

**Universidade Federal de Juiz de Fora**  
**Emiliana do Carmo Silva**

**AS INOVAÇÕES DO SISTEMA MULTICAUTELAR:  
uma análise sobre a aplicação da prisão preventiva nos casos de  
descumprimento das medidas cautelares**

Juiz de Fora  
2012

**Emiliana do Carmo Silva**

**AS INOVAÇÕES DO SISTEMA MULTICAUTELAR:**

uma análise sobre a aplicação da prisão preventiva nos casos de descumprimento das medidas cautelares

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Luiz Eduardo Moura Gomes

Juiz de Fora

2012

**Emiliana do Carmo Silva**

**AS INOVAÇÕES DO SISTEMA MULTICAUTELAR:**

uma análise sobre a aplicação da prisão preventiva nos casos de descumprimento das medidas cautelares

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Luiz Eduardo Moura Gomes

X

---

Luiz Eduardo Moura Gomes (Orientador)

X

---

João Daniel Gonelli

X

---

Paula Miguel Monteiro

Juiz de Fora

10/10/2012

Dedico este trabalho àqueles que dão um brilho especial a minha vida e que são fontes de amor, carinho e respeito: minha querida mãe e meu irmão.

Em especial ao meu pai, por iluminar meus passos durante todos estes anos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, por todo conhecimento a mim ofertado – em especial ao Professor Luiz Eduardo Moura Gomes pela atenção durante a confecção deste trabalho.

Ao meu irmão Vinicius, por todo apoio e incentivo.

A verdadeira dificuldade não está em aceitar ideias novas. Está em escapar das ideias antigas.

KEYNES

## RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar as inovações do sistema multicautelares, as quais vieram à baila por força da Lei nº 12.403/2011. Analisaremos em especial a possibilidade de decretação da prisão preventiva ante o descumprimento injustificado das medidas cautelares, uma vez que a lei é omissa quanto à possibilidade do descumprimento ocorrer por parte do acusado que não se enquadra nos casos em que é possível a decretação da prisão preventiva, nos moldes do artigo 313 do Código de Processo Penal. Para tanto, faremos um estudo dos pressupostos da prisão preventiva, bem como de suas hipóteses de incidência e dos princípios axiológicos que envolvem o tema. Por fim, resgataremos os valores da Teoria do Garantismo Penal mostrando sua ampla relação com os ideais do legislador ao editar a Lei nº 12.403/11.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema multicautelares. Prisão preventiva. Medidas cautelares. Proporcionalidade. Garantismo penal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. O PROCESSO PENAL E AS MEDIDAS CAUTELARES</b>	
1.1. Histórico .....	10
1.2. A tutela cautelar no processo penal .....	11
<b>2. AS INOVAÇÕES DO SISTEMA MULTICAUTELAR</b>	
2.1 A transição do sistema bipolar para o multicautelar .....	13
2.2. Medidas cautelares penais em espécie .....	14
2.2.1 Medidas cautelares penais de natureza pessoal.....	15
2.2.1.1. Cautelares penais pessoais diversas da prisão .....	15
2.2.1.2. Prisão preventiva.....	20
2.3. Pressupostos para a aplicação da prisão preventiva .....	22
2.4. Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva.....	25
2.5. Descumprimento injustificado das cautelares penais pessoais diversas da prisão .....	27
<b>3. PRISÃO PREVENTIVA E DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS MEDIDAS CAUTELARES</b>	
3.1. Prisão preventiva subsidiária.....	29
3.2. A prisão preventiva subsidiária sob o enfoque do princípio da proporcionalidade .....	31
3.3. Prisão preventiva subsidiária e o garantismo penal .....	34
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>38</b>

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.403/11, a qual entrou em vigor no dia 04 de julho de 2011, muitas foram as alterações em diversos institutos relativos à prisão e às medidas cautelares. A novel lei tende a se tornar um marco entre um processo penal punitivista e um novo processo penal mais garantista e democrático.

Antes da nova “Lei de Prisões”, como ficou conhecida a Lei nº 12.403/11, vigorava no nosso ordenamento processual penal o sistema bipolar. Deste modo, o juiz criminal possuía apenas duas opções, quais sejam, ou ele decretava a prisão cautelar do acusado ou concedia liberdade provisória. Este sistema, anterior à Lei nº 12.403/11, dava pouquíssimas possibilidades ao juiz, o qual não tinha como adotar posições intermediárias, tendo que ir da prisão à liberdade diretamente.

Com o advento desta nova lei a possibilidade de decretação da prisão cautelar e da liberdade provisória continuou existindo, mas foram criadas várias opções de medidas cautelares diversas da prisão (muitas já previstas na legislação penal pátria), as quais estão elencadas nos artigos 319 e 320, ambos do Código de Processo Penal. Sendo assim, o juiz passou a ter diversas possibilidades, ou seja, o sistema deixou de ser bipolar e passou a ser multicautelar.

Verifica-se, portanto, que a prisão preventiva passou a coexistir com as demais medidas cautelares penais e que o objetivo precípua do legislador foi tornar ainda mais excepcional o encarceramento daqueles que estão respondendo a um processo penal, restringindo as hipóteses de cabimento da prisão preventiva e outorgando aos magistrados um leque de medidas cautelares diversas da prisão a serem aplicadas, conforme as circunstâncias do caso concreto, todas com a função de acautelamento de interesses da jurisdição criminal.

Neste contexto destaca-se que, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal, em caso de descumprimento de tais medidas cautelares é cabível a decretação da prisão preventiva – hipótese também prevista no artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal. Isto se dá uma vez que o acusado não fez jus à medida menos gravosa e, portanto, deverá sofrer as consequências do seu descumprimento.

Dentro desta temática, discutiremos se a hipótese de prisão pelo descumprimento da medida cautelar, prevista nos artigos anteriormente citados,

legítima a imposição da medida, ou a vedação da prisão nesses casos impede a segregação preventiva.

Iniciaremos o presente trabalho expondo o contexto em que o Código de Processo Penal brasileiro foi criado e retrataremos, brevemente, como se dá a tutela cautelar no Brasil, com ênfase no Processo Penal.

Posteriormente estudaremos com mais profundidade as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, focando na transição do sistema bipolar para o multicautelar. Abrangeremos as espécies de medidas cautelares, bem como os pressupostos para aplicação da prisão preventiva e suas hipóteses de cabimento.

Abarcados estes temas, iremos nos prender a questão central deste trabalho, qual seja a decretação da prisão preventiva diante do descumprimento das medidas cautelares quando não ocorrer o preenchimento dos requisitos que autorizam a sua decretação.

## 1. O PROCESSO PENAL E AS MEDIDAS CAUTELARES

### 1.1. Histórico

A legislação processual penal brasileira entrou em vigor na data de 1º de janeiro de 1942, apesar de o Código de Processo Penal ser conhecido como “CPP de 1941”.

É importante observar que o diploma processual penal brasileiro, quando da sua elaboração, se inspirou no fascismo proeminente do Direito italiano, o que se comprova a partir de uma simples leitura da Exposição de Motivos elaborada pelo Ministro Francisco Campos.<sup>1</sup>

Não se pretende com isso afirmar que o referido diploma legal se trata de uma legislação propriamente fascista, mas que apresenta institutos com características das teorias de defesa social.

