

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL VIGENTE**

Fernando Henrique Alvarenga Santos Tunes

Presidente Prudente/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL VIGENTE**

Fernando Henrique Alvarenga Santos Tunes

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.<sup>a</sup> Ana Laura Teixeira Martelli.

Presidente Prudente/SP

2013

# A PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL VIGENTE

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Prof.<sup>a</sup> Ana Laura Teixeira Martelli

---

Prof.<sup>a</sup> Gisele Caversan Beltrami Marcato

---

João Augusto Arfeli Panucci

Presidente Prudente dia 12, de novembro de 2013

*“Só o bem neste mundo é durável, e o bem, politicamente, é todo justiça e liberdade, formas soberanas da autoridade e do direito, da inteligência e do progresso”*

*(Rui Barbosa)*

## **AGRADECIMENTOS**

Uma monografia deveria ser produto de uma atividade intelectual de caráter solitário. Entretanto, queda-se pela impossibilidade de veracidade da referida afirmação, uma vez que ninguém é tão bom ao ponto de não precisar de uma ajuda alheia.

E em assim sendo, gostaria de prestar os mais sinceros e alegres agradecimentos a minha orientadora Ana Laura Teixeira Martelli por todo o tempo despendido ao esclarecimento de minhas dúvidas, questionamentos e incertezas. Agradeço ainda por sempre fazer-se disponível e eficiente em seus apontamentos, resultando em um produto do qual muito contribuiu para a sua feitura.

Por fim, agradeço aos meus familiares por todo o apoio e incentivo a mim ofertados, em especial, meu pai, Rubens Santos Tunes, pelas sábias palavras e oportunos ensinamentos que me foram passados durante todo o meu caminhar.

## RESUMO

Cumpre-se com o presente trabalho a função de examinar e analisar o procedimento cautelar no Código de Processo Penal, as medidas cautelares de natureza pessoal, especificamente as prisões, contidas no Código de Processo Penal e legislação extravagante, cotejando-as com o direito fundamental, individual, da liberdade de locomoção a nós concedidos na Constituição da República, por meio de levantamentos de casos concretos, ocorridos no Brasil, bem como decisões proferidas pelo Poder Judiciário em geral. Na parte principal do presente trabalho, analisou-se, uma a uma, as prisões cautelares, quais sejam: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva; c) prisão temporária. No presente tema, ocorrera, recentemente, uma relevante alteração na aplicação de tais medidas, com o advento da Lei 12.403/2009, que modificou a sua utilização, resultando em uma aplicação errônea por parte dos operadores do Direito. A todos é garantido um processo eficiente, onde se inclui um processo que tenha o resultado final passível de ser atingido. Ou seja, às vezes a própria demora fisiológica do processo pode ser prejudicial para o resultado pretendido, devendo-se assim, obter do Poder Judiciário uma medida que o assegure, invocando-o ou utilizando-se do poder geral de cautela. Resta, finalmente, a análise da influência do clamor social em obter uma resposta rápida e eficiente do Estado, restringindo a liberdade de locomoção do indivíduo, vislumbrando-se, não poucas vezes, a ilegalidade e desnecessidade dessa medida, casos em que se descumprem determinados requisitos previstos na lei federal (CPP), bem como nas situações em que se necessita da constrição da liberdade, mas ela não é concedida, mesmo tendo embasamento legal.

**Palavras-chave:** Liberdade de locomoção. Inviolabilidade do domicílio. Medidas cautelares. Prisão em flagrante. Prisão preventiva. Prisão temporária. Requisitos. Relaxamento. Revogação.

## ABSTRACT

Complies with the present work the function of examining and analyzing the interlocutory proceedings in the criminal procedure code, the precautionary measures of a more personal nature, specifically the arrests, contained in the code of criminal procedure legislation and extravagant, comparing them with the fundamental right of freedom of locomotion, the US granted in the Constitution of the Republic, through surveys of specific cases, occurring in Brazil, as well as decisions made by the judiciary in General. In the main part of the present work, we analyzed, one by one, the protective prisons, namely: the) prison in the Act; b) pre-trial detention; c) temporary prison. In this theme, developed recently, a relevant change in the application of such measures, with the advent of 12,403 Law/2009, which modified its use, resulting in an erroneous application on the part of Jurists. Everyone is guaranteed an efficient process, which includes a process that has the end result to be reached. That is, sometimes the physiological process delay itself may be harmful to the desired result, and if so, obtain the judiciary a measure that ensures, by invoking it or using the general power of caution. Remains, finally, the analysis of the influence of social outcry to obtain a quick response and efficient State, restricting the freedom of movement of the individual, gleaming, not a few times, the illegality and avoidance of any such measure, cases in which fail to comply with certain requirements in federal law (CPP), as well as in situations where you need the constriction of freedom, but she is not granted even though legal basis.

**Key-Words** : Freedom of movement. Inviolability of the home. Precautionary measures. Arrest in flagrante. Probation. Temporary prison. Requirements. Relaxation. Revocation.

## SUMÁRIO

<b>1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DAS PRISÕES CAUTELARES</b> .....	11
1.1. Histórico das Prisões Cautelares no Ordenamento Jurídico, de 1941 a 2011 .....	11
1.2. Processo Penal e sua Tutela Cautelar .....	13
1.3. Alteração das Possibilidades de Aplicação das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal com a Vigência da Lei nº 12.403/2011 .....	14
<b>2. PRINCÍPIOS RELACIONADOS ÀS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS</b>	19
2.1. Princípio da Não Culpabilidade ou da Presunção de Inocência .....	19
2.1.1. Da regra de tratamento .....	20
2.1.2. Da regra probatória .....	22
2.2.3. Antecipação dos benefícios da execução penal na prisão cautelar .....	22
2.2. Princípio da Decretação Motivada .....	23
2.3. Princípio da Proporcionalidade .....	26
2.3.1. Adequação .....	27
2.3.2. Necessidade .....	27
2.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito .....	28
<b>3. DAS MEDIDAS CAUTELARES</b> .....	31
3.1. Requisitos para Aplicação das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal .....	31
3.2. Características das Medidas Cautelares .....	33
3.3. Medidas Cautelares Pessoais e seu Procedimento .....	34
3.3.1. Aplicação cumulativa ou isolada das medidas cautelares .....	34
3.3.2. Decretação das medidas cautelares <i>ex officio</i> .....	35
3.3.3. Requerimento para a decretação das medidas cautelares e seus legitimados. ....	36
3.3.4. A decretação das medidas cautelares e seu contraditório pretérito .....	37
3.3.5. Descumprimento da medida cautelar imposta .....	38
3.3.6. Substituição e revogabilidade das medidas cautelares .....	39

3.3.7. Duração e extinção normal das medidas cautelares .....	40
3.3.8. Da detração .....	40
<b>4. DAS PRISÕES CAUTELARES .....</b>	<b>42</b>
4.1. Legalidade da Prisão em Relação ao seu Momento .....	42
4.1. Da inviolabilidade do domicílio .....	43
4.2. Do mandado de prisão .....	44
4.3. Separação dos presos provisórios .....	46
<b>5. DA PRISÃO EM FLAGRANTE .....</b>	<b>47</b>
5.1. Conceito.....	48
5.2. Modalidades de Flagrante.....	48
5.3. Flagrante nas Várias Espécies de Crimes .....	50
5.4. Flagrante nas Várias Espécies de Ação .....	51
5.5. Objetivos da Prisão em Flagrante .....	53
5.6. Homologação da Prisão em Flagrante.....	54
5.6.1. Relaxamento da prisão em flagrante .....	54
5.6.2. Conversão da prisão em flagrante em preventiva ou temporária .....	55
5.6.3. Concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não, com as medidas cautelares diversas da prisão .....	56
<b>6. DA PRISÃO PREVENTIVA .....</b>	<b>57</b>
6.1. Legitimados para Requererem a Prisão Preventiva .....	57
6.2. Requisitos.....	58
6.2.1. Garantia da ordem pública .....	59
6.2.2. Garantia da ordem econômica.....	60
6.2.3. Garantia da aplicação da lei penal .....	61
6.2.4. Prisão preventiva e o artigo 366 do CPP .....	62
6.2.5. Conveniência da instrução criminal .....	62
6.3. Hipóteses que Admitem a Prisão Preventiva (Art. 313 do CPP) .....	63

6.3.1. Inciso I .....	64
6.3.2. Inciso II .....	64
6.3.3. Inciso III .....	65
6.3.4. Parágrafo único .....	66
6.4. Excesso de Prazo na Prisão Preventiva .....	67
6.5. Revogação da Prisão Preventiva .....	69
<b>7. DA PRISÃO TEMPORÁRIA .....</b>	<b>70</b>
7.1. Conceito e Requisitos (Art. 1 da Lei nº 7.960/1989) .....	70
7.1.1. Inciso I .....	71
7.1.2. Inciso II .....	72
7.1.3. Inciso III .....	73
7.2. Do Procedimento .....	75
7.2.1. Período de duração .....	76
<b>8. RESTRIÇÕES OU IMUNIDADES PRISIONAIS .....</b>	<b>78</b>
8.1. Governadores e Presidente da República .....	78
8.2. Deputados Federais, Estaduais ou Distritais e Senadores .....	78
8.3. Magistrado e Membros do Ministério Público .....	79
8.4. Advogados .....	80
<b>9. CONCLUSÃO .....</b>	<b>81</b>
<b>10. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>83</b>
<b>11. ANEXO I .....</b>	<b>84</b>

## **1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DAS PRISÕES CAUTELARES**

As prisões cautelares são aquelas prisões realizadas antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, onde o indivíduo tem a sua liberdade constricta antes de um provimento jurisdicional com ampla dilação probatória.

