 do CPP, ausentes os requisitos legais necessários ao embasamento da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP com observância aos critérios elencados no art. 282 do CPP.

Assim é o teor dos art. 319 e 320:

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.
- § 1.º (*Revogado*).
- § 2.º (*Revogado*).
- § 3.º (*Revogado*).
- § 4.º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

GOMES (2011, p.171) ensina que:

Essas medidas visam garantir a eficiência da atividade persecutória estatal, a aplicação da lei penal, ou a garantia da ordem pública ou econômica. Conforme frisamos acima até a presente alteração legislativa as únicas medidas cautelares aplicáveis no processo penal para o cumprimento de tais finalidades eram as prisões cautelares (e, em bem menor escala, a fiança). Com a criação das medidas cautelares diversas da prisão, a ordem de preferência deverá ser alterada: a prisão cautelar será, dentro de um juízo de proporcionalidade, a última medida cautelar a ser decretada.

É importante ressaltar a definição de forma expressa acerca da excepcionalidade da prisão preventiva, elencada no art. 282, §6º, do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Isto é, somente haverá a decretação da prisão preventiva quando as outras medidas menos gravosas se mostrarem inadequadas. Deste modo, o ponto de partida, em regra, deve ser a análise do

cabimento da aplicação de alguma dessas cautelares, ao invés do raciocínio ser feito a partir da prisão para, somente depois, partir para uma alternativa menos gravosa.

Denota-se, portanto, que algumas das medidas cautelares possuem maiores limitações que outras, de modo que implicam maior restrição à liberdade, contudo, embora alternativas à prisão, não deixam de representar um constrangimento à liberdade individual, de caráter urgente e provisório.

3.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão deve ser feita observando-se a rigor os seguintes princípios próprios do sistema penal cautelar.

3.4.1 Princípio da Substitutividade

Consiste no fato de que as medidas cautelares diversas da prisão surgiram como uma alternativa e conseqüente substituição à prisão cautelar. Ademais, o conceito também se refere à possibilidade de substituição da medida cautelar imposta por outra, caso aquela tenha se verificado falha e ineficiente (art. 282, §5º do CPP).

3.4.2 Princípio da Não-taxatividade

Trata-se da possibilidade da decretação de medida cautelar que não esteja prevista expressamente na legislação, desde que a opção constitua uma benesse ao acusado, não podendo, em nenhuma hipótese, ser agravada a sua situação por tal medida, sob pena de se desvirtuar o real objetivo do instituto.

3.4.3 Princípio da Provisionalidade

As condições que autorizam a decretação da tutela cautelar são a justificativa para a sua manutenção. A eficácia da medida cautelar é provisória e é justificada na situação de emergência, sendo o requisito da necessidade a referência da sua manutenção. BADARÓ (2012, p. 704) faz uma importante distinção entre os termos de provisoriedade e temporalidade, afirmando que não devem ser confundidos:

Por outro lado, a provisoriedade implica o conceito de temporário, mas não coincide com este. Embora do ponto de vista gramatical as palavras possam ser usadas como sinônimas, é possível fazer uma diferenciação, para fins processuais, no que diz respeito à maneira pela qual cessará a eficácia da medida, conforme seja provisória ou temporária. A simples temporariedade de uma situação, isto é, sua duração limitada no tempo, não é de fato suficiente para caracterizá-la como provisória. Nos atos provisórios seu limite temporal ou de duração está condicionado à ocorrência (ou a não ocorrência) de outra situação processual. Como diz Foschini, “a provisoriedade, assim, é uma temporariedade condicionada à verificação de uma futura situação”.

Deste modo, conclui-se que a cautelar, seja a prisão ou seja a diversa da prisão, é provisória e jamais durará para sempre em razão de estar vinculada a uma situação futura que a revogue e não a um prazo determinado.

3.4.4 Princípio da Jurisdicionalidade e Motivação

Rege que a decretação de toda medida cautelar de natureza pessoal esteja condicionada a prévia manifestação fundamentada do Poder Judiciário. São diversos os mandamentos legais que orientam o princípio: “Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CF/88), “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXI), “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, LXV), “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI).

LIMA (2016, p. 810/811) aduz que a restrição à liberdade do indivíduo não deve se sujeitar somente a uma ordem judicial, devendo, pois, ser fruto de um procedimento prévio calcado por garantias mínimas, como o contraditório, a ampla defesa, imparcialidade do juízo e outras tantas provenientes do princípio do devido processo legal.

3.4.5 Princípio da Sumariedade

Tratando-se de medidas cautelares, não cabem análises acerca do mérito do fato típico praticado. Sendo elas de caráter urgente, a verificação deve ser baseada única e exclusivamente na probabilidade de dano (*periculum in mora*) e probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), não no *ius*. Trata-se de um juízo provisório embasado nas provas existentes no momento da decisão sobre a medida cautelar.

Desta maneira, temos que a tutela cautelar não se baseia em um juízo de certeza, restando somente para o provimento final tal análise aprofundada. BADARÓ (2012, p. 705) explica que justamente pelo fato da urgência da medida cautelar, que deve ser proferida antes do fim da instrução e do processo, não é possível ao magistrado exercer uma cognição profunda dos fatos para a aplicação do direito material desde já, cabendo-lhe, pois, tão somente a cognição sumária sem aprofundamentos quanto ao mérito.

CALAMANDREI (1936, s.p) complementa que:

[...] a função dos provimentos cautelares nasce, pois, da relação que se passa entre esses dois termos, a necessidade de que o provimento seja eficaz e a inaptidão do processo ordinário a criar, sem demora, o provimento definitivo. Os provimentos cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, ou seja: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal, e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde com a necessária ponderação, nas necessárias formas do processo ordinário.

Portanto, exatamente por ser sumária, a cognição é limitada em sua profundidade, permanecendo em um nível superficial sem, contudo, deixar de ser bem analisada e ponderada para que atinja seus fins e não desvie da sua finalidade.

3.4.6 Princípio da Proporcionalidade

Considerado, senão, um dos princípios mais importantes do direito e, em particular, no âmbito penal, tendo como principal campo de atuação a seara dos direitos fundamentais. A proporcionalidade impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais extremadas ou desnecessárias, que causem danos à sociedade maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

ROXIN, tratando especificamente da prisão cautelar, adverte que o princípio constitucional da proporcionalidade implica na restrição da medida e dos limites da prisão preventiva somente ao estritamente necessário (2000, p. 258).

STRECK (2005, p. 180), ao se referir ao princípio, ensina que é na ponderação de valores que reside a busca pela legitimação da prisão cautelar, devendo ela ser utilizada somente como medida de *ultima ratio* no processo penal. “Caso a sua decretação tenha o condão de acarretar consequências mais danosas que o provimento buscado pelo processo penal, a prisão

cautelar perde a sua razão de ser, transformando-se em medida de caráter exclusivamente punitivo”.

3.4.6.1 Requisitos intrínsecos do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, como já mencionado, busca a ponderação e a razoabilidade entre o fato típico praticado e a sanção a ser imposta pelo Estado, de forma a evitar exageros por parte do último e ultrapassar os limites da sanção que, ao fim do processo, seria aplicada ao sujeito. Para tanto, é necessária a observância de dois requisitos fundamentais: a adequação e a necessidade.

Pelo primeiro, entende-se que a restrição imposta ao acusado deve ser idônea/adequada para atingir o fim do processo. Exemplificando, caso um sujeito cometa crime apenado com ínfimo tempo de reclusão e, não encontrado o acusado ainda que citado por edital, a decretação de sua prisão preventiva não seria adequada com a finalidade do feito.

E relação ao requisito da necessidade, tem-se que, dentre as medidas destinadas a atingir o fim do processo, deve o magistrado optar sempre pela menos gravosa ao indivíduo, já que a prisão é sempre *ultima ratio*. Exemplificando, tratando-se do necessário reconhecimento pessoal do investigado, tanto pode haver a intimação para seu comparecimento à Delegacia, como a decretação de sua prisão temporária para a consecução dos fins. Todavia, é evidente que em face da discrepância entre ambas as opções, deve o juiz optar pela menos gravosa (MORAES, 2008, p. 39).