Prova disso é que o princípio fundamental e norteador do Código de Processo Penal era o da presunção de culpabilidade, ou seja, a existência de uma ação penal implicava um juízo de antecipação de culpa, o que era lamentável.

Logo, com a nova realidade instituída pela Constituição Federal de 1988 e pelos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, vários dispositivos originalmente previstos no Código de Processo Penal precisavam ser adaptados. Isto ocorre porque, conforme dispõe Renato Brasileiro<sup>2</sup>:

em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não pode ter como finalidade única a aplicação do direito penal objetivo, devendo também servir como garantia do cidadão contra o arbítrio. Era premente, pois, que o processo penal deixasse de ser apenas

---

<sup>1</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), nº II: “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (...) No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. (...) É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. (...)”

<sup>2</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 1124.

um instrumento do Estado para a concretização do *ius puniendi* e passasse a funcionar também como um espaço de participação democrática no exercício do direito penal.

Desta feita, buscando uma consonância com o texto constitucional e, também, com os referidos tratados internacionais, começaram a ser apresentados projetos de lei com o fim de alcançar uma maior racionalidade na prestação jurisdicional no âmbito processual penal.

Dentre oito projetos apresentados em janeiro de 2011, merece destaque o Projeto de Lei nº 4.208/2001, o qual foi aprovado no dia 07 de abril de 2011, culminando na Lei nº 12.403/11, a qual alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão e às cautelares penais.

A lei nº 12.403/11, conhecida como “nova lei de prisões”, evidenciou a regra de que as prisões processuais, principalmente a preventiva, devem ocupar o status de medida de caráter excepcional, figurando, nos dizeres de Luis Flávio Gomes, como *extrema ratio da ultima ratio* que é o Direito Penal.

## 1.2. A tutela cautelar no processo penal

Ao se tratar da tutela cautelar no processo penal é importante evidenciar que não é possível admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo. No entanto, a cautelaridade no processo penal se manifesta através de várias medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial.

Deste modo, a tutela cautelar penal é apresentada de forma independente do exercício de ação dessa natureza, a qual daria origem a um processo cautelar com base procedimental própria, sendo exercida através das mencionadas medidas cautelares, podendo ser aplicadas na fase investigatória ou no curso do processo.

A síntese da cautelaridade no processo penal está na urgência de que certos direitos sejam protegidos jurisdicionalmente e que as demais formas de tutela são inadequadas a essa proteção que só o Estado pode prestar, por ser o titular do monopólio da função jurisdicional.

Nos dizeres de Calamandrei<sup>3</sup>, os provimentos cautelares

---

<sup>3</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio sistemático dei provvedimenti cautelari**. Pádua: Cedam, 1936, p. 20. *Apud*, LIMA, Marcelo Polastrí. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 58.

representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça: 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, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.

Do exposto, pode-se afirmar que as cautelares processuais penais devem sempre estar ligadas a um caso concreto no qual estejam presentes os pressupostos cautelares gerais. De acordo com a doutrina tradicional estes pressupostos são o “fumus boni juris” e o “periculum in mora”, ambos, respectivamente, mais conhecidos na seara penal como “fumus comissi delicti” e “periculum libertatis”, os quais serão estudados de maneira mais aprofundada no decorrer deste trabalho.

Por fim, evidencia-se que o processo penal cautelar possui a finalidade precípua de assegurar, futuramente, o sucesso prático do direito ameaçado, “sendo crucial a separação adequada entre o campo do processo cautelar e as outras formas de processos sumários de natureza satisfativa e não cautelar”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar**. 2. ed. Porto Alegre: LEJUR, 1986, vol. XI. p.24.

## 2. AS INOVAÇÕES DO SISTEMA MULTICAUTELAR

### 2.1 A transição do sistema bipolar para o multicautelar

A lei nº 12.403/11 encerrou no sistema processual brasileiro a fase do sistema binário (ou bipolar), e inaugurou a fase do sistema multicautelar.

O sistema previsto originalmente do Código de Processo Penal estabelecia que ou o acusado responderia o processo permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe seria deferido o direito à liberdade provisória, lembrando que, antes do advento da lei nº 12.403/11, esta última era concedida àqueles que haviam sido presos em flagrante.

Este sistema, anterior à referida lei, dava pouquíssimas possibilidades ao juiz, se mostrando muito deficitário, visto que não tinha posições intermediárias, já que ia da prisão à liberdade diretamente. Desta feita, o juiz não dispunha de alternativa para assegurar a ordem processual e a aplicação da lei penal a não ser a prisão preventiva.

No entanto, com a entrada em vigor da nova lei, o rol das medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar foi aumentado de maneira expressiva. A nova redação do Código ofereceu várias medidas cautelares pessoais diversas da prisão para assegurar a ordem processual. Ressalta-se que tais medidas não são estranhas ao nosso ordenamento, uma vez que parte delas já possuía previsão na legislação, seja como sanção restritiva de direitos, seja como modalidade especial de cumprimento de privação de liberdade.

Desta feita, atualmente, o magistrado pode, além de decretar a prisão preventiva ou a liberdade provisória, pautado em critérios de legalidade e proporcionalidade, decretar qualquer das medidas cautelares elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, de forma isolada ou cumulativa, vinculada à liberdade provisória ou de forma autônoma à prisão. Razão pela qual a nomenclatura “bipolar” foi abandonada e o sistema passou a ser chamado de multicautelar.

Esta mudança fez com que a prisão preventiva passasse a coexistir com as demais medidas cautelares penais, porém, de forma excepcional, visto que a privação da liberdade do acusado deve possuir um caráter de *ultima ratio*, ou seja,

sempre que possível e eficaz, as medidas cautelares diversas da prisão devem ser preferenciais.

Nestes termos, evidenciando o entendimento de Pierpaolo Cruz Bottini<sup>5</sup>, conclui-se que

Essa superação da *mediocre dicotomia* – prisão ou nada – protege de forma mais efetiva o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque surge um novo rol de medidas de resguardo a ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, será a extrema e ultima opção. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão.

## 2.2. Medidas cautelares penais em espécie

Conforme observado no presente estudo, a tutela cautelar no processo penal é exercida através de medidas cautelares, as quais, preenchidos os seus requisitos, destinam-se a preservar os interesses que derivam do anseio social.

É importante que tais medidas não sejam analisadas presas à ótica da nova sistematização da lei nº 12.403/11, visto que o rol de medidas cautelares no processo penal é muito mais amplo.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima<sup>6</sup>, as medidas cautelares no processo penal se dividem, de acordo com a sua natureza, em três espécies, quais sejam: medidas cautelares de natureza civil, medidas cautelares de natureza probatória e medidas cautelares de natureza pessoal.

As de natureza civil, também chamadas de reais, são aquelas relativas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação. Já as de natureza probatória são aquelas relativas à proteção da prova, concorrendo para a busca da verdade. Por fim, as de natureza pessoal, são aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção do acusado, as quais, devido à relevância no presente trabalho, serão estudadas no item a seguir, em separado.