### **1.1 Histórico das Prisões Cautelares no Ordenamento Jurídico, de 1941 a 2011**

A violação ao princípio da presunção de inocência era gritante no sistema do Código de Processo Penal de 1941. O qual, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. O juiz não precisava ratificar a prisão cautelar, ela se convertia automaticamente em prisão preventiva. As hipóteses de liberdade provisórias eram poucas (art. 310 da redação original do CPP).

Tal violação era presente, uma vez que as prisões eram praticamente automáticas, por conta da presunção da culpabilidade do agente, mesmo antes de sentença condenatória definitiva.

Ocorria a antecipação do juízo de culpabilidade ocorrendo à antecipação do cumprimento da pena. A cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado definitivo, não era levada em consideração no sistema do Código de Processo Penal de 1941.

A prisão pode ser extrapenal ou penal (prisão decretada pelo juiz para fins penais, na sentença, durante a fase processual ou durante a fase preliminar de investigação).

A prisão penal deve ser dividida em prisão cautelar ou processual, consistente naquela ocorrida antes do trânsito em julgado e prisão definitiva que se constitui na restrição de liberdade após ampla dilação probatória.

A prisão provisória ou cautelar é a mais drástica das medidas cautelares, é a mais incisiva, uma vez que o sujeito se presume inocente e tem a sua liberdade privada antes mesmo de uma condenação final.

A prisão extrapenal se subdivide em prisão administrativa (disciplinar) e prisão civil.

Existiam cinco hipóteses de prisão cautelar, são elas:

- a) prisão temporária (Lei 7.960/89);
- b) prisão em flagrante (art. 302 do CPP);
- c) prisão preventiva (art. 312 do CPP);
- d) prisão decorrente de pronúncia (antigo art. 408, §1º do CPP);
- e) prisão decorrente de sentença recorrível (arts. 393, I e antigo 594, ambos do CPP).

Com o advento das Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 e dos novos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, passou a existir três situações de prisão cautelar (processual ou provisória), quais sejam:

- a) prisão em flagrante;
- b) prisão preventiva;
- c) prisão temporária.

Foram banidas do ordenamento jurídico as outras hipóteses de prisão cautelar.

As prisões de letra "d" e "e" foram extintas pelas leis que reformaram o Código de Processo Penal (Lei 11.689/2008 e 11.719/2008). O novo posicionamento do STF passou a vedar a possibilidade de execução provisória da pena.

Em resumo, os sistemas de prisões, ao longo dos recentes anos, vêm sofrendo diversas alterações. Em 1977, por força da Lei 6.416/1977, ampliou a possibilidade de liberdade provisória sem fiança (art. 310, parágrafo único do CPP). Como já fora dito alhure, as prisões decorrentes da sentença recorrível e da pronúncia foram retiradas do ordenamento jurídico pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008. O art. 387 do CPP exige do juiz fundamentação específica, na sentença, sobre a manutenção ou decretação da prisão preventiva. De acordo com a Súmula 347 do STJ o duplo grau de jurisdição independe da prisão do condenado.

Com a situação atual das prisões, restam apenas duas prisões cautelares, processuais, são elas:

- a) prisão temporária;
- b) prisão preventiva.

De acordo com o art. 283 do CPP, ambas necessitam de fundamentação do juiz, as demais formas de prisão cautelar foram retiradas do ordenamento jurídico. A prisão cautelar tem caráter excepcional, uma vez que o indivíduo goza do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, e terá sua liberdade de locomoção privada, não tendo ocorrido uma decisão transitada em julgado. Sem contar dos “riscos” que ele sofre estando dentro do atual sistema prisional. Por isso, a prisão cautelar deve ser utilizada em último caso, como *ultima ratio* e, conforme o já mencionado art. 282, §6º, do CPP, a prisão cautelar só será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, disposta no art. 319, do mesmo ordenamento jurídico.

## **1.2 Processo Penal e sua Tutela Cautelar**

No nosso sistema processual penal é certo, e evidente, a existência de diversas medidas cautelares prevista no Código de Processo Penal e na legislação especial, que servem para salvaguardar a tutela jurisdicional, bem como instrumentalizar o exercício da jurisdição quando necessário. Contudo, ainda não se pode admitir um processo cautelar autônomo no direito penal vigente.

As referidas medidas são utilizadas para assegurar a correta apuração do fato delituoso (prisão temporária), a futura e possível execução da sanção, a proteção da coletividade, a cessação dos delitos, para os casos em que se torna imprescindível sua aplicação. Uma vez que de nada valeria, por exemplo, uma sentença penal condenatória a pena privativa de liberdade, se o sentenciado já tiver se evadido do distrito da culpa.

O processo penal, assim como o processo civil, precisa dispor de mecanismos e instrumentos que sejam capazes de contornar os efeitos degradantes do tempo sobre o processo. Pois, de nada adiantaria a existência de uma sentença, onde se visa a ressocialização, se não é possível encontrar aquele que deve ser ressocializado.

As medidas cautelares processuais penais não estão elencadas de modo técnico no Código de Processo Penal, podendo ser encontradas tanto no título pertinente à prisão, às medidas cautelares e à liberdade provisória (Título IX do Livro I do CPP), mas também no título que versa sobre provas.

Desse modo, a doutrina classifica as medidas cautelares em:

a) medidas cautelares de natureza pessoal: são aquelas medidas privativas da liberdade, de locomoção, utilizadas durante a fase de investigação (Inquérito Policial) ou durante o curso do processo, aplicadas contra o agente que, em tese, praticou a infração penal, com o intuito de assegurar a eficácia do processo, aplicando-se certo grau de sacrifício da liberdade do sujeito, ora em maior grau de intensidade (prisão preventiva, temporária), ora com menor (art. 319 do CPP, medidas pessoais alternativas da prisão).

As prisões cautelares (prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária) são apontadas como exemplos de medidas cautelares pessoais. Mas, não somente elas, onde existem também as medidas cautelares diversas da prisão, inseridas no art. 319 do CPP, pela Lei nº 12.403/2011, e a chamada contracautela que é a liberdade provisória, com ou sem fiança;

b) medidas cautelares de natureza patrimonial: são aquelas relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens, como efeito da condenação. Estão descritas entre os arts. 125 e 144 do CPP (arresto, sequestro e hipoteca legal), e a restituição de coisas apreendidas, previstas nos arts. 118 a 124 do mesmo codex;

c) medidas cautelares relativas à prova: produção antecipada de prova testemunhal, disposta no art. 225 do CPP, assim como a busca e apreensão, prevista nos arts. 240 e seguintes do CPP.

Mesmo não existindo um processo cautelar autônomo, não quer dizer que essas medidas cautelares podem ser utilizadas a todo e qualquer direito, sem obedecer alguns requisitos e fundamentos próprios do processo cautelar.

### **1.3 Alteração das Possibilidade de Aplicação das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal no Ordenamento Jurídico com a Vigência da Lei nº 12.403/2011**

Uma das alterações dessa referida lei foi a mudança do disposto no Título IX do Livro I, que antes era “DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA” para “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”.

No Código de Processo Penal de 1941 até 2011 só existiam duas alternativas de medidas cautelares de natureza pessoal para o magistrado, ou ele utilizava a prisão cautelar ou a liberdade provisória, que somente era concedida para o sujeito que fora anteriormente preso em flagrante.