Não é crível a decretação da prisão preventiva quando há ausência de isonomia entre a medida cautelar e o deslinde de mérito do processo, havendo uma nítida desproporcionalidade. LIMA (2016, p. 816) explana sobre a verificação da ponderação entre os valores que estão em análise no momento da escolha da medida cautelar. Em suas palavras:

Essa verificação supõe que se apresenta ao juiz uma situação concreta em que, já assentadas a adequação e necessidade, seja necessário ainda analisar se o sacrifício a ser imposto ao direito fundamental guarda uma relação razoável e proporcional com relevância do interesse estatal que se pretende assegurar. Para tanto, devem ser utilizadas as técnicas de contrapeso de bens e valores, de forma a escolher a medida mais justa nas circunstâncias do caso, o que, no terreno processual penal, implica resolver a tensão entre os interesses estatais relacionados à persecução e as garantias do acusado.

Em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, tem-se que a medida somente será legítima quando o sacrifício da liberdade de locomoção do acusado for proporcional à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do processo. Isso porque seria

inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo ainda inocente fosse pior do que a da pessoa já condenada.

Portanto, no processo penal cautelar, a observância destes requisitos é obrigatória para que haja a devida compatibilização do interesse do acusado em se ver livre e, do outro lado, o interesse do Estado na segurança da sociedade, sem ultrapassar o limite do necessário à lesão do direito individual da liberdade, regra em nosso ordenamento. A proporcionalidade não deve ser buscada tão somente com base na pena cominada ao delito, mas considerando a pena que provavelmente será aplicada, com base em uma cognição sumária.

3.5 PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E HIPÓTESES DE CABIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES DOS ARTS. 319 E 320 DO CPP.

3.4.1 Pressupostos das Medidas Cautelares Alternativas à Prisão.

A tutela cautelar não é baseada em um juízo de certeza. Para que o juiz possa conceder alguma medida cautelar não é preciso prova da existência do dano ou certeza do direito, bastando a probabilidade. Por isso, tanto para a adoção das medidas cautelares diversas da prisão quanto para a decretação da prisão devem concorrer duas ordens de pressupostos: os chamados pressupostos proibitórios, representado pelo *fumus comissi delicti*, ou seja, deve-se haver o binômio da comprovação material da existência de um crime e indícios suficientes de autoria, bem como os pressupostos cautelares, representado pelo *periculum in libertatis* ou o perigo causado pela liberdade do sujeito passivo da persecução penal, ambos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

O termo *fumus comissi delicti* advém da nomenclatura *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, presente no processo civil. Todavia, LOPES JR (2010, s.p) . observa que há um problema na terminologia ao se atribuir a última nomenclatura no processo penal em razão de não se ter como afirmar que o delito é a fumaça de um bom direito, já que este é a negação do direito. Sendo assim, a nomenclatura adequada ao âmbito do processo penal é o *fumus comissi delicti*. Igualmente, o *periculum in libertatis* decorre do *periculum in mora* constante no processo civil.

É importante salientar que as medidas cautelares jamais poderão ser aplicadas automaticamente e sem nenhuma consideração quando da prática de uma infração penal, sendo condicionadas à análise de ambos os pressupostos supracitados, de forma que o indivíduo tenha

suas garantias resguardadas e o Estado obtenha o melhor resultado em face de seus interesses, fazendo jus aos princípios que lhe são inerentes, mantendo, sempre, a privação da liberdade como *ultima ratio*.

Em suma, o processo cautelar é baseado em probabilidades, indícios, não em plena certeza e convicção, restando estas últimas serem auferidas nas fases ulteriores do feito. Contudo, é vedado que as medidas cautelares diversas da prisão sejam decretadas sem que haja o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*.

3.4.2 Requisitos das Medidas Cautelares Alternativas à Prisão

Os requisitos de aplicabilidade das medidas cautelares estão elencados no art. 282 do Código de Processo Penal, devendo obedecer a sua referida disposição legislativa, o binômio adequação e necessidade que, conforme já visto, são requisitos do princípio da proporcionalidade.

Por requisitos da necessidade (art. 282, I do CPP), entende-se aqueles destinados a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais, quando expressamente previsto em lei.

Os dois primeiros possuem ligação com os requisitos da prisão preventiva (conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal – art. 312 do CPP) e visam assegurar, antes de tudo, a eficácia da investigação ou da instrução criminal de forma a evitar possíveis fugas do investigado, a colheita de provas e elementos investigatórios para a devida apuração da verdade, bem como evitar a reiteração da conduta criminosa nos casos expressamente previstos em lei.

Os requisitos da adequabilidade (art. 282, II do CPP), são aqueles pelos quais caberá uma análise da adequação da medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e, por fim, as condições pessoais do acusado.

Estes requisitos também possuem vínculo com os requisitos da decretação da prisão preventiva. Contudo, a análise para a aplicação é mais subjetiva, devendo o magistrado se ater às circunstâncias do caso concreto e condições pessoais do acusado para se chegar a uma conclusão a respeito de qual a medida é mais adequada ao caso.

A adequação da medida foi uma grande preocupação do legislador para delimitar seu uso, por isso, é estabelecido que não sendo cominada ao fato pena privativa de liberdade, não é cabível medida cautelar (art. 283, §1º), sendo restrita aos crimes em que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente.

Verifica-se, deste modo, que a decretação de alguma das medidas cautelares deve ser fundamentada em algum dos motivos previstos no inciso I e proporcional às circunstâncias do inciso II, considerando o magistrado a gravidade do crime, o fato propriamente dito e as condições pessoais da pessoa.

Assim, a título de exemplo, um sujeito sem antecedentes que tenha praticado um crime de roubo simples não deve ser tratado da mesma forma que outro sujeito reincidente que praticou roubo majorado mediante concurso de pessoas, exacerbada violência física nas vítimas e arma de fogo eficiente. Embora sejam fatos típicos e de enorme grau de reprovabilidade, a conjuntura das empreitadas não merece que ambos os acusados sejam tratados da mesma forma em uma análise sobre qual a medida cautelar é cabível.

Diante disso, nas linhas de LIMA (2016, p. 821) “verificando o magistrado que tanto a prisão preventiva quando uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP são idôneas a atingir o fim do proposto, deverá optar pela medida menos gravosa, preservando, assim, a liberdade de locomoção do agente”.

3.4.3 Momento e Legitimidade

As medidas cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas ao longo de toda a persecução penal desde que presentes os requisitos que a autorizem.

Segundo LOPES JR. (2011, p. 127), elas podem ser aplicadas a qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, quando se fizer necessária a medida de controle; a qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, como uma medida alternativa à prisão preventiva já decretada e que se revele desproporcional ou desnecessária à luz da situação fática do perigo; aplicada juntamente com a liberdade provisória, no momento da homologação da prisão em flagrante pelo juiz, como medida de contracautela (alternativa à prisão em flagrante) ou a qualquer tempo está permitida a cumulação das medidas alternativas, quando se fizer necessário. Não há previsão legal para a duração das medidas cautelares, dependendo a prolongação no tempo do fator necessidade.

Nos termos do art. 282, §2º, do CPP, as medidas cautelares serão decretadas de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Cumprе elucidar a problemática da possibilidade de decretação de medidas cautelares de natureza pessoal, em razão de representação da autoridade policial, mas sem a prévia análise pelo Ministério Público. Neste caso, sendo o *Parquet* o titular da ação penal pública principal,

conforme o art. 129, I, da CF/88, devem as cautelares, por terem caráter instrumental em relação à ação principal, ser pleiteadas por ele próprio como uma estratégia processual eficiente e adequada para viabilizar a ação principal (LIMA, 2016, p. 824).