<sup>5</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11)**: novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10100&revista\\_caderno=3](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10100&revista_caderno=3)>. Acesso em 30 de maio de 2012.

<sup>6</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

### 2.2.1 Medidas cautelares penais de natureza pessoal

As medidas cautelares de natureza pessoal, conforme narrado anteriormente, remetem a uma restrição ou privação da liberdade de locomoção – direito fundamental – daquele que é investigado, acusado ou réu no processo penal. Deste modo, tais medidas, por suportarem uma enorme ingerência do Estado na vida privada do agente, carecem de uma fundamentação mais detalhada.

Com a chegada da Lei nº 12.403/11, as medidas cautelares de natureza pessoal passam a apresentar um rol extenso e exemplificativo, dentro do qual se destacam as cautelares penais pessoais diversas da prisão, a prisão preventiva e as medidas de contracautela.

A análise do presente estudo não engloba a apreciação das contracautelas, visto que estas possuem requisitos próprios e dispostos em disciplinas específicas, e que não correspondem à hipótese delimitadora adotada.

#### 2.2.1.1. Cautelares penais pessoais diversas da prisão

Como dito anteriormente, a Lei nº 12.403/11 realizou uma modificação substancial na estrutura cautelar do Processo Penal no Brasil, inserindo as medidas cautelares, as quais se afastam da medida extrema do cárcere e, simultaneamente, preservam-se distantes da ausência de rigor correspondente à simples liberdade do agente.

As medidas cautelares penais pessoais funcionam como instrumentos restritivos da liberdade, os quais possuem caráter provisório e urgente, sendo diversos da prisão, que servem como forma de controle e acompanhamento do acusado na persecução penal, desde que necessários e adequados ao caso concreto<sup>7</sup>.

O novo artigo 319 do Código de Processo Penal traz o rol das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão. É importante evidenciar que a alteração imposta pelo referido artigo pode ocasionar uma mudança de mentalidade daqueles operadores do direito que vêem a prisão preventiva como a única forma eficaz de manter o controle e a vigilância sobre o acusado.

---

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. De acordo com a lei 12.403/11. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

A primeira medida cautelar prevista no Código de Processo Penal constitui a obrigação de comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz para informar e justificar suas atividades. Esta medida cautelar demonstra a intenção do legislador em possibilitar que o investigado, acusado ou réu, fique à disposição do juízo para a prática de qualquer ato processual, bem como em garantir a fiscalização das atividades que o mesmo está exercendo.

Conforme expõe Nucci<sup>8</sup>, a medida cautelar em análise

não é desconhecida do sistema penal brasileiro. Na realidade, tem funcionado como condição para o gozo de vários benefícios, tais como, exemplificando, o regime aberto (art. 115, II, LEP), o livramento condicional (art. 132, §1º, LEP) e o *sursis* (art. 78, §2º, c, CP).

No entanto, é importante perceber que, ao contrário da condição imposta para a suspensão condicional do processo, na hipótese do comparecimento periódico em juízo como medida cautelar, o legislador foi omissivo quanto à periodicidade com que o acusado deve se apresentar em juízo. Isto possibilita ao magistrado uma melhor análise dos fatos, adequando tal medida às peculiaridades do caso concreto, por exemplo, respeitando as ocupações laborativas do beneficiário.

Outra medida cautelar estabelecida pelo diploma processual penal é a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares<sup>9</sup>, a qual tem por base o fato de que circunstâncias relacionadas ao fato indiquem que o acusado deva permanecer distante dos mencionados locais para que se evite o risco de novas infrações penais.

É mister destacar que a citada medida não pode funcionar como um simples método de vedação da liberdade de locomoção do acusado, pois a relação com o delito anteriormente praticado deve ser demonstrada para que a medida não perca a sua funcionalidade.

Para Pacelli, do mesmo modo que esta medida busca impedir a prática de novos delitos, ela também poderá “evitar a perturbação ou acirramento dos ânimos

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. De acordo com a lei 12.403/11. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>9</sup> Para Renato Brasileiro deve “o magistrado especificar quais os lugares que o acusado não pode frequentar, sendo inadmissível a proibição de frequência a determinados locais em termos genéricos, sem especificá-los”. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 1428.).

entre as pessoas dos locais em que deva ser proibido o acesso ou frequência, mesmo que não se tenha receio de reiteração criminosa”<sup>10</sup>.

A terceira medida cautelar disposta no artigo 319 do Código de Processo Penal é a proibição de manter contato com pessoa determinada. Esta medida só se justifica se os fatos anteriormente ocorridos indicarem que o agente deve permanecer distante de determinada pessoa.

Ressalta-se que esta medida não se restringe à pessoa da vítima e não possui caráter meramente espacial, ou seja, ela pode atingir testemunhas, peritos, bem como visa coibir qualquer tipo de contato, tais como os feitos através de internet, meios telefônicos, e outros meios aptos à transmissão de mensagens. Em síntese, a medida ora analisada, objetiva proteger pessoas determinadas inseridas em situação de risco em razão do comportamento anterior do agente.

Outra medida cautelar pessoal diversa da prisão é a proibição de ausentar-se da comarca<sup>11</sup>, a qual remete à necessidade inerente à investigação ou instrução, permitindo o deslinde do processo penal. Tal medida surgiu como alternativa viável em relação à prisão preventiva fundada na necessidade de aplicação da lei penal, tendo em vista a situação na qual o agente fornece, por meio de suas ações ou omissões, indícios concretos de que pretende se evadir do distrito da culpa.

Há também a previsão de uma medida cautelar para as hipóteses em que o acusado possua trabalho e residência fixos, que é o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.

A medida em tela visa evitar que o acusado se mantenha em contato social, quando fora da sua atividade laborativa. Por óbvio, é certo que tal medida deverá ser baseada na autodisciplina e no senso de responsabilidade do agente, o qual respeitará a medida por temer perder seu emprego e por querer preservar a sua rotina de vida.

---

<sup>10</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.504.

<sup>11</sup> Renato Brasileiro esclarece que para “que a adoção dessa medida não funcione na prática como uma mera advertência ao acusado, e objetivando assegurar sua operacionalidade e eficácia, o art. 320 do CPP prevê que 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 horas. Para além dessa medida, pensamos ser possível uma interpretação extensiva do quanto disposto no art. 289-A do CPP, de modo a se entender que, no banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, deve ser providenciado não só o registro imediato dos mandados de prisão, como também de qualquer outra medida cautelar que tenha sido imposta.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 1431.).

Outra cautelar prevista é a suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica, a qual exige a existência denexo causal entre a conduta desenvolvida pelo agente e a atividade de âmbito funcional desenvolvida pelo mesmo, deste modo, a simples prática do delito não autoriza a decretação da medida.

Esta medida cautelar possui aplicabilidade específica nos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública nos delitos contra a administração pública e contra a ordem econômico-financeira, visando evitar a reiteração criminosa pela proximidade do agente com os meios que utilizou para a realização do suposto crime e evitar que influencie a investigação e a instrução criminal se valendo de sua influência para levar a efeito os delitos. É importante observar que em razão do princípio da presunção de inocência, no caso de suspensão do exercício da função pública, o subsídio do funcionário continuará sendo provido, de modo que somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, poderá ocorrer a perda do cargo ou função e, conseqüentemente, a perda dos subsídios vincendos.