Eis o motivo que a doutrina chama de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Ou seja, antes da alteração, o acusado respondia ao processo com total privação da sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória, com fiança, ou sem fiança, cada qual com suas obrigações. Como o juiz não tinha outras opções, ou decretava a privação da liberdade do acusado ou deixava de decretar, o que, às vezes, colocava em risco a própria eficácia do processo.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, que teve por objetivo por fim a essa bipolaridade do sistema do CPP, ampliou-se de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, deixando para o magistrado a escolha de uma ou mais medidas que poderá utilizar no caso concreto, devendo sempre utilizar a que mais se adéqua ao caso, obedecendo a critérios de proporcionalidade e legalidade.

Atualmente existem 9 medidas cautelares diversas da prisão, conforme dispõe a nova redação do art. 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

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; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)). Ver artigo 320.

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

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; ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

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; ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

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; ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

IX - monitoração eletrônica. ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

Essa ampliação das possibilidades de medidas cautelares diversas da prisão cautelar proporciona ao magistrado a escolha da providência mais correta e eficaz ao caso concreto. Em certos casos, a adoção dessas medidas pode evitar a decretação da prisão preventiva, uma vez que o juiz pode encontrar nelas resposta suficiente para tutelar a eficácia do processo, sem a necessidade de adoção da medida extremada do encarceramento.

De acordo com Perpaolo Bottini (2008, pag. 455), a separação dessa dualidade (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 protetivas à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, fica restrita como opção extrema e última. 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.

De acordo com a nova redação do art. 321 do CPP, caso o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, verificar a ausência dos requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva (312), deve ser concedido ao preso à liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319, observando os critérios de necessidade e adequação do art. 282, I e II do CPP. Observa-se que as medidas cautelares do art. 319 do CPP, nesse caso, poderão ser adotadas como substitutivas da prisão cautelar, funcionando como instrumento de contracautela em relação à prisão preventiva.

Entretanto, a nova redação do art. 282, §2º do CPP, nos diz que as medidas cautelares diversas da prisão, listadas no art. 319, podem ser aplicadas não somente como medidas substitutivas e alternativas à prisão, mas também como medidas autônomas, que não guardam nenhum vínculo com anterior prisão em flagrante.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

Os requisitos para a aplicação de qualquer das 9 medidas cautelares, estão previstos no art. 282, II do CPP, considerando a adequação da medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente, nada impede que o magistrado opte por lhe impor uma ou mais das medidas cautelares diversas da prisão. Requisitos estes mais fáceis de serem obtidos, do que os da prisão preventiva, expostos no art. 312 do CPP.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, as persecuções penais em relação à infração que, pela legislação anterior, se encontravam desamparadas de medidas acautelatórias, agora podem utilizar-se de medidas cautelares diversas da prisão, importantes instrumentos de tutela cautelar do processo. Mostrando-se assim, a evidente vantagem à aplicação autônoma dessas medidas cautelares, já que seus requisitos são menos exigentes quando cotejados com os da prisão preventiva.

Ambas as medidas cautelares diversas da prisão, bem como a prisão preventiva e temporária, são espécies de medidas cautelares, quer dizer que, para a

sua decretação, é necessário a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Contudo, a prisão preventiva somente pode ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, salvo se o agente for reincidente em crime doloso, ou 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 (art. 313, I, II e III do CPP), a decretação das medidas cautelares diversas da prisão exige apenas que a infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente (art. 283, §1º do CPP). Eis, o motivo do art. 28 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas – (lei penal em branco), que não prevê pena privativa de liberdade, inexistir a possibilidade de imposição de qualquer hipótese de medida cautelar.

## 2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS ÀS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Ao falarmos em aplicação de medidas cautelares pessoais, resta evidente a restrição ao direito fundamental de liberdade de locomoção, ora com menor intensidade (medidas cautelares diversas da prisão, art. 319 do CPP), ora com maior intensidade (prisão preventiva e prisão temporária). Por isso, sua utilização deve observar alguns princípios.

### 2.1 Princípio da não Culpabilidade ou da Presunção de Inocência

O nome utilizado nesse presente tópico não é muito utilizado pela doutrina, uma vez que este princípio também é chamado, com maior frequência, de princípio da presunção de inocência, mas após a promulgação da Constituição da República, ao trazer expressamente esse princípio, o termo utilizado foi *culpado*, e não inocente.

Cesare Beccaria (1997, pag. 69), diz que:

“um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.”

Esse direito do indivíduo que está sob acusação de determinado delito, de ser considerado inocente até provarem o contrário, com a certeza do ocorrido, atualmente, encontra-se em grande escala espalhado pelo Direito Internacional.

Encontra-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no seu art. 9º. Na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art. 11. Bem como no Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 678/92), em seu art. 8. 2, que dispõe:

8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

O significado dado a este princípio pelo decreto alhure, é o de que, o juízo apreciador da causa, aquele que vai prolatar a sentença, deve analisar se a acusação (querelante ou Ministério Público) provou os fatos imputados ao acusado e, caso contrário, o juiz deverá absolvê-lo.

Esse princípio foi trazido expressamente ao nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVII. Porém, antes da promulgação dessa Carta Magna, esse princípio já se encontrava dentro do ordenamento jurídico, de maneira implícita, dentro da cláusula do devido processo legal.

Em análise, ao que dispõe o PSJCR e o referido dispositivo da CF, a aplicação desta tem mais alcance do que aquela, uma vez que, o último estende a presunção até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já o primeiro faz tão somente até a comprovação legal da culpa.

O princípio da não culpabilidade é trazido de forma clara no nosso ordenamento jurídico, na questão do afastamento desse princípio.

Art. 5º, LVII: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nota-se que só terá sua incidência afastada, no caso de trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Do referido princípio surgem duas regras: a regra de tratamento e a regra probatória.

### **2.1.1 Da regra de tratamento**

Ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A antecipação do juízo condenatório ou de culpabilidade é impedido pelo princípio da não culpabilidade.

Como regra, no nosso ordenamento jurídico, o réu responderá o processo em liberdade, porém, se for o caso, presentes os requisitos das medidas cautelares pessoais, que ocasionam a prisão do indivíduo, poderá ser decretada a prisão dele, sempre de forma excepcional e cautelar.

Desse modo, por força dessa regra de tratamento, que adveio do princípio da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente, enquanto não houver sentença penal condenatória com o trânsito em julgado.

O princípio da não culpabilidade, não proíbe a utilização de medidas cautelares pessoais, que são e serão aplicadas por razões excepcionais e tendem a garantir a efetividade do processo.

O art. 5º, LVII da Constituição Federal, não impede a utilização das medidas cautelares pessoais, uma vez que a permissão decorre do mesmo codex, no inciso LXI, sendo possível conciliar os dois dispositivos constitucionais sempre que a medida cautelar mantenha o seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária ao caso concreto.

O que não pode ocorrer na aplicação de qualquer medida cautelar pessoal é a antecipação dos efeitos da sentença, da sanção para com o acusado. A legitimidade das medidas cautelares encontra-se na comprovação da real necessidade da adoção, pelo Estado, da medida de constrição do direito de liberdade do réu ou indiciado.

Ao analisarmos os arts. 596 e 597 do CPP, podemos vislumbrar a desproporção de “forças” concedida ao réu e ao autor. Pois, a apelação da sentença absolutória não impede que o réu seja posto imediatamente em liberdade, e a apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, ou seja, o réu mesmo condenado será posto em liberdade. Isso decorre do princípio da não culpabilidade, uma vez que o réu ainda não foi condenado com trânsito em julgado. Salvo, se o magistrado impôs prisão preventiva.

As alterações produzidas pela Lei nº 12.403/2011 no Código de Processo Penal ratificam a nova orientação do STF. No que tange a nova redação do art. 283 do CPP.

Art. 283º. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)). (grifo próprio)

### **2.1.2 Da regra probatória**

Não cabe ao acusado provar sua inocência, mas sim à parte contrária, a acusação, a ela incumbe o ônus de provar que o réu praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na inicial, de maneira que não reste qualquer dúvida sobre a autoria e participação do delito.

Essa regra probatória deve ser utilizada sempre que a parte acusadora não conseguir provar a autoria do delito, menos que isso, se restar dúvida sobre tal apontamento. Uma vez que a acusação não se desvinculou do ônus da prova.

Para que uma sentença penal seja imposta ao acusado é necessário que se tenha a certeza da autoria, seja ela qual for (coautoria ou participação), porque se não, deverá o acusado ser absolvido, conforme dispõe o art. 385, VII do CPP.

No que já fora dito, sobre essa regra, esta não se confunde com o *in dubio pro reo*. Cabe a parte acusadora afastar o princípio da presunção de não culpabilidade, que recai sobre o acusado, demonstrando a certeza da autoria do delito cometido por ele. Após a realização do conjunto probatório e análise das provas é que vai ser utilizado o *in dubio pro reo*, onde no momento da valoração dessas, se ficar dúvidas, a decisão tem que favorecer o réu, pois a obrigação de provar que o réu praticou o delito é da acusação.