Quando à durabilidade das medidas, TÁVORA (2015, p. 988) assevera que a duração das cautelares tem escopo no art. 5º, LXXVIII, da CF/88: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ademais, apesar de serem substitutivas do cárcere, a dilação excessiva da cautelar pode trazer constrangimento ilegal pois importam um ônus e limitação da liberdade do imputado, restringindo, de certa forma, seu direito de ir e vir, como no monitoramento eletrônico, na proibição de frequentar determinados lugares e recolhimento domiciliar. Portanto, a excessividade na duração pode importar em ilegalidade da medida podendo ensejar mandado de segurança e até mesmo habeas corpus.

3.5 CARACTERÍSTICA: PREFIRIBILIDADE E CUMULATIVIDADE

É de suma importância salientar que as medidas cautelares, como o próprio nome já diz, são alternativas à prisão, e não substitutivas a ela, pois não se trata de hipótese em que se poderia decretar a prisão. Ao contrário, a prisão não é admitida e, justamente por isso, cabem medidas alternativas no seu lugar. A preferibilidade da tutelar cautelar é justamente o motivo da prisão preventiva ser tida como excepcional/*ultima ratio*. Somente quando nenhuma das medidas alternativas for apropriada ao caso é que se poderá verificar o cabimento da prisão preventiva, conforme os termos do art. 282, §6º, do CPP.

O art. 282, §1º, do CPP estabelece que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Isso dependerá da adequação e da necessidade do caso concreto. Todavia, conforme ensina BADARÓ (2012, p. 721), tal regra precisa de uma interpretação restritiva em razão de, no caso de decretação da prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP), não será possível cumulá-la com outra medida cautelar pelo fato de que já estará se impondo a medida em seu grau mais gravoso da restrição cautelar. Dessa forma, a prisão preventiva só pode ser imposta isoladamente.

A título de exemplo da cumulatividade, uma cautelar que proíbe o sujeito a se ausentar da comarca (art. 319, IV, do CPP) ou a de recolhimento domiciliar noturno (art. 319, V, do CPP) pode ser cumulada com a monitoração eletrônica (art. 319, IX, do CPP) justamente pelo fato da dificuldade na fiscalização, assim haverá uma garantia e eficácia no cumprimento. Ademais, ambas são compatíveis, sendo que uma ajuda na fiscalização da outra.

Em todo o caso, o magistrado deve analisar os elementos que possui no momento da aplicação de forma a garantir o melhor para o investigado e para a segurança da investigação ou instrução, podendo, caso uma única cautelar não seja suficiente, cumular com outra(s), desde que compatíveis, de forma a garantir a eficácia no cumprimento.

Importante também a norma do art. 282, §4º do CPP que prevê que em caso de descumprimento de quaisquer cautelares impostas, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou querelante, substituir a medida, impor outra em cumulação ou, caso seja necessário, decretar a prisão preventiva do investigado. Assim, verifica-se a possibilidade da cumulação de cautelares pelo descumprimento de outra anteriormente imposta, tendo o investigado que não a respeitou, uma maior restrição da sua liberdade.

Considerando a hipótese supracitada, é cabível dizer que a cumulação tem atributo de uma sanção ao indivíduo que esteve em desídia. Agora, ele terá outra medida cumulada com a anterior e, conseqüentemente, sua liberdade estará mais restrita, o que deixará não só ele próprio como o magistrado mais alerta caso haja notícias de novos descumprimentos, podendo, conforme o caso, acarretar em sua prisão preventiva (art. 282, §4º, parte final).

3.6 REVOGAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A PRISÃO

Da mesma forma que na prisão perversiva, a norma do art. 282, §5º estabelece que a medida cautelar pode ser revogada quando não mais presentes os motivos para que subsista, assim como voltar a decretá-la caso haja razões que justifiquem. Deste modo, fica claro constatar que as medidas cautelares não são definitivas e podem perdurar até que os requisitos que a ensejam estejam presentes, não durando, necessariamente, até o fim do processo.

A partir disso é possível constatar também a provisoriedade dessas cautelares, de forma a garantir o regular andamento da persecução penal enquanto se verifique a necessidade de sua permanência.

Da mesma forma, a substituição da medida cautelar pode ser por uma medida cautelar mais benéfica ou mais gravosa, a depender das peculiaridades do caso concreto, verificando-se o efetivo cumprimento e respeito às medidas pelo indivíduo.

4 PRISÃO PREVENTIVA COMO *ULTIMA RATIO*

4.1 CONCEITO DA PRISÃO PREVENTIVA

Sendo uma medida cautelar, a prisão preventiva, como modalidade daquela, visa também assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal. BADARÓ (2012, p. 703) afirma que “a prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência”. Deste modo, trata-se ela de uma medida de natureza excepcional que, apesar de ser cautelar, conforme já explicitado, deve ser aplicada quando nenhuma das outras foi cabível, em uma importante inovação trazida pela Lei nº 12.403/11 no art. 282, §6º do CPP.

Trata-se de medida extrema de restrição à liberdade pois, inexistente a situação flagrancial, exceto quando há a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, caso em que, serão analisados os pressupostos e requisitos de cabimento, dando sempre prioridade, às medidas cautelares diversas da prisão. A preventiva é admitida antes mesmo da existência de um inquérito policial, desde que os requisitos legais estejam devidamente demonstrados por outros elementos indiciários.

4.2 MOMENTO E LEGITIMIDADE

O art. 311 do CPP em sua nova redação prevê que “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, o momento para a decretação pode ser tanto durante o inquérito policial quanto no curso da ação penal.

Quanto à legitimidade, poderá o Ministério Público requerer a decretação da preventiva, bem como o querelante, em caso de ação penal privada. Uma mudança trazida pela Lei 12.403/11 no art. 311, permitiu ao assistente de acusação ser parte legítima para querer a decretação da prisão preventiva. Entretanto, BADARÓ (2012, p. 731) critica a previsão afirmando que ela é incompatível com o papel de parte secundária do assistente: “Poder-se-ia chegar ao cúmulo de o Ministério Público, isto é, a parte principal, ser contrário à prisão, mas o assistente, a parte secundária e subordinada ao interesse daquela, requerer a prisão!”.

Por outro lado, a autoridade policial poderá apenas representar pela decretação da prisão preventiva, e não a requerer. O pedido não deve ser dirigido ao juiz, mas ao *Parquet*, titular da ação penal, para que analise a possibilidade e, caso a considere correta, requeira sua decretação.

Importante também é a norma do art. 310 do CPP:

Art. 310: Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente :

I – relaxar a prisão

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.

A regra trata do momento seguinte ao recebimento do APFD pelo juiz e está vinculada à garantia constitucional do art. 5º, inciso LXII da Constituição Federal que estabelece que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. Neste caso, a regra se refere ao momento posterior à prisão e à apresentação do preso ao juiz competente. Trata-se de qual medida a ser tomada no momento posterior à prisão em flagrante delito, que pode ser tanto o relaxamento, a conversão do flagrante em preventiva desde que presentes os requisitos e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão, no mesmo sentido do art. 282, §6º, do CPP.

4.3 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DE CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Como toda e qualquer medida cautelar, a prisão preventiva também é condicionada à análise dos pressupostos do *fumus comissi delicti* (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria – art. 312, *caput*, segunda parte) e do *periculum in libertatis* (perigo do sujeito estar em liberdade). Nesse sentido, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, passou a ser necessária também a demonstração da impossibilidade da substituição da preventiva por qualquer outra medida cautelar (art. 319 do CPP), nos termos do art. 282, §6º do CPP. Igualmente, o art. 310, inciso I do CPP permite a conversão da prisão em flagrante em preventiva quando presentes os requisitos constantes no art. 312 do CPP, caso se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

O art. 312, *caput*, primeira parte, estabelece os motivos autorizadores da prisão preventiva: a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

4.3.1 Garantia da Ordem Pública

Não há um conceito exato e determinado do significado da expressão ordem pública, sendo ele de conteúdo muito vago e indeterminado. Todavia, a doutrina e jurisprudência tentam explicá-la com através das mais diversas situações, conceituando-a como repercussão na mídia, periculosidade do réu, comoção social, etc.

GOMES FILHO (1994, p. 03) explica que:

[...] à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em “exemplaridade”, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um “instrumento a serviço do instrumento”, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.