Já a medida cautelar de internação provisória busca evitar o recolhimento ao cárcere de pessoas inimputáveis ou semi-imputáveis, em face do risco de reiteração da prática de crimes com violência ou grave ameaça. Nesta esteira, tal medida deve ser aplicada com a finalidade de proteção da sociedade contra a possível prática de crimes graves.

A instituição da fiança como medida cautelar pessoal diversa da prisão foi uma das grandes inovações da Lei nº 12.403/11. Tal instituto, com a inovação legislativa, passou a ser tratado como medida cautelar autônoma, o que ampliou ainda mais a sua aplicabilidade, já que não necessita da prévia prisão em flagrante delito do agente. É importante evidenciar que a afiançabilidade assumiu a característica de regra geral, exceto nos casos específicos de vedações e impedimentos expressos provenientes de dispositivos legais e constitucionais.

A fiança é fixada levando em conta tanto critérios objetivos quanto subjetivos, ou seja, não basta que se analise a pena abstratamente prevista para o delito, a cautelar em análise se vincula também à situação financeira do agente.

Repetindo a expressão utilizada pelo já citado doutrinador Eugênio Pacelli, “novidade dentre as novidades”<sup>12</sup>, o monitoramento eletrônico deixou de ser uma exclusividade da execução penal e passou a ser possível, também, como medida cautelar autônoma e substitutiva da prisão.

A monitoração eletrônica consiste no uso da telemática e do uso de meios tecnológicos que permitem observar a presença ou ausência do agente em determinado lugar, no qual deveria ou não estar. Ressalta-se que isto geralmente ocorre através da afixação ao corpo do acusado de dispositivo de monitoração eletrônica, não ostensivo, o qual segue condições fixadas por determinação judicial.

Expondo o seu posicionamento, Pacelli defende que deve haver a concordância do monitorado para que a medida possa ser aplicada. Com a devida vênia, ousamos discordar do ilustre doutrinador, tendo em vista que, se assim fosse, a princípio, a medida cautelar em tela estaria recebendo um tratamento diferenciado das demais cautelares diversas da prisão. Por tal modo, se todas as cautelares, por realizarem uma ingerência na vida privada do indivíduo, exigissem a concordância deste, o juiz perderia o seu poder de conformação, garantido pelo artigo 282 do Código de Processo Penal, e ficaria subordinado aos desejos dos acautelados.

É de extrema importância salientar que além das cautelares dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal (já enumeradas neste trabalho), diversas medidas cautelares gozam de previsão na legislação penal extravagante, tendo aplicabilidade nas situações e nos casos dispostos em lei<sup>13</sup>.

Um primeiro exemplo está previsto no artigo 294 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), o qual prevê como medida cautelar a decretação, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, da suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição para a sua obtenção, diante da necessidade de garantia da ordem pública.

Há também exemplos na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), os quais, em sua maioria, atingem à pessoa do suposto agressor, buscando que este seja afastado do lar, proibido de se aproximar da ofendida, proibido de frequentar

---

<sup>12</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.510.

<sup>13</sup> No presente trabalho não iremos exaurir os exemplos de medidas cautelares diversas da prisão previstas em legislações extravagantes, de modo que citaremos apenas alguns para elucidar o tema. Ver mais sobre o assunto em: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. ps. 1441 a 1444.

determinados lugares e, inclusive, impossibilitado de realizar visitas aos menores dependentes.

As medidas cautelares diversas da prisão, para serem aplicadas, necessitam da presença do *fumus commissi delicti*, o qual se consubstancia na plausibilidade do direito de punir, englobando a prova da existência do delito (juízo de certeza) e os indícios de autoria (juízo de probabilidade), e do *periculum libertatis*, que é o perigo que a permanência do acusado em liberdade representa para a eficácia do processo, para a colheita da prova, para a efetividade do direito e para a própria segurança da coletividade. Do mesmo modo, quanto à infração penal faz-se necessário que seja cominada isolada, cumulativa ou alternativamente pena privativa de liberdade.

Nos termos do artigo 282, §1º do Código de Processo Penal, as medidas cautelares podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, de modo que podem ser cumuladas quantas forem necessárias. Tais medidas podem, inclusive, ser aplicadas àquele que estava em liberdade, como também funcionar como substitutivo de anterior prisão.

As inovações feitas pelo legislador, no sentido de incluir várias medidas cautelares diversas da prisão, foram por demais positivas. Isto porque, se a legislação brasileira considera muitas destas medidas eficientes para punir o indivíduo, conseqüentemente não se pode negar o caráter intimidativo que elas possuem para efeito de acautelamento no âmbito processual penal.

#### 2.2.1.2. Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma das espécies de prisão cautelar, assim como a prisão em flagrante e a prisão temporária. O Código de Processo Penal, em sua redação original, ainda previa outras prisões cautelares, tais como a prisão em virtude de pronúncia e a prisão administrativa. Porém, após serem colocadas em desuso pela *praxis* forense, estas foram revogadas pela Lei nº 12.403/2011.

A prisão preventiva é a medida cautelar privativa da liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal no que se refere à instrução, à segurança pública e à aplicação concreta da lei penal.

As substanciais modificações sofridas pela prisão preventiva, com o advento da nova lei de prisões, foram, obviamente, conseqüências da expressiva

contabilização de presos provisórios, quando se analisa a totalidade de ocupantes dos cárceres no sistema prisional brasileiro. Neste prisma, o jurista Luis Flávio Gomes<sup>14</sup> esclarece bem a nossa afirmação:

O Brasil conta com mais de meio milhão de presos (de acordo com os dados do Departamento de monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça - CNJ) e é o 4º no ranking mundial de encarceramento, atrás apenas dos Estados Unidos (2.292.133), China (1.620.000) e Rússia (1.620.000) (dados obtidos do King's Collega London (site <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>). Nos deploráveis e empestados depósitos de encarcerados, os condenados no regime fechado representam 56% da população carcerária (total de 277.601), enquanto que 44% correspondem aos presos provisórios (total de 220.886), que aguardam decisão definitiva (de acordo com a última atualização, 28/dez/10), do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

É extremamente benéfico para a nossa sociedade a restrição da utilização da prisão preventiva, visto que antes do advento da Lei nº 12.403/2011, ao Judiciário restava somente a estreita alternativa entre prender e soltar, o que levou a uma lamentável primazia das prisões provisórias.<sup>15</sup>

A prisão preventiva pode ser decretada pela autoridade judiciária competente durante as investigações ou no curso do processo, desde que preenchidos os pressupostos dos artigos 312 e 313, do CPP, os quais serão analisados em momento oportuno, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Desta feita, ninguém deverá ser preso ou mantido no cárcere se não estiverem presentes os referidos elementos.

Sendo assim, a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento da fase investigatória e a qualquer momento da fase processual. Ressalta-se que na fase processual a prisão preventiva pode ser decretada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deste modo, pode ser decretada até mesmo em fase recursal.