O *in dubio pro reo* só tem alcance até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O que quer dizer que, na revisão criminal não há de se falar em *in dubio pro reo*, uma vez que pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria. O ônus da prova na revisão criminal recai sobre a pessoa do requerente, sendo assim, no caso de dúvida o Tribunal deverá julgar improcedente a ação revisional.

### **2.1.3 Antecipação dos benefícios da execução penal na prisão cautelar**

Caso seja imprescindível a decretação ou manutenção do indivíduo na prisão cautelar, nada obsta a concessão antecipada dos benefícios da execução penal definitiva (com o trânsito em julgado) ao preso cautelar. Quer dizer que

incidem institutos como a progressão de regime, detração e outros previstos no ordenamento jurídico.

A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) prevê em seu art. 2º, parágrafo único, que aos presos provisórios são estendidos os benefícios dessa lei. O art. 42 do Código Penal, que trata sobre a detração da pena, permite que o tempo de prisão provisória seja descontado do tempo de cumprimento de pena.

Ademais, nesse mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal na Sumula nº 716 traz:

Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

## **2.2 Princípio da Decretação Motivada**

Para que as medidas cautelares pessoais sejam decretadas, elas precisam estar condicionadas à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, seja pela apreciação da prisão em flagrante, seja pela apreciação pretérita na prisão temporária, preventiva e imposição autônoma das medidas cautelares diversas da prisão. Essa motivação deve se basear nos elementos concretos existentes nos autos, a necessidade da privação cautelar, inclusive com a apreciação da possibilidade de concessão de liberdade provisória, sem ou com fiança (art. 310, inc. II e III do CPP).

De acordo com o art. 5º, em seus incisos LXI, LXII, LXV e LXVI, resta evidente que a Constituição da República outorga a aplicação de toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal a apreciação do Poder Judiciário. Essa previsão deve ser analisada com o Direito Internacional da liberdade. Conforme dispõe o art. 7, 2. e 3. (Direito à liberdade pessoal) do Decreto 678/1992 (Pacto de San Rose da Costa Rica):

Artigo 7.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários.

Em obediência a esse princípio com a atual redação do art. 282, § 2º, do CPP, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. No mesmo sentido, o art. 321 do mesmo codex dispõe que, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319, observados os critérios constantes do art. 282.

Por consequência desses dispositivos, a restrição do direito de liberdade do indivíduo deve resultar de uma ordem judicial, de caráter excepcional, motivada, pois a regra do nosso ordenamento é a liberdade.

Sendo assim, todas as medidas cautelares restringem, direta ou indiretamente, o direito de liberdade de locomoção, ora com menor intensidade (recolhimento noturno, proibição de freqüentar determinados lugares), ora com maior intensidade (prisão cautelar), podendo inclusive ser convertida uma medida cautelar descumprida em prisão preventiva, outra medida cautelar (art. 282, § 4º do CPP). Seria possível a decretação de prisão preventiva em Comissões Parlamentares de Inquérito ?

Nesse sentido o Ministro Gilmar Mendes (2010, pag. 997), nos diz:

O poder de investigação judicial que o constituinte estendeu às CPIs não se confunde com os poderes gerais de cautela de que dispõem os magistrados nos feitos judiciais. Estes não foram atribuídos às Comissões Parlamentares de Inquéritos.

Já que toda e qualquer prisão cautelar pressupõe ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, conclui-se que o art. 33, *caput*, da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983), não foi recepcionado pela Constituição Federal. Uma vez que tal dispositivo autorizava a autoridade, durante as investigações, que presidisse o inquérito manter o indiciado preso ou sob custódia, pelo prazo de 15 dias, comunicando imediatamente o fato ao juiz competente.

Essa decretação da medida cautelar pela a autoridade judicial, sempre deve ser prestada por aquele juízo que seja o competente, ou seja, somente o magistrado no exercício de sua função judicante. Mas, se uma medida cautelar for

decretada por juízo absolutamente incompetente, a maioria da doutrina entende que essa decisão não pode ser ratificada pelo juízo competente, no termos do art. 567 do CPP. Entretanto, no julgamento do HC 83.006/SP, o qual teve como Min.<sup>a</sup> Rel.<sup>a</sup> Ellen Gracie, o plenário do STF passou a admitir a possibilidade de ratificação pelo juízo competente inclusive de atos de caráter decisório.

Além da intervenção do Poder Judiciário, em se tratando de medidas cautelares pessoais, também deriva desse princípio a necessidade de fundamentação da medida, sendo imprescindível a demonstração dos motivos que justificam a restrição da liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Somente assim torna-se possível o exercício da ampla defesa e do contraditório, com relação aos requisitos em que se assenta o pronunciamento judicial.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, pag. 274) dizem que:

É através da fundamentação que se expressam os aspectos mais importantes considerado pelo julgador ao longo do caminho percorrido até a conclusão última, representando, por isso, o ponto de referencia para a verificação da justiça, imparcialidade, atendimento às prescrições legais e efetivo exame das questões suscitadas pelos interessados no pronunciamento judicial.

De acordo com Rogério Laria Tucci (2004, pag. 227):

É, mediante a motivação que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida.

Caso ocorra a decretação de uma prisão cautelar, e não esteja presente a fundamentação do juízo competente, ocorre uma nulidade absoluta do decreto de prisão, por se tratar de formalidade estabelecida na própria Constituição Federal, nos art. 5º, LXI, c/c art. 93, IX.

Uma exceção ao princípio da decretação motivada se encontra no art. 322 do CPP. Tal dispositivo traz a autorização que a autoridade policial tem em conceder fiança nos casos de infração penal cuja pena privativa de liberdade não exceda 4 anos. Como a fiança é uma espécie de liberdade provisória, também será uma espécie de medida cautelar, portanto, deve observância aos arts. 327 e 328 do

CPP. A concessão dessa medida cautelar pode ser realizada pela autoridade policial sem previa autorização judicial. Porém, caso seja verificado um excesso nessa concessão da liberdade provisória, por meio da fiança, nos termos do art. 338 do CPP, a autoridade judicial poderá cassar essa fiança concedida.

### **2.3 Princípio da Proporcionalidade**

Tecnicamente falando, o “princípio” da proporcionalidade não é um princípio, mas sim um postulado normativo, uma vez que norteia a aplicação de regras e princípios, ao invés de buscar um estado ideal.

Tal postulado tem por finalidade fazer com que o magistrado ao aplicar uma medida cautelar, como a prisão preventiva, leve em consideração os benefícios e os malefícios de tal medida.

Os benefícios seriam a devida segurança da persecução criminal, bem como a garantia da efetiva aplicação da pena. Já os malefícios seriam os problemas atuais do nosso sistema carcerário, como por exemplo, a super lotação.

Por isso que a prisão cautelar deve ser utilizada, somente, em caso de *ultima ratio*, para que não haja a perda da razão de existir do provimento cautelar. Se o provimento cautelar trouxer consequências mais graves que o provimento pretendido pelo processo, altera-se o caráter da medida cautelar, de assecuratório para o punitivo-retributivo.

Tal princípio é o fundamento da existência do Regime Disciplinar Diferenciado, redigido no art. 52 da LEP (Lei nº 7.210/1984). Tendo como justificativa, a segurança coletiva, bem como a ordem pública, que vem sendo ameaçada pelos criminosos já encarcerados.

Esse princípio possui requisitos externos e internos. Estes se subdividem em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já aqueles se subdividem em judicialidade e motivação.

A judicialidade se entende como sendo a necessidade de um órgão jurisdicional competente para decidir sobre a limitação dos direitos fundamentais de alguém. Já a motivação, como já fora abarcada, se entende, de maneira resumida,

como sendo a necessidade de fundamentos do magistrado, na decretação da restrição do direito fundamental da liberdade de locomoção.

Os requisitos internos, também chamados de subprincípios da proporcionalidade se subdividem em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

### **2.3.1 Adequação**

Esse primeiro requisito intrínseco (ou interno) da proporcionalidade, em sentido amplo, se entende como sendo adequada, àquela medida que atingir o seu resultado esperado, atingir o seu fim proposto.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2012, pag. 31/32):

Essa adequação deve ser aferida em um plano qualitativo, quantitativo e também em seu âmbito subjetivo de aplicação. A adequação qualitativa impõe que as medidas sejam qualitativamente aptas a alcançar o fim desejado. Exemplificando se o objetivo é evitar a fuga do acusado, não faz sentido querer proibi-lo de entrar em contato com certas pessoas, pois a medida adotada seria qualitativamente inadequada. A adequação quantitativa cuida da duração e da intensidade da medida em relação à finalidade pretendida. Supondo-se que uma prisão preventiva tenha sido decretada para assegurar a conveniência da instrução criminal, uma vez concluída a instrução processual, a medida deve ser revogada. Por derradeiro, a adequação na determinação do âmbito subjetivo de aplicação diz respeito à individualização do sujeito passivo da medida e à proibição de extensão indevida de sua aplicação.