Logo, fica claro constatar que, apesar da indeterminação de seu conceito, basicamente, seu significado se baseia em indícios de que o acusado voltará a delinquir se permanecer em liberdade. Dessa maneira, entende-se a ordem pública como a tranquilidade e paz no meio social.

Em um viés contrário, OLIVEIRA (2009, p. 435) certifica que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública é destinada a proteger o processo penal, dirigindo-se, todavia, à proteção da própria comunidade, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem periculosidade social.

Contudo, considerando o caráter cautelar da prisão preventiva, que objetiva exclusivamente assegurar a eficácia do processo criminal e/ou evitar a reiteração de conduta por parte do acusado, não é admissível que a preventiva seja utilizada como uma punição antecipada ao investigado que, muitas vezes, nem foi ainda denunciado. Nas palavras do Min. Celso de Mello, em caso de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (STF – HC

80.719/SP – 1ª Turma – Rel. Min Celso de Melo – DJ 28/09/2001 p. 37), a prisão preventiva não deve ser confundida com a prisão penal porque “não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas sim atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, não pode ser decretada com base no estado de comoção social e de eventual indignação popular, isoladamente considerados”.

Em virtude disso, nota-se a deturpação do instituto da prisão preventiva, utilizado, muitas das vezes, como resposta ao clamor popular em crimes de grande repercussão na mídia. Como assevera GOMES (2008, p. 198) “o juiz que decreta uma prisão cautelar para intimidar outras pessoas, para servir de exemplo, está absolutamente equivocado e, pior, não está demonstrando o caráter instrumental da providência acautelatória”.

4.3.2 Garantia da Ordem Econômica

A Lei nº 8.884/84 instituiu no art. 312 do Código de Processo Penal a possibilidade de decretação da prisão preventiva como garantia da ordem econômica. Seu conceito tem semelhanças ao da garantia da ordem pública, mas relacionado a crimes que atentem contra a ordem econômica. Tudo isso para evitar a reiteração delituosa em crimes que envolvam grandes golpes ao sistema financeiro e que possam a sua credibilidade.

Havendo ameaça evidente de que o sujeito solto possa causar mais transtornos à ordem econômica, a preventiva se mostra necessária. TÁVORA (2015, p. 890) descreve a ociosidade do dispositivo afirmando que a ordem econômica já estaria abarcada pelo conceito maior de garantia da ordem pública quando há nítido temor na reiteração de conduta do agente, restando desnecessário o termo em questão.

LIMA (2016, p. 942) estabelece que a magnitude da lesão causada não deve ser fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva. Segundo o Supremo Tribunal Federal (HC 80.717. Rel. Min Ellen Gracie, j. 13/06/2001), a preventiva não se funda somente na magnitude da lesão causada, mas também na necessidade de se resguardar a credibilidade das instituições públicas, devendo, pois, estar conjugada com algum dos demais pressupostos do art. 312 do CPP. Assim, nota-se imprescindível a existência de mais de um motivo para a decretação do cárcere preventivo, que não seja tão somente a chamada comoção social e grandiosidade dos danos causados.

4.3.3 Garantia de Aplicação da Lei Penal

A prisão decretada para assegurar a aplicação da lei penal é necessária quando o agente demonstrar que pode vir a fugir do distrito da culpa, podendo frustrar a execução da pena. No entanto, o perigo de fuga não deve ser presumido e sem embasamento, pelo contrário, deve-se haver provas concretas que indiquem tal possibilidade. O perigo de fuga pode ser externalizado de diversas maneiras pelo investigado como por exemplo quando tenta tirar passaporte, desfazer-se de seus bens imóveis, compras de passagem para o exterior, entre outros.

LIMA (2016, p. 943) sustenta a demonstração de elementos concretos que confirmem, violação ao princípio da presunção de inocência. Além do mais, em face da regra de que cabe à acusação o ônus da prova, não o acusado que precisa provar que não pretende fugir, mas daquela, sob a análise de fatos concretos, ainda que indiciários, não somente de meras suposições.

Ainda, o acusado não ter residência no distrito da culpa, não pode ser utilizado como fundamento para a manutenção da segregação cautelar.

4.3.4 Conveniência da Instrução Criminal

As situações de decretação da prisão preventiva como forma de assegurar a conveniência da instrução criminal ocorrem quando há claros indícios de que o agente possa perturbar ou impedir a produção de provas, seja aliciando e ameaçando testemunhas ou peritos, seja alterando documentos relevantes ou qualquer outra tentativa de obstruir a regular apuração dos fatos e a busca pela verdade no decorrer da persecução criminal.

BADARÓ (2012, p. 737) a classifica como prisão instrumental, pois “sua finalidade não é assegurar a eficácia do resultado final do processo em si (p. ex.: evitar a fuga que impediria o cumprimento da sentença), mas sim conservar os meios e instrumentos (provas) para que se possa chegar a tal resultado (sentença condenatória).”

4.4 PRISÃO PREVENTIVA E EXCLUDENTES DE ILICITUDE

De acordo com o art. 314 do CPP, 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 Código Penal. Trata-se, pois, da impossibilidade de decretação da preventiva quando houver provas de que o investigado

praticou o crime acobertado por alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade (coação moral irresistível, inexigibilidade de conduta adversa, etc.). Nestes casos, o sujeito permanecerá em liberdade.

A medida é devida justamente em razão da situação de excludente de ilicitude ou de culpabilidade em que o seu se encontra. Apesar da existência de provas de autoria e materialidade, não há os demais requisitos ensejadores da preventiva, constantes no art. 312 do CPP, tais como perigo à ordem pública ou à ordem econômica, risco de prejudicar a instrução criminal e risco de prejudicar a aplicação da lei penal. Deste modo, não oferecendo ele riscos, o cárcere se torna inviável, uma vez que haverá provável absolvição do agente com fundamento no art. 386, VI, do CPP. O juiz não poderá mantê-lo em cárcere privado pela inexistência de *fumus comissi delicti*, que, aqui, deve ser trabalhado em um conceito amplo, incluindo, além das excludentes de ilicitude, também a de culpabilidade.

Importante destacar também que o art. 314 traz o termo “verificar”, o que não significa ter certeza. Cuida-se igualmente a norma de uma tutela cautelar, o que enseja a cognição sumária dos requisitos da medida, não sendo preciso, em um primeiro momento, certeza absoluta acerca da ocorrência de quaisquer das excludentes BADARÓ (2012, p. 740). Em virtude disso, como sabido, militando a dúvida em favor do acusado e sendo ela evidentemente favorável, deve ele permanecer em liberdade.

4.5 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Além dos requisitos positivos do art. 312 e dos requisitos negativos do art. 314 do CPP, é necessário também a presença dos requisitos legais constantes no art. 313 do CPP:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I, do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência

IV – Revogado. Lei nº 12.403/, de 4-5-2011.

Todas as situações elencadas no referido artigo envolvem crimes dolosos. Dessa forma, estão excluídas contravenções penais e crimes culposos.

4.5.1 Crimes Dolosos Punidos Com Pena Máxima Superior a 4 (quatro) Anos

Será admitida a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. O parâmetro utilizado pelo legislador foi o quantum de pena fixado como limite para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para o início do cumprimento da pena em regime aberto (art. 44, I, o CP e art. 33 §2º, “c”, do CP).

Logo, evidencia-se que o dispositivo abrange crimes dolosos mais graves que, independentemente da natureza da pena (reclusão ou detenção), será admitida a preventiva quando a pena máxima cominada ao tipo for superior a 4 anos.

LIMA (2016, p. 947) faz uma importante ressalva acerca do princípio da proporcionalidade e o referido artigo:

Atento ao princípio da proporcionalidade, o dispositivo visa evitar que o mal causado durante o processo seja desproporcional àquele que, possivelmente, poderá ser infligido ao acusado quando de seu término. Ou seja, ao decretar a prisão preventiva, deve o juiz fazer um prognóstico se, ao término do processo, ao réu poderá ser aplicada pena privativa de liberdade. Assim, se o juiz, *ab initio*, percebe que o crime cometido pelo agente terá sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, não faz sentido que decrete uma prisão preventiva. Impõe-se, pois, a observância da homogeneidade ou proporcionalidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida.