Diante da sua extrema gravidade, uma vez que tem como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, a prisão preventiva “somente se

---

<sup>14</sup> GOMES, Luis Flávio. **Presos provisórios: 44% do país**. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/mapa-da-violencia-carceraria/presos-provisorios-44-do-pais/>>. Acesso em 01/06/2012.

<sup>15</sup> Em Minas Gerais, de 41.569 presos custodiados no sistema penitenciário 23.537 são presos provisórios. (InfoPen – Estatística, dez.2011. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em 01/06/2012).

justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade”.<sup>16</sup>

É importante evidenciar que da mesma forma que a prisão preventiva não pode servir como sedante instantâneo da opinião pública, ela também não pode deixar de ser aplicada nas hipóteses em que o acautelamento prisional se perfaz necessário, sendo as medidas cautelares por demais brandas.

Destaca-se que no presente trabalho não se tem a pretensão de abordar todas as recentes disposições quanto à prisão preventiva, mas explanar a posição de subsidiariedade, quando comparada às demais medidas cautelares de natureza pessoal, que tal instituto assumiu com as disposições da Lei nº 12.403/2011.

### 2.3. Pressupostos para a aplicação da prisão preventiva

Antes de iniciarmos o estudo dos pressupostos para a aplicação da prisão preventiva é importante colocarmos em foco que a segregação *ad custodiam*, decretada no curso do processo, com finalidade de assegurar o seu resultado útil, assim como seu normal desenvolvimento, é a mais violenta medida processual penal que pode ser imposta a uma pessoa sujeita à persecução criminal.

Bem como as demais medidas cautelares, a prisão preventiva também está vinculada ao preenchimento do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Ressalta-se que com o advento da lei nº 12.403/2011, além da comprovação do preenchimento destes dois pressupostos citados, também se faz necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão<sup>17</sup>.

Aprofundando a temática do “*fumus comissi delicti*”, o qual foi rapidamente citado em tópico anterior, vemos que este representa a aparência de que o delito foi cometido pelo agente que se vê investigado ou processado. Tal afirmação tem clara

---

<sup>16</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 542.

<sup>17</sup> O Código de Processo Penal disciplina, em seu artigo 282, §6º, que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. No mesmo sentido, o artigo 310, inciso II, do mesmo diploma legal, dispõe que a conversão da prisão em flagrante em preventiva será possível, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal, e “se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

inspiração da processualística civil do *fumus boni iuris*, consolidando-se na verossimilhança dos fatos alegados.

A diferenciação da nomenclatura na esfera penal ocorre uma vez que não existe “fumaça do bom direito” quando um agente desenvolve uma conduta criminosa, mas a “fumaça” indicativa de que houve a ocorrência de um crime, possibilitando a implementação de uma tutela cautelar.

Desta feita, tem-se que o *fumus comissi delicti* se traduz na probabilidade da ocorrência de um delito, a qual se consubstancia na prova da existência de um crime e nos indícios suficientes de autoria. Sendo assim, enquanto a materialidade deve estar comprovada, quanto à autoria é necessário apenas indício.

É importante esclarecermos que o *fumus comissi delicti* é um pressuposto sem o qual nenhuma medida pode ser aplicada, em respeito aos direitos e garantias individuais.

Já o *periculum libertatis*, o qual também é um requisito indispensável para a segregação preventiva, traduz-se no perigo que a permanência do acusado em liberdade representa para a investigação, para a efetividade do direito penal e para a própria segurança da coletividade. Ele se consubstancia nas hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a garantia de aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal.

É interessante notarmos que “garantia da ordem pública” é um conceito muito vago. Deste modo, há quem entenda que esta prisão preventiva não tem natureza cautelar, ou seja, funciona como indevida modalidade de antecipação do cumprimento da pena, tendo funções de prevenção geral, as quais devem ser reservadas apenas para a aplicação da pena definitiva.

Em sentido diverso, preferimos nos posicionar com aqueles que entendem que esta prisão visa impedir a reiteração de condutas delituosas possuindo, sim, natureza cautelar. Corroborando esta ideia, Eugênio Pacelli esclarece que “*a prisão preventiva revela sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo*”.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p 542. Há ainda quem defenda que “garantia da ordem pública” engloba, além da prisão preventiva decretada em

No tocante à garantia da ordem econômica, tem-se que a prisão preventiva será decretada visando minimizar o risco de reiteração delituosa, porém, no que se refere aos crimes contra a ordem econômica.

Já a garantia de aplicação da lei penal trabalha com dados concretos, os quais demonstram que o acusado pretende fugir, inviabilizando a futura execução da pena. Esclarece-se que uma ausência momentânea, seja para evitar a prisão em flagrante, seja para evitar uma prisão ilegalmente decretada, não autoriza a decretação da prisão preventiva com base na garantia de aplicação da lei penal.

Por fim, a decretação da prisão preventiva para resguardar a conveniência da instrução criminal visa impedir que o agente cause prejuízos à busca da verdade, atrapalhando, por exemplo, a produção de provas. É importante evidenciar que, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez encerrada a instrução processual, a prisão preventiva decretada com base nesta hipótese deve ser revogada.

Por força do novo parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento injustificado das cautelares diversas da prisão. Porém, devido à extrema importância deste tema para o presente trabalho, ele será estudado em tópico posterior separadamente.

O último pressuposto da prisão preventiva é a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão. Neste caso a prisão preventiva exerce um papel de “ultima ratio”, ou seja, só pode ser decretada se comprovado que as demais medidas cautelares serão inadequadas ou insuficientes.

Do exposto, é importante evidenciar que para que a prisão preventiva seja decretada, não é necessária a verificação de mais de um pressuposto ao mesmo tempo, ou seja, basta a presença de um único deles para que a prisão preventiva possa ser decretada.

#### 2.4. Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva

Para que a decretação da prisão preventiva possa ocorrer é necessário, além do preenchimento de um dos pressupostos anteriormente citados, que a prisão seja aplicável à espécie nos termos das hipóteses legalmente previstas, caso contrário o decreto que determina a segregação cautelar carecerá de tipicidade.

Antigamente a decretação da prisão preventiva poderia ocorrer tanto nos crimes sujeitos à pena de reclusão, quanto nos crimes sujeitos à pena de detenção. Por igual modo ela poderia ser efetivada quando ficava constatado que o acusado era vadio, quando houvesse dúvida sobre a sua identidade, bem como ausência de elementos para o esclarecimento. Poderia ainda ser decretada nos casos de condenação definitiva por outro crime doloso e na hipótese de preservação das medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

No entanto, com o advento da Lei nº 12.403/2011, o legislador optou, a nosso ver, de maneira acertada, por restringir o raio de alcance do encarceramento cautelar.

Desta feita, nos termos da nova redação do artigo 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva será cabível para crimes dolosos, punidos com pena máxima superior a quatro anos, em caso de indivíduos reincidentes<sup>19</sup>, ressalvado o lapso temporal de cinco anos, o qual diz respeito à prescrição da reincidência (artigo 64, inciso I, do Código Penal), ou no caso de descumprimento de medida protetiva estabelecida em favor de indivíduo vulnerável (mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência) nos casos de violência doméstica ou familiar, bem como para fins de identificação.