Sendo assim, deve ser analisado se o meio escolhido está apto a produzir o resultado pretendido.

### **2.3.2 Necessidade**

Esse subprincípio também é comumente conhecido como princípio da intervenção mínima, da alternativa menos gravosa, da escolha do meio mais suave. Por força dele, o Poder Público deve escolher a medida menos gravosa, dentre todas as medidas que infrinjam o direito fundamental da liberdade de locomoção, que se identificam em suas finalidades.

Exemplificando, caso seja necessário o esclarecimento pelo suspeito de determinados fatos, tanto serve a utilização de uma intimação como o pedido de prisão temporária, para que contribuía para a investigação depondo. Entretanto, mesmo essas medidas sendo aptas a produzir o seu resultado prático, resta evidente a desproporção entre os bens jurídicos, direitos fundamentais. Sendo assim, o magistrado ao tomar uma postura sobre qual aplicar, deverá aplicar a menos gravosa. Salvo, se a prisão temporária for imprescindível para a investigação, por exemplo, para impedir que ocorra prejuízo na apuração dos fatos, causados pelo investigado.

É com base nessa necessidade do princípio da proporcionalidade que se mostra a importância das novas medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011. Com o aumento das alternativas cautelares de caráter pessoal (art. 319 do CPP), possibilita que o magistrado utilize a medida mais gravosa, ou seja, a prisão cautelar, se e somente se em caso de ineficiência das demais medidas cautelares para com a tutela da eficácia do processo penal.

Essa necessidade se encontra disposta no art. 282, § 6º do CPP, bem como na atual redação do art. 283, § 1º, do mesmo codex. Devendo-se assim, aplicar a prisão preventiva como última alternativa, sempre que possível.

### **2.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito**

O último subprincípio, a proporcionalidade em sentido estrito traz um juízo de ponderação entre o benefício trazido pela medida e o ônus imposto, com a intenção de averiguar se, se justifica a intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos. Em outras palavras, é a ponderação entre os resultados a serem obtidos e os danos causados com a aplicação dessa medida.

Em se tratando de direito processual penal, essa ponderação realizada pelo magistrado, encontra-se entre o interesse individual e o interesse estatal. De um lado o interesse estatal embasada na persecução penal, com o objetivo de tutelar os bens jurídicos protegidos nas normas penais, e do outro o interesse do acusado na manutenção de sua liberdade, sem qualquer tipo de restrição.

Atualmente essa proporcionalidade em sentido estrito deve ser observada, pois se encontra disposta no CPP em seu art. 282, II, que diz:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Mesmo que o *caput* desse dispositivo refira-se somente às medidas cautelares desse Título, é necessário, também, se analisar a adequação da medida, a gravidade do crime na decretação da prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/89, fora desse Título.

Sendo assim, existindo a necessidade de utilização das medidas cautelares, de natureza pessoal, para a investigação ou instrução criminal, para evitar a prática de novas infrações penais ou para garantir a aplicação da lei penal, nos moldes do art. 282, I do CPP, a escolha e a intensidade dessa medida devem ser estabelecidas segundo os critérios do inciso II, quais sejam: a) gravidade do crime; b) circunstâncias do fato; c) condições pessoais do indiciado ou acusado.

As medidas cautelares não têm função punitiva. Tal função é própria do momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e início da execução penal. Portanto, as medidas cautelares somente podem ser impostas quando, existirem a necessidade e adequação, mas elas não podem resultar na imposição de gravame maior do que aquele decorrente de eventual provimento condenatório. Não podendo então ser decretada a prisão cautelar de um indivíduo que cometeu um crime com pena restritiva de direitos (art. 283, § 1º do CPP), salvo se descumprir anterior medida cautelar, bem como a imposição da prisão cautelar por tempo superior ao da condenação futura.

Isso porque seria inócuo tratar aquele que ainda se presume inocente pior do que o comprovadamente culpado. Ocasionalmente sofrendo maior durante o trâmite do processo, do que com a efetiva condenação.

Eis o motivo da impossibilidade, em tese, de se decretar a prisão cautelar nos crimes de menor potencial ofensivo, pois em tais infrações existe a incidência de institutos despenalizadores, como a reparação civil (art. 76, Lei nº

9.099/95) e a transação penal (art. 76), para que não ferir a homogeneidade entre a medida cautelar e o resultado da análise do mérito do processo.

Esse mesmo motivo se aplica na possibilidade de se alterar as penas privativas de liberdade em restritivas de direito, conforme dispõe o art. 313, I do CPP.

### 3 DAS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares servem para restringir algum ou alguns direitos subjetivos do indivíduo, para proteger um bem jurídico tutelado pelo direito, ou para salvaguardar a eficácia de um provimento jurisdicional futuro. O direito violado por essa medida, de maneira mais incisiva, é a restrição da liberdade de locomoção total do indivíduo. Para que tal restrição aconteça, se faz necessário a observação de determinados requisitos, possibilidades e fundamentação para tal decisão, sob pena de ilegalidade da concessão.

#### 3.1 Requisitos para a Decretação das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal

A decretação de toda e qualquer medida cautelar está condicionada à presença de, pelo menos, dois requisitos, quais sejam: *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*.

Isto por conta da nova redação dada ao art. 282 do CPP, bem como ao princípio da não culpabilidade, lembrando que para a decretação da medida cautelar é necessário à existência de necessidade ao caso concreto.

Como a utilização da medida cautelar é realizada em caráter de urgência, o juiz ao analisar o seu cabimento, apreciará de maneira superficial, bastando a presença de indícios de autoria. Não se pode exigir do magistrado uma atividade cognitiva igual a que teria na prolação de um provimento definitivo. Sendo esta a aplicação da medida cautelar com base no *fumus boni iuris*.

O autor Ricardo Brasileiro de Lima (2012, pag. 39), dispõe:

O *fumus boni iuris* enseja a análise judicial da plausibilidade da medida pleiteada ou percebida como necessária a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança e em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento, ou seja, basta que se possa perceber ou prever a existência de indícios suficientes para a denúncia ou eventual condenação de um crime descrito ou em investigação, bem como a inexistência de causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade.

A expressão *fumus comissi delicti* surgiu através do autor Aury Lopes Jr, que entende que essa expressão não pode ser utilizada em sede de medidas cautelares pessoais, uma vez que não é a fumaça do bom direito que vai determinar a prisão de alguém, mas sim a existência de elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que a infração penal foi cometida pela pessoa o qual é suspeita e se pretende aplicar a medida cautelar.

De acordo com o art. 282 do CPP, para que seja utilizado e decretado uma medida cautelar diversa da prisão, é necessário, tão somente, a existência da necessidade e adequação. Nada se fala em *fumus comissi delicti*, entretanto, não podemos nos esquecer que estamos diante de um provimento de natureza cautelar. Portanto, para que não haja abuso na aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, se faz necessário a presença do *fumus comissi delicti*.

O *periculum in mora* se adéqua perfeitamente as medidas cautelares de natureza real (arresto, seqüestro), uma vez que na demora da obtenção da medida, resta evidente o possível dano no patrimônio do indivíduo. Já em sede de medidas cautelares pessoais, o perigo não deriva do transcurso do tempo, mas sim do risco da permanência da liberdade do agente, para com a investigação, ou o processo, ou a segurança social. Por consequente não se fala em *periculum in mora*, mas sim em *periculum libertatis*.

O rol do art. 319 do Código de Processo Penal nada mais é do que os objetivos que se buscam com a decretação da medida cautelar pessoal, diversa da prisão. Isso não quer dizer que com a aplicação de uma dessas medidas, esse objetivo se torna indispensável. Por exemplo, o inciso VI, do artigo mencionado, trata da suspensão do exercício da função pública, quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Esse objetivo pode ser variado, como no caso do indivíduo receber esta medida cautelar para que não prejudique a produção probatória, para que não prejudique o andamento do processo.