4.5.2. Investigado ou Acusado Condenado Por Outro Crime Doloso em Sentença Transitada em Julgado, Ressalvado o Disposto no art. 64, I do Código Penal

Outra hipótese de admissibilidade da decretação da preventiva ocorre nos casos de o acusado ser reincidente em crime doloso, ou seja, se ao tempo do cometimento da infração posterior não houver transcorrido ainda o prazo de 5 anos do trânsito em julgado da sentença penal condenatória do crime anterior, conforme preleciona o art. 64, I do Código Penal. Com isso, percebe-se que não basta tão somente o sujeito ser reincidente, exigindo o legislador que seja reincidência específica em crime doloso, hipótese em que a preventiva será cabível independentemente da quantidade de pena cominada ao delito.

4.5.3 Quando 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

Os casos elencados no inciso III do art. 313 do CPP se destinam a garantir a execução de medidas protetivas previamente decretadas que, em razão de descumprimento ou havendo claros indícios de que possam ser descumpridas, há a necessidade da decretação da prisão preventiva em razão da situação de vulnerabilidade das vítimas em face do agressor.

Outro ponto importante é que aqui não é levado em conta a pena mínima cominada ao delito, sendo o parâmetro estabelecido com base na violência empregada em face das vítimas que estão em situação de inferioridade ao autor.

Salienta-se que alguns crimes envolvendo violência doméstica possuem a pena máxima superior a 4 anos (lesão corporal grave, por exemplo), o que já o enquadraria no inciso I do art. 313. Nesse sentido, o inciso III teria com foco os demais delitos apenados com pena máxima inferior a 4 anos, mas que também resultem de violência doméstica, revelando um importante avanço para esses casos em que, na maioria das vezes, por se tratar de ambiente doméstico, as vítimas se sentem intimidadas de denunciar o agressor.

4.5.4 Dúvida Sobre a Identidade Civil da Pessoa

Uma relevante hipótese trazida pela Lei nº 12.403/11 foi a inserção do parágrafo único no art. 313 do CPP, o qual trata da possibilidade da decretação da prisão preventiva quando houver dúvida acerca da identidade civil do indivíduo ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a devida identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

É importante destacar que a regra do parágrafo único não está conjugada com a dos demais incisos, sendo independente daqueles. Contudo, tem evidente correlação com os pressupostos do art. 312, sendo um meio de manter preso o indivíduo não identificado para, evidentemente, assegurar a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução criminal, de forma a evitar o seu desaparecimento após a soltura.

Diferentemente dos incisos do art. 313, o parágrafo único nada diz a respeito da natureza da infração penal, nesse sentido, a preventiva poderá ser decretada tanto em crimes doloso quanto culposos, independentemente do *quantum* da pena enquanto perdurar a dúvida.

O dispositivo é uma importante inovação ao âmbito processual penal pelo fato de que não se pode deflagrar uma persecução penal a alguém que não tenha uma mínima identificação. A individualização do acusado é indispensável para a instauração do processo. Assim que a identidade do sujeito foi esclarecida, deve o preso ser imediatamente colocado em liberdade, salvo se o mesmo se enquadrar em outra hipótese de admissibilidade da manutenção da preventiva segundo os arts. 312 e 313 do CPP.

4.6 MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA E SUAS CARACTERÍSTICAS

Mandado de prisão é uma ordem judicial que viabiliza a execução da prisão nas hipóteses de ausência de flagrante. A Constituição Federal demanda ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária para que alguém seja preso: “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” (art. 5º, inciso LXI).

O mandado de prisão deverá atender aos requisitos do art. 285 do CPP:

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
- e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

Como regra geral, é indispensável a assinatura da autoridade competente para que o mandado tenha validade, constituindo um elemento essencial à sua existência, sob pena de ser nulo e inexecutável. Da mesma forma, a designação da pessoa que deve ser presa há de ser a mais específica possível, de maneira a individualizá-la para evitar possíveis abusos e/ou erros em casos de homônimos.

A infração penal deve ser detalhadamente escrita para que o preso saiba os motivos que o leva ao cárcere e, caso o crime seja afiançável, deve a circunstância constar expressamente no mandado para que assim o preso saiba da possibilidade de obter a liberdade provisória quando do pagamento.

O art. 286 do CPP, prevê a necessidade da duplicada do mandado, sendo que ambas as cópias devem estar assinadas pela autoridade judiciária. No mesmo dispositivo consta que após o cumprimento do mandado, o dia, a hora e o lugar da diligência devem ser especificados no mandado a ser entregue ao preso, que, caso se recuse a acusar, duas testemunhas deverão assiná-lo.

Sendo a infração inafiançável e o executor não estiver com o mandado em mãos no momento da captura, a falta de exibição deste não obstará a prisão, e o preso será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, conforme o art. 287 do CPP.

Apesar do dispositivo supramencionado autorizar a prisão sem a imediata exibição do mandado, o art. 288 determina a obrigatoriedade da exibição do mandado ao respectivo diretor ou carcereiro do sistema prisional, para que se evite o encarceramento de quem não tenha ordem judicial contra si.

É se suma importância reiterar a obrigatoriedade da fundamentação dessa ordem judicial. O art. 93, IX da Carta Magna vai de encontro ao art. 5º, LXI, estabelecendo que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. BADARÓ (2012, p. 745) salienta a necessidade da fundamentação:

O juiz deverá fundamentar sua decisão em fatos concretos, que demonstrem que a manutenção do acusado em liberdade colocará em risco a instrução criminal ou a provável condenação penal. Não bastam, pois, meras conjecturas, temores infundados, ou simples suspeitas. Muito menos poderá o juiz limitar-se a repetir as palavras da lei ou utilizar fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos.

Assim, a prisão preventiva não pode se fundamentar em meras suposições de fuga, com base na possibilidade de uma pena elevada ou no poder econômico do acusado. No que toca à prisão por conveniência da instrução criminal, não basta que o juiz diga, simplesmente, que assim agiu por conveniência da instrução criminal. É preciso que demonstre com fatos, com elementos do processo, que naquele caso concreto a prisão se faz necessária.

De certo, qualquer decreto prisional deverá ser igualmente fundamentado segundo os ditames legais para que tenha a devida eficácia e validade, ainda mais pela questão se tratar da constrição da liberdade de um indivíduo, situação excepcional em nosso ordenamento jurídico conforme já mencionado.

4.7 CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO

O cumprimento do mandado de prisão exige certas formalidades legais para que atinja efetivamente suas finalidades e seja considerado válido, bem como para que não haja abusos ou excessos.

Nos casos em que o acusado estiver em território nacional e fora da jurisdição da autoridade que expediu o mandado, sua prisão poderá ser deprecada, devendo a precatória constar o inteiro teor do mandado (art. 289 do CPP), observado sempre a regra do art. 354 do CPP no que se refere aos elementos constantes que a precatória deve indicar. Somente em casos de urgência o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança a ser arbitrada, em uma importante inovação trazida ao §1º do art. 289 do CPP pela Lei n 12.403/11, como forma de evitar burocracias no trâmite dessa precatória, de modo a evitar possível fuga do acusado.

A Lei nº 12.403/11 acresceu o art. 289-A ao Código de Processo Penal, o qual tem o objetivo de melhorar a comunicação entre autoridades policiais e judiciais por meio um banco de dados próprio mantido pelo Conselho Nacional da Justiça. O mandado de prisão deverá ser registrado nesse sistema e, a partir disso, constará em todo o sistema nacional. Dessa forma, ainda que o acusado esteja fora da jurisdição que expediu o mandado, poderá ser preso por qualquer agente policial, facilitando, assim, a efetividade do seu respectivo cumprimento, uma vez que ele passa a ser executável em todo o território nacional.