Todas estas hipóteses são alternativas, e não cumulativas, então, em qualquer delas, desde que presentes os fundamentos do artigo 312 do referido diploma legal, será cabível a decretação da preventiva. Ressalta-se que no caso de prisão para identificação, esta deve limitar-se ao tempo necessário à obtenção correta dos dados relativos à identidade.

Do exposto, conclui-se que a nova lei optou por somente admitir, como regra, a segregação preventiva em situações em que o acusado irá, ao final do processo,

---

<sup>19</sup> Ressalta-se que reincidente é aquele que à época do crime tinha uma sentença condenatória contra si, e não no momento da condenação. É importante evidenciar que a lei estabelece o critério de reincidente específico para a decretação da preventiva, ou seja, não serve se a primeira condenação for por crime culposo (os dois crimes devem ser de natureza dolosa).

ser apenado com pena privativa de liberdade, o que, provavelmente, irá ocorrer nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Esta foi uma decisão louvável do legislador, visto que evita que o acusado sofra, injustificadamente, ao longo do processo, uma medida mais gravosa do que a que poderá receber quando da possível condenação. Nestes termos, é valiosa a lição de Rangel<sup>20</sup>:

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 do seu término. Entendemos, em uma visão sistemática do sistema penal como um todo, que, nos crimes de médio potencial ofensivo, ou seja, aqueles que admitem a suspensão condicional do processo (cf. art. 89 da Lei 9.099/95,) não mais se admite prisão cautelar.

Logo, percebe-se que, diante da nova opção legislativa, o juiz deverá avaliar, com base nas circunstâncias concretas deduzidas da acusação e já acolhidas na instrução criminal, se a pena que poderá advir de uma eventual condenação justificará a decretação da prisão preventiva, uma vez que pode ser que a sanção criminal que o acusado corre o risco de receber durante a marcha processual seja uma medida muito mais gravosa do que sua possível pena. Sendo assim, é inadmissível que alguém possa ter a sua liberdade suprimida em razão de medida cautelar, se ao findar do processo não será destinado ao cárcere em razão da sua pena.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 584.

<sup>21</sup> SCHIETTI, Rogerio Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.1000.

## 2.5. Descumprimento injustificado das cautelares penais pessoais diversas da prisão

Como dito anteriormente, uma hipótese que autoriza a decretação da prisão preventiva é o descumprimento injustificado das cautelares penais pessoais diversas da prisão. Isto ocorre para que se imponha força coercitiva às medidas cautelares. No entanto, mesmo o acusado demonstrando que não fez jus à medida menos gravosa, a ele deverá ser assegurado as garantias do devido processo legal, como contraditório prévio e ampla defesa, salvo nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

A lei prevê que se não cumprida a medida cautelar diversa da prisão o juiz pode substituir por outra mais gravosa, cumular com outra medida, ou, em último caso, decretar prisão preventiva. Neste caso, a prisão preventiva é chamada de prisão subsidiária.

Para Renato Brasileiro o juiz deveria fazer uma audiência ad-monitória para informar o acusado das possibilidades supracitadas, ou seja, ao decretar a medida cautelar o juiz deve informar o que pode ocorrer caso ele descumpra.<sup>22</sup>

A conversão da medida cautelar para a prisão preventiva, neste caso, ocorre porque o acusado não fez jus à medida menos gravosa e, portanto, deverá sofrer as consequências do seu descumprimento.

No entanto, a lei é omissa quanto à possibilidade do descumprimento das medidas cautelares ocorrer por parte do acusado que não se enquadra nos casos em que é possível a decretação da prisão preventiva, nos moldes do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Sendo assim, a questão que se coloca é averiguar se a hipótese de prisão pelo descumprimento da medida cautelar prevista nos artigos 312, parágrafo único, e 282, §4º, ambos do Código de Processo Penal, legitimam a imposição da medida, ou a vedação da prisão nesses casos impede a segregação preventiva.

Há uma primeira corrente, a qual vem se mostrando majoritária, que tem como expoente o doutrinador Eugênio Pacceli, que defende que não depende da observância do artigo 313 do referido diploma legal, visto que, para que as medidas cautelares tenham um caráter coercitivo é necessário que se possa converter em prisão preventiva.

---

<sup>22</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

Já para a segunda corrente, minoritária, defendida por Renato Brasileiro e a qual nos filiamos, há necessidade de observância do artigo 313, mesmo nas hipóteses de descumprimento injustificado das cautelares diversas da prisão.

### 3. PRISÃO PREVENTIVA E DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS MEDIDAS CAUTELARES

#### 3.1. Prisão preventiva subsidiária

Em classificação feita por Pacelli, a prisão preventiva pode ser autônoma ou subsidiária<sup>23</sup>. A primeira modalidade é aquela que se verifica quando presentes os requisitos dos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal. Já a segunda modalidade, a qual nós temos um interesse especial neste momento, é aquela decretada em razão do descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão.

As hipóteses de aplicação da prisão preventiva autônoma não apresentam grandes questionamentos, uma vez que o subjetivismo fica restrito às razões de cautela elencadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, e que já foram anteriormente abordadas neste trabalho.

Entretanto a prisão preventiva subsidiária é alvo de importantes discussões, mas, iremos nos deter à celeuma que surgiu na doutrina sobre o fato desta modalidade de prisão ter, ou não, que respeitar os requisitos normativos elencados no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Conforme ilustrado em momento anterior, a maioria doutrinária vem se posicionando no sentido de dispensar o preenchimento dos requisitos normativos, conforme bem ilustra Eugênio Pacelli<sup>24</sup>:

Quanto à possibilidade de decretação da preventiva fora das hipóteses no citado art. 313, CPP, há que se ponderar ser essa a única conclusão possível, sob pena de não se mostrarem efetivas as medidas cautelares diversas da prisão, nos casos em que a pena cominada ao crime doloso seja igual ou inferior a quatro anos (o teto estabelecido no art. 313, I). A prisão preventiva para garantir a execução das medidas cautelares, portanto, não se submete aos limites do apontado inciso I, do art. 313, CPP.

No mesmo sentido, Nucci defende que se esta não for a posição acolhida, as medidas cautelares se tornarão ineficientes e inúteis e poderão trazer de volta a cultura da prisão. O referido doutrinador argumenta ainda que as medidas cautelares

---

<sup>23</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.542-545.

<sup>24</sup> Idem 23, p. 544.

necessitam de respeitabilidade e de credibilidade, e que estas seriam adquiridas com a possibilidade de decretação da preventiva caso houvesse o descumprimento injustificado.<sup>25</sup>

Com a devida vênia, ousamos discordar dos estudiosos supracitados, e nos filiamos a uma corrente minoritária que, a nosso ver, defende uma posição mais acertada e em consonância com os interesses do legislador ao editar a nova legislação sobre o sistema prisional.