Tanto as medidas cautelares pessoais do art. 319 do CPP quanto à prisão preventiva do art. 312, do mesmo codex, têm por objetivo proteger a aplicação da lei penal, a apuração da verdade e a própria coletividade ameaçada pela possibilidade de novas infrações penais. O que vai variar ao adotar uma medida e não outra é o grau de lesividade decorrente de cada uma delas. Determinar a prisão preventiva de alguém, com base na garantia de aplicação da lei penal e

determinar a proibição de ausentar-se da comarca, com o recolhimento do passaporte do agente, o fazendo comparecer todo mês em juízo para auferir o que está fazendo e garantir que está por perto, têm a mesma preocupação em assegurar, acautelar a aplicação da lei penal, alterando apenas a quantia da liberdade do agente que vai ser sacrificada.

Machado Cruz (2006, pag. 141) dispõe que:

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

Portanto, após a alteração das medidas cautelares, o magistrado tem como alternativa a aplicação de diversas medidas cautelares, diferentes da prisão preventiva, onde se obtêm a mesma eficácia sem que seja violada a liberdade de locomoção, ou seja, o direito mais relevante, devendo ser esta a postura do magistrado.

### **3.2 Características das Medidas Cautelares**

- a) Preventividade: A medida cautelar busca evitar a produção do resultado que motivou a sua própria existência.
- b) Acessoriedade: A medida cautelar é usada para assessorar, acautelar algo, podendo ser um processo ou uma investigação, não existindo autonomia em relação a estes.
- c) Provisoriedade/Revogabilidade: O tempo de duração da medida cautelar é provisório, a sua duração está estritamente relacionada à sua finalidade. Sendo assim, com a obtenção da finalidade torna-se desnecessário a continuidade da medida. Exemplificando, a retirada do indivíduo de sua função pública, por receio de prejudicar a produção probatória, com o término desta, o indivíduo deve voltar para a sua função.
- d) Sumariedade: A análise realizada pelo magistrado, em relação ao conteúdo probatório, que se tem no momento, é realizada de forma superficial, por um

juízo de probabilidade de dano (*periculun in libertatis*) e de probabilidade do direito (*fumus comici delicti*).

- e) Jurisdicionalidade: A decretação das medidas cautelares pessoais é realizada pelo Poder Judiciário, ressalvada a possibilidade da autoridade policial conceder a liberdade provisória com fiança, nos casos expressos por lei (Art. 321 do CPP).
- f) Referibilidade: A medida cautelar deve se referir a uma situação de urgência, de perigo, a que se destina acautelar.
- g) Instrumentalidade: A medida cautelar é um instrumento para assegurar a eficácia de um processo ou investigação.

### **3.3 Medidas Cautelares Pessoais e seu Procedimento**

O processamento para a aplicação das medidas cautelares está exposto no art. 282 do Código de Processo Penal, e como já fora dito, somente pode ser decretado pela autoridade judiciária competente (princípio da decretação motivada).

Conforme dispõe o referido artigo a medida cautelar poderá ser aplicada de maneira isolada ou cumulada, decretada *ex officio* pelo juiz, mediante requerimento, representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

#### **3.3.1 Aplicação cumulativa ou isolada das medidas cautelares**

De acordo com o art. 282, §1º do CPP, as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Isso quer dizer que, dependendo da necessidade do caso concreto e da adequação da medida é possível que o magistrado adote uma ou mais medidas cautelares, sempre analisando a compatibilidade entre elas.

É o que ocorre, atualmente, nos casos de crimes relacionados ao trânsito, onde o indivíduo tem sua carteira de habilitação retida, cumulado com

proibição de freqüentar certos locais, tais como bares, boates e outros do mesmo gênero.

Caso a medida cautelar adotada seja a prisão preventiva ou temporária, não é possível a cumulação de qualquer outra medida dessa mesma natureza, uma vez que na aplicação dessas medidas se impõe o grau máximo de restrição cautelar, ao indiciado ou acusado, privando-o de sua liberdade de locomoção. Mas, todas as outras medidas diversas dessas podem ser aplicadas cumulativamente.

### **3.3.2 Decretação das medidas cautelares “*ex officio*”**

De acordo com o art. 282, § 2º do CPP:

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

O magistrado tem autorização legal para decretar a medida cautelar *ex officio*, e também a autorização para substituir a medida cautelar caso ocorra o seu descumprimento, conforme dispõe e autoriza o § 4º do mesmo diploma:

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

Diante dos dois parágrafos expostos, conclui-se que a decretação das medidas cautelares pessoais realizadas pelo juiz, na fase inquisitiva, pré processual, somente poderá ocorrer mediante provocação da autoridade policial ou do Ministério Público. Já no curso do processo essas medidas cautelares poderão ser decretadas *ex officio* pelo magistrado, mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

### 3.3.3 Requerimento para a decretação das medidas cautelares e seus legitimados

Como já fora dito, as medidas cautelares podem ser decretadas pelo magistrado, na fase investigativa, através da representação da autoridade policial, ou por meio do requerimento do membro do Ministério Público.

Uma questão inerente ao tema é a possibilidade de representação da autoridade policial para a decretação de uma medida cautelar de natureza pessoal, sem a manifestação do *Parquet*.

O Ministério Público é o titular da ação penal pública, de acordo com o art. 129, I da Constituição Federal. Como uma das características das medidas cautelares é a instrumentalidade, em relação à ação principal, devem elas ser pleiteadas pelo próprio titular da ação principal, de acordo com a melhor estratégia processual para viabilizar a ação principal.

Caso não se abra vista ao membro do Ministério Público, corre-se o risco de uma prisão preventiva, por exemplo, ser decretada em uma situação que se quer vislumbra-se justa causa, não sendo caso de oferecimento da denúncia, mas sim arquivamento do processo. Não existindo a instrumentalidade da medida cautelar com o processo principal.

Resta evidente a necessidade da oitiva do *Parquet*, para a decretação da medida cautelar.

E, caso haja conflito entre o entendimento da autoridade policial e o membro do Ministério Público, de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2012, pag. 50):

É possível a aplicação subsidiária do princípio da devolução inserido no art. 28 do CPP. Assim, como aponta a doutrina, o delegado e/ou magistrado, em caso de discordância do membro do *parquet*, devem devolver a apreciação da questão ao órgão superior do Ministério Público.

E o ofendido teria legitimidade para requer medidas cautelares na fase investigativa, nos crimes de ação penal privada ?

O art. 282, § 2º, “*in fine*” do CPP, não fala nada sobre a legitimidade do ofendido, porém, como a lei transfere a ele a legitimidade para a ação penal privada,

se transfere também, todos os instrumentos para o exercício do seu direito, dentre os quais de pleitear a aplicação de medidas cautelares.

Por ora, nada se falou sobre a legitimidade do acusado ou investigado, em pleitear a medida cautelar pessoal. Falando desse modo parece inócuo, porém, não pode ser desprezada tal possibilidade, uma vez que o § 3º do art. 282 do CPP, traz a possibilidade do acusado, que se depara com uma prestação pretendida pela vítima para que se decrete a sua prisão preventiva, em contra posição postule a decretação da medida cautelar menos gravosa.

### **3.3.4 A decretação das medidas cautelares e seu contraditório pretérito**

Após o advento da Lei 12.403/2011, de acordo com o art. 282, § 3º do CPP, a decretação de alguma medida cautelar deverá suceder a intimação da parte que recebera tal medida.

Isso fica claro na leitura desse dispositivo, no que tange ao pedido de aplicação de medida cautelar. Mas, nada se fala com relação à aplicação da medida cautelar de ofício pelo Magistrado, bem como na representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

Em regra, para todas essas hipóteses de decretação das medidas cautelares, deverá ocorrer a intimação da pessoa que está na iminência de receber essa medida. Portanto, não se trata de uma medida *inaudita altera pars*, onde se posterga o contraditório. Até porque, com a existência das duas “partes” nessa discussão, possibilitando a melhor análise de qual medida deve ser aplicada, e, se é necessário sua aplicação.

Mas, existe a possibilidade do Magistrado determinar a medida cautelar sem a pretérita oitiva do indivíduo, nos casos em que exista urgência ou perigo de ineficácia da medida. O exemplo mais fácil de vislumbrar a ineficácia da medida seria o caso da decretação da prisão preventiva, fundada na garantia da aplicação da lei penal. Pois, se a própria medida cautelar já traz o pressuposto de que o indivíduo irá fugir, não tem cabimento cientificá-lo de tal medida, para que agora se evada do local da culpa.

Nesta última situação, o contraditório será postergado, onde se discutirá a eventual legalidade da medida, por meio de uma Ação de *Habeas Corpus*, por exemplo.

Assim, com a observância do contraditório pretérito, disposto no art. 282, § 3º do CPP, caso o juiz entenda não ser viável a intimação da parte para que se manifeste sobre tal medida cautelar, ele deve fazer de forma fundamentada na situação de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, que justificam a imposição da cautelar *inaudita altera pars*.