A regra do §3º do art. 283 foi acrescentada também pela Lei nº 12.403/11, e prevê que a prisão do acusado poderá ser feita em qualquer dia e qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. A garantia fundamental da inviolabilidade do domicílio é prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”. A partir disso, é possível concluir que, apesar da ampla possibilidade de se efetuar a prisão em qualquer dia, haverá ainda a restrição ao domicílio daquele que deva ser preso, que tem esse respaldo como uma garantia constitucional.

4.7.1 Uso de Algemas e Necessidade de Fundamentação

Uma importante questão a ser discutida quanto ao tema deste tópico se refere ao uso de algemas no momento da prisão. Muitas vezes, o emprego da algema extrapola certos limites,

acabando, em muitos casos, por expor o indivíduo propositalmente e lhe causar um constrangimento muito maior que o da própria prisão, o que, conseqüentemente, atenta contra os direitos constitucionais de sua liberdade individual. Há alguns dispositivos em nosso ordenamento que fazem menção a tal restrição.

Primeiramente, é importante mencionar o art. 5º, XLIX da CF/88 que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, direito este substancial que o resguarda de eventuais violências cometidas por policiais e torturas. A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) dispõe em seu art. 199 que o uso de algemas será disciplinado por decreto federal, todavia, anos se passaram desde a sua edição e não há nenhum decreto sobre o tema. No procedimento do júri, o art. 474, §3º estabelece que “não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”. Com isso, percebe-se o caráter excepcional do uso de algemas nessa hipótese, sendo este método reservado apenas às hipóteses que demandem uma maior segurança dos presentes no local.

Conforme os ensinamentos de LIMA (2016, p. 885) tendo como base o julgamento do HC 91.952, o STF entendeu que o uso de algemas por um cidadão durante toda a sessão do Júri estaria em confronto com a ordem jurídico-constitucional por não haver uma justificativa plausível e concreta para a manutenção do mesmo algemado em razão de não oferecer risco algum aos demais ali presentes. Foi entendido que a manutenção das algemas no acusado colocava a defesa em um patamar inferior pelo fato de que o procedimento do Júri ser acompanhado por pessoas leigas e que, nunca tendo contato com a situação, poderia indicar se tratar ele de alguém de alta periculosidade, acabando por influenciar e desalinhar o julgamento.

A decisão é digna de muitos elogios devido ao fato de utilizar de certa psicologia e entendimento cognitivo comportamental. De fato, para leigos pode ser chocante a prima vista se deparar com essa situação, afinal, vivemos em um país violento, onde a mídia se utiliza de noticiários policiais muitas vezes sensacionalistas que expõem cidadãos aos mais diversos constrangimentos e imprimem medo na população, apresentando presos algemados como verdadeiros troféus.

Somente em decorrência do referido julgamento, a questão teve relevância fazendo com que o Supremo Tribunal Federal editasse a Súmula Vinculante nº 11 que estabelece:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou

de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Deste modo, entende-se novamente sobre a excepcionalidade do uso de algemas, sendo restrita apenas às hipóteses de resistência, tentativa de fuga do preso ou de perigo à sua integridade física ou de outrem. O caráter excepcional deve sempre ser fundamentado por escrito através de um auto de utilização de algemas imediatamente após à prisão.

4.8 PRISÃO PREVENTIVA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS MEDIDAS CAUTELARES

A prisão preventiva será admitida quando nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão for cabível em sua substituição, segundo uma análise *contrario sensu* do art. 282, §6º do CPP. Nestes casos, a preventiva obrigatoriamente deverá ter fundamento nos arts. 312 e 313 do CPP.

Uma regra polêmica trazida pela Lei nº 12.403/11, trata-se da inserção do parágrafo único ao art. 312 que prevê que “a prisão preventiva poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)”. Inicialmente, pode-se chegar a duas hipóteses: a) independentemente do descumprimento de alguma das medidas cautelares, a prisão preventiva será decretada tão somente nas hipóteses taxativas do art. 313 do CPP; b) em caso de descumprimento das medidas cautelares, independente da espécie do delito, pena cominada, e das hipóteses do art. 313 do CPP, será possível a decretação da prisão preventiva.

NUCCI (2011, p. 69) compartilha do entendimento que “não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282, § 4º, parte final, do CPP, pode-se decretar a prisão preventiva, como última opção”. Entretanto, cabe uma análise mais completa da situação pois a questão a ser analisada é a constrição da liberdade de um indivíduo que, como já visto, não é a regra em nosso ordenamento, sendo utilizada somente como *ultima ratio*.

Cabe ressaltar que o descumprimento referido no art. 282, §4º, do CPP deve ser provado mediante devido processo legal, sendo assegurados ao acusado o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 282, §3º, do CPP, ressalvadas as hipóteses de casos de urgência ou ineficácia da medida.

Em se tratando de uma hipótese de decretação da preventiva, o dispositivo mencionado deve ser analisado em conjunto com os requisitos autorizadores da própria preventiva. Aqui, não se trata de situação que, desde o início, permite a decretação da preventiva, mas decorre do descumprimento de uma medida cautelar anteriormente imposta. Contudo, é exigido que essa prisão seja necessária e adequada ao delito pelo qual o indivíduo responde. Não é crível que se admita a decretação da preventiva pelo simples descumprimento de uma cautelar em que o acusado não oferece perigo de estar em liberdade (*periculum libertatis*).

Considerando o texto do art. 313 do CPP, infere-se que as hipóteses ali elencadas se baseiam na análise do art. 312 do mesmo Código. Evidencia-se, portanto, que os requisitos do art. 312 (*periculum in libertatis e fumus commissi delicti*) estão associados às hipóteses do art. 313. Logo, tais hipóteses devem ser consideradas como ponto de partida para a análise do cabimento da preventiva para que, somente depois, prossiga-se com a verificação dos dois requisitos do art. 312.

Nota-se, pois, que uma interpretação sistemática prova que o art. 313 é pressuposto para a aplicação da preventiva, partindo, depois de sua análise, para verificação dos requisitos do art. 312 do CPP. Deste modo, tendo o acusado descumprido uma medida cautelar e não se enquadrando ele em nenhuma das hipóteses do art. 313, caberá ao juiz optar pela substituição da medida ou pela cumulação com outra, devendo tal decisão ser igualmente fundamentada e lastreada nos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e legalidade, nos exatos termos do art. 282, incisos I e II do CPP.

BADARÓ (2012, p. 739) é assertivo ao tratar da questão e elucida a situação frente ao princípio da proporcionalidade:

Não é possível aceitar que o simples descumprimento baste para o que juiz possa – ou o que seria pior, deva – decretar a prisão preventiva. Se assim se interpretar o dispositivo, estar-se-á diante de uma hipótese de *periculum libertatis* abstrato, independentemente da análise do perigo no caso concreto. Há uma variada gama de medidas alternativas à prisão, e o descumprimento de uma medida de pouca restrição não parece justificar *op lege* a imposição da medida excepcional. Pode ser que uma medida intermediária baste para resolver a necessidade cautelar que o caso exige. Por outro lado, há casos de graves descumprimentos e hipóteses de pequenos desvios. Nestes últimos, a cumulação com outra medida ou a sua substituição por outra mais gravosa, ainda que não a prisão, basta!

Assim como a prisão preventiva originariamente decretada somente será cabível nas hipóteses do art. 313 do CPP, isto é, em regra, para os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (inciso I), também a prisão preventiva decretada em substituição à medida alternativa à prisão (art. 312, parágrafo único) somente será cabível

nas hipóteses do art. 313 do CPP. Logo, no caso de um crime de pequeno potencial ofensivo, se houve a decretação de uma medida alternativa à prisão (p. ex.: proibição de ausentar-se da comarca) que, posteriormente, foi descumprida, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva. Ora, ainda que tenha havido descumprimento da medida alternativa à prisão, se o prognóstico é que ao final do processo não será aplicada pena privativa de liberdade, não tem sentido impor ao acusado, a prisão preventiva, mesmo tendo havido prévio descumprimento de medida alternativa à prisão. A restrição da liberdade decorrente da prisão preventiva, em tal caso, não seria proporcional com eventual benefício que a prisão poderia causar para assegurar a instrução ou a aplicação da lei penal.