Assim como Rogério Sanches, entendemos que mesmo nos casos de descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão, é necessário considerar as condições de admissibilidade previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal. “Raciocínio diverso, além de fomentar a prisão provisória fora dos casos permitidos por lei, não observa que o art. 313 se aplica a todas as hipóteses do art. 312, não excepcionado o seu parágrafo único.”<sup>26</sup>

Considerar que a prisão subsidiária pode ser decretada sem o preenchimento dos requisitos do artigo 313, é dar margem para um aumento da quantidade de prisões preventivas, visto que aqueles que anteriormente não poderiam sofrer com a medida por não se enquadrar nos requisitos normativos, agora poderão ter a prisão decretada caso não cumpram com as obrigações impostas por força das cautelares aplicadas.

Isto se mostra incompatível com a intenção do legislador, que foi justamente excepcionar ao máximo a decretação desta modalidade de prisão. Permitir tal absurdo seria ir de encontro, inclusive, ao que o TJMG vem afirmando em suas decisões, isto é, que a Lei nº 12.403/2011 foi editada com o “*escopo de evitar a segregação cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória*”.<sup>27</sup>

A ideia que nos prende é evitar a aplicação de cautelar processual mais gravosa que a possível pena em caso de condenação definitiva. Sendo assim, não há sentido em determinar o recolhimento cautelar fechado durante o processo, pelo

---

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. De acordo com a lei 12.403/11. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.90-92.

<sup>26</sup> BIANCHINI, Aline; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 150.

<sup>27</sup> TJMG. HC nº 0452000-89.2011.8.13.0000. Rel. Des.(a) MARIA LUÍZA DE MARILAC. Publicado em 30/09/2011; TJMG. HC nº 1.0000.11.044890-9/000. Rel. Des.(a) MARIA LUÍZA DE MARILAC. Publicado em 26/10/2011.

fato de o réu ter descumprido uma medida cautelar, se a pena final que se quer assegurar é menos afliativa que o próprio meio para a sua garantia.

Há que se evidenciar, ainda, que no nosso sistema a liberdade é a regra e a prisão é a exceção. Portanto, diante da omissão legislativa a questão se resolve em prol da liberdade. Além do mais, permitir uma interpretação que prejudique o acusado, ou seja, alguém que ainda não carrega o “peso” de uma condenação, representaria um retrocesso na esfera do direito penal. Então, este entendimento (desarrazoado) só seria possível caso houvesse na legislação uma ressalva estabelecendo que nas hipóteses de descumprimento injustificado das medidas cautelares não irão incidir os requisitos normativos do artigo 313 do Código de Processo Penal.

### 3.2. A prisão preventiva subsidiária sob o enfoque do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, atualmente, é considerado um dos princípios mais importantes de todo o direito, sendo, em especial, um dos pilares do direito penal e processual penal.

Tal princípio impõe a proteção do indivíduo frente às intervenções do Estado que se mostrem desnecessárias ou excessivas, e que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

Então,

o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.<sup>28</sup>

Ressalta-se que o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito, uma vez que a Constituição Federal não o prevê de forma expressa. Este princípio é essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela dos direitos e garantias fundamentais, visto que proíbe o

---

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. ps. 120 e 121.

excesso e veda o arbítrio estatal. Como bem assinala Bitencourt, “o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno”.<sup>29</sup>

Não há dúvidas que atualmente o princípio da proporcionalidade apresenta uma importância estruturante em todo o sistema jurídico, atuando, especificamente, para que seus imperativos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos e condicionem a atuação do poder estatal. Portanto, a proporcionalidade apresenta uma especial garantia aos cidadãos, vez que impõe que as restrições à liberdade individual sejam contrabalançadas com a necessidade de tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem dentro dos parâmetros do que ela determina.<sup>30</sup>

No que se refere à aplicação das medidas cautelares, além da observância dos pressupostos necessários para a sua decretação, como por exemplo, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, é de extrema importância que a conduta do juiz frente ao caso concreto seja guiada pelo princípio da proporcionalidade, com a aplicação racional dos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Neste diapasão, é preciosa a lição de Luiz Flávio Gomes<sup>31</sup>:

As medidas cautelares previstas no título IX do CPP não podem ser aplicadas de acordo com a visão peculiar de cada julgador, isto é, de acordo com o “seu” código penal ou “seu” segundo código. Manda o art. 282, “caput”, do CPP, que sejam observados alguns critérios. Fez bem o legislador em fixar (explicitamente) alguns parâmetros para a aplicação das medidas cautelares. Além dos critérios explícitos em lei, outros são absolutamente indispensáveis.

Portanto, é correto afirmar que a medida cautelar de prisão apenas estará perfeitamente justificada se fundamentada e utilizada com respeito ao princípio da proporcionalidade, caso assim não fosse, a medida se afiguraria desproporcional e, conseqüentemente, inconstitucional.

---

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.

<sup>30</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>31</sup> BIANCHINI, Aline; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 41.

No tocante ao subprincípio da adequação, o qual é entendido como a idoneidade do meio para a consecução da finalidade estabelecida pela norma, a medida cautelar será proporcional se, por exemplo, a prisão se mostrar adequada ao resultado a ser obtido no processo. Deste modo, conforme elucida Renato Brasileiro, se a pena a ser aplicada em caso de condenação não corresponder à privação de liberdade ou, caso corresponda, possa ser substituída por outra, ou ainda, possa ocorrer a suspensão da execução, a prisão como medida cautelar não seria proporcional diante do subnível da adequação<sup>32</sup>.

Já sob a égide do subprincípio da necessidade, tem-se que diante das diversas medidas cautelares igualmente idôneas para a consecução do fim pretendido, deve o magistrado optar pela mais branda, em razão da primazia da intervenção mínima na esfera da vida privada do agente.

O último subprincípio da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, tem uma relevância diferenciada no presente trabalho, visto que é através dele que afastaremos por completo a possibilidade de decretação da prisão preventiva subsidiária sem que haja o preenchimento dos requisitos normativos elencados no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Através deste último subnível verifica-se a extrema importância do custo-benefício da medida a ser imposta. Desta feita, nos casos das 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 possivelmente venham a ser impostas ao final do processo. Isso porque seria inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo inocente fosse ainda pior que a da pessoa já condenada.<sup>33</sup>

Simplificando, tem-se que com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito as vantagens a serem trazidas pela adoção da medida devem superar as desvantagens.

Portanto, a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares, jamais poderá ocorrer se não houver uma interpretação conjunta dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

---

<sup>32</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

<sup>33</sup> Idem 32, p. 1150.

Entendimento diverso faria com que o mal causado durante o curso do processo fosse bem maior do que aquele que, possivelmente, poderá ser infligido ao acusado quando de seu término.<sup>34</sup>

Embora Pacelli seja favorável à decretação da prisão subsidiária sem o preenchimento dos requisitos do artigo 313 do Código de Processo Penal, o próprio autor ensina que se a imposição de uma medida cautelar de prisão pudesse trazer conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar a função exclusivamente punitiva.<sup>35</sup> Então, diante do desrespeito da proporcionalidade entre meio e fim, a prisão cautelar subsidiária, permitida em qualquer hipótese de descumprimento das cautelares, se tornaria uma pena antecipada e, o que é pior, em pena mais grave do que a que poderia ser aplicada ao acusado.