### **3.3.5 Descumprimento da medida cautelar imposta**

Toda medida cautelar serve para assegurar algo futuro, sendo assim de nada adiantaria essas medidas cautelares se não tiverem força coercitiva, de modo que atinjam a sua finalidade assecuratória.

Conforme dispõe e autoriza o art. 282, § 4º do CPP, caso ocorra o descumprimento da medida cautelar já imposta, o magistrado poderá substituir a medida, impor outra cumulativamente, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Essa última situação se regula pela nova redação do art. 312, parágrafo único, do mesmo dispositivo, alterada pela Lei 12.403/2011.

Por constar no art. 282, § 3º do CPP, esse descumprimento da medida cautelar tem que ser de maneira infundada, injustificada, e tem que ser comprovado mediante o devido processo legal, sendo assegurado ao investigado ou acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa, exceto na hipótese de urgência ou de perigo de ineficácia da nova medida.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2012, pag. 54):

Verificando o descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão, o que demonstra que o acusado não soube fazer por merecer o benefício da medida menos gravosa, é possível que o juiz determine a substituição da medida, a imposição de outra em cumulação, ou, em última hipótese, a própria prisão preventiva.

Há uma discussão sobre a aplicação da prisão preventiva de maneira alternativa, devido um descumprimento de uma medida cautelar anteriormente

aplicada, em crimes onde não se enquadram a possibilidade de decretação dessa medida restritiva de liberdade, de acordo com as hipóteses do art. 313 do CPP.

Um primeiro posicionamento traz como escopo o princípio da homogeneidade, dizendo que não seria possível a aplicação da medida cautelar, durante a persecução penal, que ocasione ao indivíduo malefícios mais graves do que a própria aplicação da pena no final do processo. Nesse sentido entende Antônio Magalhães Gomes Filho.

Outro posicionamento é do Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, Pag. 19), diz que:

Após o advento da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva poderá ser utilizada em três circunstâncias distintas: a) de modo autônomo, em qualquer fase da investigação, hipótese em que sua decretação estará condicionada à observância dos arts. 311, 312 e 313 do CPP; b) como conversão da prisão em flagrante (CPP, art. 310, inciso II), que também está condicionada à observância dos arts. 311, 312 e 313 do CPP, e, por fim; c) de modo subsidiário, pelo descumprimento de cautelar diversa da prisão anteriormente imposta (art. 282, § 4º, c/c art. 312, parágrafo único), hipótese em que a preventiva poderá ser decretada independentemente das circunstâncias e hipóteses arroladas no artigo 313 do CPP.

Desta maneira ainda se mantêm o caráter coercitivo, de maneira efetiva, das medidas cautelares. Uma vez que, ao dar conhecimento da possível substituição da medida menos gravosa para a medida mais gravosa (prisão preventiva), é certo que a possibilidade de descumprimento, da primeira medida imposta, será reduzida.

### **3.3.6 Substituição e a revogabilidade das medidas cautelares**

Como as medidas cautelares de natureza pessoal têm caráter provisório, a sua manutenção vai depender dos motivos que autorizaram e constataram a urgência da medida necessária para salvaguardar a tutela do processo.

Com relação à revogabilidade, de acordo com o § 5º do art. 282 do CPP, o Magistrado deverá revogar ou substituir a medida cautelar anteriormente imposta caso ocorra o desaparecimento dos motivos que a autorizaram.

Ademais, pode o magistrado tomar uma postura inversa a esta, o mesmo dispositivo autoriza a decretação de nova medida cautelar se sobrevierem razões que a justifiquem.

Por isso que se diz que a decisão que decreta uma medida cautelar se sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*.

### **3.3.7 Duração e extinção normal das medidas cautelares**

A lei 12.403/2011 não tratou sobre o prazo de duração das medidas cautelares. Porém, em se tratando das medidas cautelares de natureza pessoal, que ocasionam a prisão do indivíduo, o seu prazo é indeterminado.

A prisão temporária, disposta na Lei nº 7.960/1989, prevê a possibilidade de prender o indivíduo por um prazo de 5 dias, prorrogáveis por mais 5, mas caso o crime averiguado seja tratado como hediondo, esse prazo passa para 30 dias.

Já a prisão preventiva, conforme dispõe o art. 311 do CPP não consta nenhum prazo determinado. O seu limite temporal encontra-se na continuidade dos motivos que levaram a sua decretação. Portanto, caso o motivo autorizador da medida desapareça, a medida cautelar também deve deixar de existir.

O problema encontra-se nas demais medidas cautelares, nas medidas diversas da prisão. O que se sabe ao certo é que quando ocorrer a condenação, ou seja, uma pena definitiva, sendo esta iniciada de imediato, as medidas aplicadas anteriormente serão extintas. Não é somente nesses casos em que deverá ser extinta a medida cautelar imposta, mas também nos casos de arquivamento de inquérito policial, rejeição da denúncia ou queixa, decisões que reconheçam a extinção da punibilidade, bem como na hipótese de sentença absolutória.

Nessas hipóteses a medida cautelar deverá ser cassada de plano, já que eventual recurso da acusação, não gozará de efeito suspensivo.

### **3.3.8 Da detração**

Conforme dispõe o art. 42 do Código Penal:

Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo da prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Esse instituto consiste na retirada do período, tempo, em que o indivíduo ficou cumprido à prisão cautelar, no *quantum* definitivo estabelecido na condenação transitada em julgado.

Em se tratando de medidas cautelares que ocasionam a prisão do indivíduo (prisão preventiva e temporária) fica evidente a possibilidade da aplicação do instituto da detração. Entretanto, o problema seria a aplicação desse instituto para as medidas cautelares diversas da prisão, que não ocasionam a restrição completa da liberdade de locomoção.

O Supremo já se posicionou a cerca do assunto no julgamento do HC 81.886/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14/05/2002, DJ 21/06/2002, onde se pacificou o entendimento de que não é possível a detração, nos casos em que a medida cautelar não restrinja por completo a liberdade de locomoção.

Todavia, há doutrinadores que discordam desse entendimento. Como demonstra Renato Brasileiro de Lima (2012, pag. 65):

Não obstante, nas hipóteses em que o acusado se sujeitar à imposição de medidas cautelares extremamente gravosas (v.g., monitoramento eletrônico, proibição de ausentar-se da comarca, etc.), parece-nos extremamente desarrazoado não se conceder nenhum benefício àquele que cumpriu a medida cautelar por um longo período, até mesmo como forma de compensação decorrente dos gravames inerentes a esse castigo antecipado.

Nesse sentido, ele sustenta a hipótese de se trabalhar com a detração conforme a remição, exposta no art. 126 da LEP. Sendo assim, desconta-se 1 dia de pena do agente, para cada 3 dias de cumprimento da medida cautelar imposta, diversa da prisão.

Atualmente o juízo competente para apreciar o instituto da detração é o Juízo das Execuções Criminais, conforme dispõe o art. 66, III, "c", da LEP.

## **4 DAS PRISÕES CAUTELARES**

A palavra “prisão” não é utilizada pelo nosso sistema jurídico de maneira exata. Ela pode ser encontrada indicando uma pena privativa de liberdade, a captura do indivíduo em estado de flagrância ou mediante ordem judicial, como sendo o recolhimento do indivíduo ao cárcere, ou como próprio imóvel em que o preso fica detido.

Para o direito processual penal a prisão deve ser compreendida como sendo a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento do indivíduo ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

No atual ordenamento jurídico existem três espécies de prisão. A primeira delas consiste na prisão extrapenal, relativa à prisão militar e à civil. A segunda consiste na prisão penal, relativa à prisão pena, obtida com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por último, a prisão cautelar, relativa à prisão em flagrante (controverso), à prisão preventiva e à prisão temporária.

O art. 283 dispõe que:

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

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

A presente monografia visa trabalhar apenas com as prisões cautelares, ou seja, prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

### **4.1 Legalidade da Prisão em Relação ao seu Momento**

De acordo com o S 2º do art. 283 do CPP, a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Tal restrição consta na Carta Magna em seu art. 5º, XI, que dispõe:

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.

#### **4.1.1. Da inviolabilidade do domicílio**

Tal direito tem como finalidade a proteção da liberdade física, a propriedade e a intimidade da pessoa.