Como se vê, os motivos para adoção de tal alternativa são bem claros e partem, evidentemente, da lei, como demonstrado a partir da análise sistemática. Se há uma hipótese de decretação da prisão preventiva, que sejam então verificados os requisitos da mesma que possam autorizá-la. Outro ponto a ser destacado, conforme o próprio autor descreve, é a evidente desproporcionalidade que a preventiva pode causar, culminando em uma sanção mais grave do que a sanção penal a ser imposta ao fim da instrução, violando nitidamente o princípio da proporcionalidade/homogeneidade.

RANGEL (2005, p. 596) complementa sob a luz do princípio da homogeneidade:

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido. Exemplo: admite-se prisão preventiva em um crime de furto simples? A resposta é negativa. Tal crime, primeiro, permite a suspensão condicional do processo. Segundo, se houver condenação, não haverá pena privativa de liberdade face à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Nesse caso, não haveria homogeneidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida. O mal causado durante o curso do processo é bem maior do que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando de seu término.

Muito embora não exista nenhuma previsão expressa, toda prisão preventiva deve manter uma certa proporcionalidade entre a cautelar e a sanção a ser aplicada ao fim do processo. A questão também vincula o princípio da provisionalidade, não podendo se admitir que a medida provisória seja mais gravosa que a pena definitiva. Nestes casos de descumprimento de medidas cautelares, a grande minoria não necessita, de fato, da medida de constrição da liberdade pois, outrora já fazia jus ao benefício da liberdade provisória mediante o cumprimento de cautelares, o que indica a prévia ausência dos requisitos que ensejam a preventiva. Todavia, em se tratando de descumprimento injustificado e reiterado, ainda quando

tenha havido substituição ou cumulação, é cabível a preventiva, mesmo que não estejam presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP.

Nesse sentido, LIMA (2016, p. 829), defende, de certo modo, a decretação da preventiva nos casos que o acusado não preencha os requisitos do art. 313, sob argumentos de que o instituto das cautelares alternativas à prisão possa perder seu caráter coercitivo:

Por mais que se deva respeitar a homogeneidade das medidas cautelares, não se pode negar ao juiz a possibilidade de decretar a prisão preventiva no caso de descumprimento das cautelares diversas da prisão, ainda que ausente qualquer hipótese do art. 313 do CPP, sob pena de se negar qualquer coercibilidade a tais medidas. Realmente, se dissermos que, na hipótese de não preenchimento do art. 313 do CPP, jamais será possível a decretação da prisão preventiva diante do descumprimento das cautelares diversas da prisão, o art. 319 do CPP tornar-se-á letra morta em relação a tais delitos. Afinal, se o acusado sabe, antecipadamente, que a inobservância das cautelares jamais poderá dar ensejo à conversão em preventiva, isso implica em retirar qualquer força coercitiva das medidas cautelares recém-criadas pela Lei nº 12.403/11. De nada terá adiantado, assim, a criação de um amplo e variado leque de medidas cautelares diversas da prisão se, uma vez aplicadas e descumpridas, nada puder ser feito para neutralizar as situações de perigo do art. 282, I do CPP.

Portanto, tendo em conta que a própria eficácia das medidas cautelares diversas da prisão está condicionada, essencialmente, ao seu caráter coercitivo, de onde se extrai a importância da possibilidade de decretação da preventiva como ameaça constante que deve pairar sobre o acusado para a eventualidade de descumprimento injustificado das medidas do art. 319 do CPP, concluímos que, na hipótese do art. 282, §4º, c/c art. 312, parágrafo único, a preventiva pode ser decretada independentemente da observância do art. 313 do CPP.

Logo, chegamos à conclusão de que o simples descumprimento de uma medida cautelar não enseja, necessariamente, a decretação da prisão preventiva. Deve o magistrado ter um olhar global sobre o caso concreto e verificar qual medida será mais eficaz ao acusado e aos interesses coletivos, sob pena de, conforme mencionado pelo autor supra, negar-se a coercibilidade das cautelares alternativas à prisão e acabarem elas por não cumprir o seu papel. Não deixa de ser, também, uma análise de proporcionalidade, na qual deve haver a ponderação dos interesses do Estado, sociedade e acusado, embasada e fundamentada nos requisitos *periculum in mora* e *fumus commissi delicti*, sob risco de violação da homogeneidade e perpetuação da banalização do instituto e da excepcionalidade/*ultima ratio* da prisão preventiva.

4.9 EXCESSO E DEMORA NA PRISÃO PREVENTIVA

O princípio da razoável duração do processo foi inserido na Constituição Federal com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentando ao art. 5º o inciso LXXVIII, que prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, tornando-se, então, uma cláusula pétrea que não pode ser mitigada ou abolida. O princípio constitui uma importante evolução ao nosso ordenamento jurídico, trazendo a todos o direito público de ter sua demanda julgada em um prazo razoável, sob pena da caracterização de um injusto constrangimento.

Apesar de somente em 2004 o princípio ter sido introduzido expressamente na Constituição Federal, o direito internacional prevê há mais tempo a ideia da razoabilidade da duração do processo. Desde a década de 50, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais prevê em seu art. 5º, nº 3, o direito da pessoa presa ou detida ser julgada num prazo razoável.

Embora haja tal previsão constitucional, há um grande dilema em nosso processo penal no que se refere à indeterminação do prazo de duração máxima da prisão preventiva, o que fornece brechas para os mais diversos abusos e desrespeito a direitos e garantias fundamentais do investigado, passando a prisão preventiva a ter de caráter sanção antecipada. Ao contrário da prisão temporária, a preventiva não estipula prazo para sua duração (LIMA, 2016, p. 954). E não se trata de uma questão de interpretação de lei. Não existe mesmo nenhuma definição de prazo máximo de duração e manter o acusado preso excedendo um prazo razoável é um tratamento degradante e desumano, sobretudo pelo fato de ainda serem considerados inocentes pelo princípio fundamental da presunção da inocência.

Ademais, apesar do CPP estabelecer prazos para os atos processuais, quando estes são ultrapassados e tornam, conseqüentemente, a prisão ilegal, não há qualquer sanção processual, o que perpetua a incógnita acerca de uma questão tão grave e séria quanto a liberdade de um indivíduo. Deste modo “o sistema brasileiro adotou a denominada “doutrina do não-prazo, pois deixa amplo espaço discricionário para a avaliação segundo as circunstâncias do caso e o sentir do julgador”. (LOPES JR, BADARÓ, 2009, p. 41).

De acordo com o entendimento de LOPES JR. (2009, p. 72) “pela conjugação do inc. LXXVIII com o inc. LXV, pode se concluir que existe de forma explícita no ordenamento jurídico o direito de o acusado ter sua prisão imediatamente relaxada se a duração do processo penal exceder ao prazo razoável”. Deste modo, se a prisão é ilegal, evidente é a caracterização de constrangimento ilegal, devendo a autoridade judiciária imediatamente relaxá-la, sendo o

habeas corpus (art. 648, II, do CPP) o remédio adequado a resolver a questão caso a autoridade coatora não conceda a liberdade imediatamente.

No Brasil, em uma tentativa de sanar essa brecha, a jurisprudência havia estabelecido o prazo de 81 dias para o encerramento da instrução se investigado estivesse preso. Contudo, com o advento da Lei nº 11.689/08 e 11.719/08, que trouxe uma reforma no Código de Processo Penal, instituindo novos prazos para o cumprimento dos procedimentos, a contagem dos prazos para a conclusão da instrução passou a variar de 95 a 190 dias.

4.9.1 Hipóteses que Autorizam o Reconhecimento do Excesso de Prazo e o Princípio da Proporcionalidade

Considerando a incógnita no ordenamento acerca dos prazos da prisão preventiva, consolidou-se na jurisprudência brasileira a justificação da manutenção do cárcere privado com base no princípio da proporcionalidade de maneira a justificar o excesso de prazo, a depender da peculiaridade de cada caso. O entendimento é baseado em parâmetros do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em três critérios consagrados: a) complexidade do caso b) atuação das partes c) comportamento das autoridades judiciárias.