Em sintonia com o que foi exposto, esclarece Nayara Viana Rabelo<sup>36</sup> que a prisão provisória, para que seja considerada proporcional

deve ser ao mesmo tempo, apta para alcançar ou fomentar o objetivo pretendido, a medida que menos restrinja o direito à liberdade, mas que alcance o objetivo pretendido com igual eficiência, e menos gravosa do que a pena provável que poderá ser imposta ao réu. Basta a ausência de uma dessas características para a mesma ser considerada desproporcional.

A proporcionalidade da prisão cautelar, sob o crivo dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é, assim, a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*.

Conclui-se então que, toda e qualquer prisão provisória que se mostre desproporcional representa uma prisão inconstitucional e, além disso, arbitrária, razão pela qual não pode ser admitida.

### 3.3. Prisão preventiva subsidiária e o garantismo penal

A teoria do Garantismo Penal, elaborada por Luigi Ferrajoli em seu livro “Direito e Razão”, foi caracterizada como uma tentativa de teorizar um direito penal

---

<sup>34</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>35</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>36</sup> RABELO, Nayara Viana. **O princípio constitucional da proporcionalidade como sustentáculo da prisão provisória**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20216/o-principio-constitucional-da-proporcionalidade-como-sustentaculo-da-prisao-provisoria/>>. Acesso em 01/06/2012.

ideal de acordo com o emergente Estado Social Democrático, o qual clama por uma limitação do poder estatal frente aos direitos fundamentais do indivíduo, minimizando a violência e ampliando a liberdade.

Dentre os axiomas que compõem a teoria do Garantismo Penal, surge o da *nulla culpa sine iudicio* como um sério limitador da possibilidade de se prender preventivamente alguém acusado de ter praticado um crime. Segundo Ferrajoli, esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.<sup>37</sup>

O axioma supracitado é uma garantia fundamental de todo cidadão que está elencado em nossa Constituição Federal (art. 5º, LVII), sendo chamado de princípio da presunção de inocência, o qual consiste em uma cláusula pétrea.<sup>38</sup>

Para Ferrajoli, a histórica coexistência do princípio da presunção de inocência com o instituto da prisão processual não basta, por si só, para legitimar o encarceramento do acusado antes de uma decisão penal condenatória final.

É imperioso afirmar que sob a ótica da dignidade humana não é sustentável admitir-se a prisão preventiva como instrumento de política criminal sem a adoção de critérios mais rígidos.

De acordo com o autor da teoria em tela a prisão *ante iudicium* jamais poderá ser admitida, ressalvadas algumas situações especialíssimas. Ressalta-se que ele não desconhece as razões de fato que ensejaram a edição de normas processuais autorizadas da prisão preventiva, mas evidencia que nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos e este é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar.

Não podemos nos esquecer de que o processo penal não existe para o fim de proteger a maioria, mas para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas. Portanto, admitir a decretação da prisão preventiva subsidiária em casos que não há sequer previsão de pena privativa de liberdade para o acusado seria ir de encontro a todos os ideais processuais penais e representaria, claramente, um enorme retrocesso.

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>38</sup> Constituição Federal, art. 60, §4º, IV.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou evidenciar que as inovações do sistema multicautelares ocasionaram a quebra do binômio “prisão x liberdade provisória”. Porém, transparecendo que a imposição das medidas cautelares exige do acusado um respeito exposto às condições determinadas pelo juiz, sob pena de, em uma ordem crescente, a medida ser substituída por outra mais gravosa, ser cumulada com outra (s) ou, em último caso, ser substituída por prisão preventiva.

Por todo o exposto no desenvolver deste estudo, não restam dúvidas que a novel lei tem como objetivo precípua valorizar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, estabelecendo que a prisão preventiva deve ser decretada em último caso, sempre que as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes e inadequadas para garantir a persecução penal. De igual modo, procurou-se demonstrar que a decretação da prisão preventiva e das demais medidas cautelares deve se dar sempre pautada nos critérios de razoabilidade, ou seja, o princípio da proporcionalidade deve sempre nortear toda e qualquer medida que restrinja a liberdade do acusado.

No entanto, isso não nos permite pensar que com a entrada em vigor da nova “Lei de Prisões” a sensação de impunidade irá aumentar a partir da reforma, principalmente porque a inovação legislativa veio para dar uma visão mais constitucional, democrática e garantista ao processo penal. O fato de uma pessoa aguardar o processo em liberdade não significa que ela ficará impune no momento da sentença final. Esse é o preço que pagamos por vivermos em um Estado Democrático de Direito, afinal, o direito de punir do Estado só pode ser exercido por meio de um processo que legitime a aplicação da pena, ou seja, o devido processo legal existe e deve sempre ser respeitado.

Logo, admitir a aplicação da prisão preventiva ante o descumprimento injustificado das medidas cautelares sem que os requisitos de decretação da prisão preventiva, previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal, sejam preenchidos é ir de encontro ao que o legislador pátrio planejou ao editar a lei, é ignorar que devemos sempre nos pautar por uma interpretação sistemática de todos os dispositivos.

As pretensões do trabalho ora desenvolvido vão além de uma simples explanação sobre as inovações feitas pela Lei nº 12.403/2011. O objetivo maior

deste trabalho é possibilitar uma reflexão acerca do novo processo penal que se instala, isto é, um Processo Penal que se amolda aos novos rumos que a Constituição Federal de 1988 começou a traçar. De nada adiantaria lutarmos pelos direitos fundamentais dos indivíduos, engrandecendo a nossa Carta Magna, se não evoluirmos nas demais searas do Direito.

## REFERÊNCIAS

BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil.**

**Do processo cautelar.** 2. ed. Porto Alegre: LEJUR, 1986, vol. XI.

BIANCHINI, Aline; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.** 2.ed. São Paulo: RT, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11):** novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10100&revista\\_caderno=3](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10100&revista_caderno=3)>. Acesso em 30 de maio de 2012.

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Código penal brasileiro.** Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848compilado.htm> >. Acesso em: 06 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** Brasília, DF: Senado Federal.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari.** Pádua: Cedam, 1936, p. 20. *Apud*, LIMA, Marcelo Polastri. **A tutela cautelar no processo penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GOMES, Luis Flávio. **Presos provisórios: 44% do país**. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/mapa-da-violencia-carceraria/presos-provisorios-44-do-pais/>>. Acesso em 01/06/2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

InfoPen – Estatística, dez.2011. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em 01/06/2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. De acordo com a lei 12.403/11. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RABELO, Nayara Viana. **O princípio constitucional da proporcionalidade como sustentáculo da prisão provisória**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20216/o-principio-constitucional-da-proporcionalidade-como-sustentaculo-da-prisao-provisoria/>>. Acesso em 01/06/2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIETTI, Rogerio Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. HC nº 0452000-89.2011.8.13.0000. Rel. Des.(a) MARIA LUÍZA DE MARILAC. Publicado em 30/09/2011; TJMG. HC nº 1.0000.11.044890-9/000. Rel. Des.(a) MARIA LUÍZA DE MARILAC. Publicado em 26/10/2011.