LOPES JR. (2014) critica o discurso do excesso de trabalho e demanda como justificativa para a manutenção da prisão, afirmando que “é inadmissível transformar em “devido” o “indevido” funcionamento da justiça.

Sobre o tema NUCCI (2010, p. 613) ensina que o excesso de prazo é justificado também pelo princípio da razoabilidade e quando, muitas vezes, o excesso é causado pela defesa:

A Justiça brasileira, de um modo geral, ainda padece de lentidão e burocracia, embora já exista preceito constitucional expresso, homenageando a economia processual: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, da CF). A jurisprudência vale-se, atualmente, do princípio da razoabilidade para determinar a soltura do acusado, por excesso de prazo, bem como para mantê-lo preso, quando não se perceber outra alternativa, por se tratar de crime grave, agente perigoso e, muitas vezes, vislumbrar-se atitudes procrastinatórias da própria defesa.

Destarte, quando ficar provado que o excesso de prazo se deu por conta de atitudes procrastinatórias da própria defesa, não restará configurado nenhum constrangimento ilegal que

autorize o relaxamento da prisão, devendo ser levadas em consideração a complexidade do caso concreto à luz da razoabilidade. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE E PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312. ADMISSIBILIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PRECEDENTES. COMPLEXIDADE DA AÇÃO PENAL E PLURALIDADE DE RÉUS. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. PRECEDENTES. 1. Não se conhece de habeas corpus impetrado contra decisão de indeferimento de liminar proferida por Tribunal Superior. Entendimento sumulado por esta Corte. 2. O impetrante não demonstrou a excepcionalidade do caso concreto, que poderia conduzir à superação da súmula nº 691 desta Corte e ao conhecimento de ofício de suas alegações. 3. É plenamente justificada a manutenção da custódia cautelar decorrente da prisão em flagrante por tráfico de drogas quando, além da proibição da liberdade provisória legalmente imposta pelo art. 44 da Lei nº 11.343/06, estiverem presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP. 4. A duração do processo se submete ao princípio da razoabilidade, havendo inúmeros critérios que auxiliam na determinação do excesso. A complexidade da ação penal e a pluralidade de réus podem ser motivos bastantes a uma tramitação processual menos célere que a habitual. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 104845/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 10/8/2010).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. ELEVADO NÚMERO DE RÉUS E COMPLEXIDADE DA AÇÃO PENAL. RAZOABILIDADE. Paciente denunciado com outras vinte e quatro pessoas integrantes de organização criminosa voltada ao tráfico de entorpecentes. O elevado número de réus torna a ação penal complexa, demandando prazo razoável para o seu término. Ordem denegada. (HC 101110/CE, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ de 12/2/2010).

O entendimento se tornou a súmula 64 do STJ: “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela defesa”. Igualmente, a súmula 52 do STJ prevê que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”, uma vez que é sabido que, encerrada a fase probatória, tão logo será proferida a sentença de mérito.

Portanto, afere-se uma verdadeira omissão em nosso ordenamento sobre a durabilidade de tal medida cautelar, gerando dúvidas e, conseqüentemente, em muitas ocasiões, excessos e abusos que devem, mediante uma análise de razoabilidade e das particularidades de cada caso, serem sanados para que haja efetivamente dos direitos e garantias constitucionais do preso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto neste trabalho, chegamos à conclusão de que a modificação trazida pela Lei nº 12.403/11, ao estabelecer um vasto rol de medidas cautelares alternativas à prisão, teve substancial importância para o processo penal, não só pela inovação de alternativas à prisão cautelar, mas em razão de ter estabelecido a prisão preventiva como uma medida de exceção a ser utilizada somente quando nenhuma outra for cabível. Isso reforça o respeito e supremacia das garantias constitucionais da liberdade do cidadão.

As medidas cautelares são, sobretudo, um meio para se garantir a eficácia da investigação ou do processo, comprometido muitas das vezes pela demora na prestação jurisdicional decorrente da morosidade da Justiça. Para tanto, é preciso uma análise prévia dos requisitos de adequação e necessidade, constantes no art. 282 do CPP. Nesse sentido, as garantias individuais da liberdade do cidadão elencadas no texto constitucional resguardam os direitos daquele que se vê na condição de sujeito passivo de uma investigação ou de uma ação penal em curso e tem a iminência da restrição de sua liberdade. Destarte, a inviolabilidade da liberdade somente cederá em caráter excepcional, segundo os parâmetros de legalidade e às particularidades do caso concreto.

As tutelas cautelares alternativas à prisão acabaram com a bipolaridade que antes predominava em nosso ordenamento processual penal – prisão ou liberdade provisória. São medidas de grande relevância nos casos em que a prisão preventiva não seria cabível e que a liberdade provisória sem restrições poderia colocar em risco a aplicação da lei penal. Agora, a liberdade provisória pode estar condicionada a essas medidas cautelares alternativas, de modo que atuam em favor tanto dos interesses do acusado, quanto do próprio Estado, que tem uma garantia de que o acusado não ficará em desídia com suas responsabilidades.

Tanto as medidas cautelares alternativas à prisão quanto a prisão preventiva estão submetidas à análise da conjugação dos pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O fundamento de preferência da primeira em face da segunda se dá em razão da gravidade e ônus da medida, que restringe a liberdade de um indivíduo. Além disso, como explicitado, a desproporção entre a decretação de uma prisão cautelar em certos tipos de crimes em que sanção a eles cominada ao fim do processo, muitas vezes, sequer seria a privação da liberdade, fere o princípio da razoabilidade.

A prisão preventiva poderá ser decretada em caso de descumprimento de medidas cautelares alternativas, segundo o teor do art. 312, parágrafo único, do CPP. Todavia, para que

tal hipótese seja admitida é mister uma análise global das peculiaridades de cada caso concreto, bem como, evidentemente, dos requisitos que permitem a decretação da preventiva. Nestas circunstâncias, caberá, preferencialmente, a substituição ou cumulação de medidas cautelares, de modo a restringir ainda mais a liberdade do investigado, deixando a preventiva, conforme os preceitos legais, como *ultima ratio*.

Por não haver prazo legal de duração para a prisão preventiva, todo excesso e demora será passível de solução através dos remédios pertinentes, sendo o mais viável, o habeas corpus. Contudo, há novamente a conveniência da verificação dos motivos da demora. Tendo eles fundamento em atos retardatários praticados pela defesa e/ou demais aspectos de complexidade do caso que prorroga a demora, não restará provado constrangimento ilegal.

Portanto, a grande questão da problemática está na ponderação dos limites entre o direito individual à liberdade e a efetiva prestação jurisdicional, que muitas das vezes não necessita da privação de liberdade do indivíduo para que seja garantida. A excepcionalidade da prisão preventiva é a regra em nosso ordenamento e, neste sentido, as medidas cautelares alternativas a ela emergem como uma solução acertada e viável para a garantia dos direitos à liberdade individual, desempenhando, assim, o papel do nosso Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. MARQUES, Ivan Luís. GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. MACIEL, Silvio. Prisão e Medidas Cautelares. Comentários a lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONFIM, Edilson Mougnot. Reforma do código de processo penal: comentários à Lei N. 12.403. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936, posteriormente reproduzido em Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1983. v. 9.

CANOTILHO, J.J Gomes. Constituição da República Portuguesa anotada. 3ª Ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio do In Dubio Pro Reo. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121916192/principio-do-in-dubio-pro-reo>> Acesso em: 24/09/2017.

_____. Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 23, p. 3, nov. 1994.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume único. 4ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____. Nova Prisão Cautelar doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: 2012.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito ao processo penal no prazo razoável. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

_____. Direito Processual Penal. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória segundo a Lei n. 12.403/11. 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/27/16> Acesso em: 10/10/2017.

MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. 18 ed. São Paulo: atlas, 2006.

MORAES, Maurício Zanóide. Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

_____. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Prisão e liberdade, As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Editora RT, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal.ed.11^a. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires.: Editores del Puerto; 2000.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Revista da AJURIS, ano XXXII, nº 97, março/2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.