O domicílio no âmbito processual penal é uma pouco mais abrangente do que consta no Código Civil, onde traz a definição de domicílio como sendo o lugar onde a pessoa natural estabelece sua residência com animo definitivo (art. 70 do CC). O conceito de “casa”, no processo penal, é entendido pela doutrina como sendo qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, mesmo que se destine a permanecer por poucas horas, e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Sendo assim, as provas obtidas que violem o art. 5º, XI serão tidas como ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo, de acordo com o art. 157 do CPP. Portanto, o mandado de busca e apreensão deve conter minuciosamente os objetos que deverão ser apreendidos.

O direito a inviolabilidade de domicílio não é absoluto, pois, nem mesmo o direito a vida é absoluto. Sendo assim, pode ser violado o domicílio nos casos de: a) flagrante delito; b) para prestar socorro; c) por determinação judicial, durante o dia.

No caso de flagrante delito não importa se esteja durante o dia ou noite e independentemente de prévia autorização judicial. Isso é relevante nos crimes permanentes, onde a sua consumação se prolonga no tempo, por exemplo, o crime de extorsão mediante sequestro, nessas situações entende-se em flagrante delito enquanto não ocorrer à cessação da permanência.

De acordo com Tourinho Filho (2005, pag. 689):

Se o conceito de flagrância nos é dado pelo art. 302 do CPP, compreendendo o flagrante próprio, o impróprio e o presumido, e como a Constituição, tivesse ou não vontade o legislador constituinte, permite a entrada à noite no caso de flagrante delito, sem qualquer restrição, é sinal de que fez uso daquela expressão com o sentido que lhe empresta o estatuto processual penal. Assim, chegamos à conclusão de que em todo e qualquer caso de flagrância, será possível a entrada à noite, no domicílio.

O consentimento do morador da casa também autoriza o ingresso na residência, seja durante o dia, seja durante a noite. Quem é legitimado para autorizar essa entrada na casa, bem como negar, pode ser qualquer um dos moradores dessa casa, todos aqueles que habitam ela.

Entende-se por dia, no âmbito penal, o período entre 6:00 horas e 18:00 horas. Portanto, este é o período onde o mandado de busca e apreensão ou de prisão deve ser cumprido. Caso os policiais estejam munidos do mandado, porém, não estejam dentro do conceito de “dia”, e não obtiveram o consentimento do morador, resta a eles cercar o local para que, ao amanhecer, seja cumprida a ordem de prisão. Tal autorização se encontra no art. 293 do CPP.

#### **4.1.2. Do mandado da prisão**

O mandado de prisão é o instrumento pelo qual se materializa a ordem de prisão escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

O próprio art. 288 do CPP dispõe que ninguém será recolhido a prisão, sem que seja expedido mandado ao diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo de entrega do preso, com declaração do dia e da hora.

O mandado de prisão deve ser lavrado por escrivão e assinado pela autoridade competente: O que não pode ser dispensado é a assinatura da autoridade judiciária competente. Trata-se de pressuposto de validade que comprova a autenticidade da ordem emanada. Com relação à pessoa quem irá lavrar o mandado, não é necessário que seja o escrevente, podendo ser qualquer

funcionário da justiça. Deve singularizar a pessoa que vai ser presa, alvo do mandado de prisão, não sendo necessário que se tenha todos os dados dessa pessoa. O que se busca evitar é o erro ou o abuso, pois, não poucas vezes ouvimos falar em prisão de alguém que não cometera crime nenhum, por ter o mesmo nome do destinatário do mandado (homonímia). Deverá conter a infração penal que motivou a expedição de tal ordem, o valor da fiança arbitrada, quando a infração for afiançável. Sendo dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução: quem pode fazer cumprir o mandado de prisão é o oficial de justiça, a autoridade policial ou seus agentes. Eis os requisitos do mandado de prisão, contidos no art. 285 do CPP.

Esses requisitos estão previsto na lei, porém a doutrina traz outros mais, tais como: a) número do processo ou inquérito policial onde foi proferida a decisão decretando a prisão; b) comarca, vara e ofício de onde é originário; - nome da vítima do crime, se houver; c) o teor da decisão que deu origem a ordem de prisão (temporária ou preventiva); d) data da decisão;

O mandado de prisão deve ser passado em duplicata, devendo ambas as cópias estarem assinadas pela autoridade judiciária obedecendo o disposto no art. 5º, LXIV da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito do preso saber quem é autoridade judiciária responsável pela privação de sua liberdade de locomoção.

O art. 287 do CPP autoriza a captura do indivíduo sem a expedição imediata do mandado de prisão, devendo o capturado ser apresentado imediatamente à autoridade judiciária responsável pela ordem. Ou seja, existe a expedição pretérita de um mandado de prisão, porém, este não se encontra presente fisicamente com o executor do mandado.

No art. 684, *caput* do CPP, encontramos outra hipótese de prisão que pode ser realizada sem a exibição imediata do mandado de prisão. Trata-se da hipótese de recaptura de réu evadido.

Quando o indivíduo preso for apresentado ao diretor ou carcereiro, deve ser exibido, obrigatoriamente, o mandado, para que certifique que não está recolhendo ao cárcere pessoa que não tem contra si ordem judicial de prisão. Isso é tratado no art. 287 do CPP.

O mandado de prisão por si só não autoriza o ingresso nas residências. Ou seja, o mandado de prisão autoriza apenas a efetivação da captura do agente.

Sendo assim, se o indivíduo se esconder em sua residência, sua captura não poderá mais ser efetuada sem mandado judicial de busca específico, que deverá conter expressa autorização para a entrada no domicílio. Art. 243, § 1º do CPP.

#### **4.1.3 Separação dos presos provisórios**

O art. 300 *caput* do CPP dispõe que as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da LEP (Lei nº 7.210/1984). Tal dispositivo busca impedir que um preso, em caráter definitivo, “corrompa”, com a sua convivência, aquele indivíduo que está preso provisoriamente.

Nessa mesma direção o art. 84, *caput*, da LEP estabelece essa separação de presos definitivos e provisórios.

Essa separação é um meio pelo qual se busca evitar um fenômeno chamado na medicina de “prizonização horizontal”, onde um preso com uma vasta experiência em cometer crimes, acaba influenciando outro de menor periculosidade e capacidade delitiva, tornando-o um criminoso em potencial. É o que comumente vimos como “escola do crime”.

## 5 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

O significado da expressão “flagrante”, em linguagem jurídica, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou que acabou de ser realizada, justificando a prisão do indivíduo sem a autorização judicial em razão da certeza visual do crime. Portanto, pode se dizer que a prisão em flagrante funciona como um mecanismo de autodefesa da própria sociedade.

Com a reforma do art. 283 do Código de Processo Penal, somente se menciona, na parte final, duas modalidades de prisão cautelar: preventiva e temporária. Para que a prisão em flagrante seja validamente mantida, o juiz deve convertê-la em prisão preventiva, após tomar conhecimento de sua existência, conforme dispõe o art. 310 do mesmo codex, também alterado pela Lei 12.403/11.

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

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

O juiz ao tomar conhecimento da prisão em flagrante deverá tomar alguma medida exposta no artigo acima. A prisão em flagrante tem caráter précautelar, não sendo mais uma hipótese de prisão cautelar.

Essa prisão não tem o intuito de garantir o processo ou o seu resultado final, mas sim, colocar o indivíduo a disposição do juiz, para que adote as providências cabíveis, acima expostas. Por isso se fala que o flagrante é uma medida précautelar.

Essa espécie de prisão encontra fundamento legal no art. 302 do Código de Processo Penal, a qual pode ser efetuada por qualquer pessoa – qualquer do povo – não sendo necessário ordem judicial para tal, conforme dispõe

e autoriza o art. 301 do mesmo dispositivo legal. Sendo assim, ninguém decreta a prisão em flagrante, ela acontece por si só.

## 5.1 Conceito

É a possibilidade de qualquer do povo capturar aquele que está cometendo o delito ou, acabou de cometer ou, é encontrado logo após com objetos, como forma de preservação social, com o intuito de evitar a consumação do crime ou, evitar a fuga ou, levantar elementos que viabilizem uma futura condenação.

O texto legal traz as hipóteses de prisão em flagrante admitidas pelo ordenamento jurídico, bem como as situações de flagrância, que se encontram nos arts. 301 e 302:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III- é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV- é encontrado, logo após, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele autor da infração.

## 5.2. Modalidades de Flagrantes

Existem algumas espécies de flagrantes. Flagrante próprio ou real ou propriamente dito: O indivíduo está praticando os atos executórios do delito, portanto, já pode se falar em tentativa, e é capturado nessa prática. Bem como o agente que é capturado logo após a realização do delito. Ou seja, é a modalidade encontrada no inciso I e II do artigo alhure, é o verdadeiro flagrante, onde qualquer um, sem nenhum juízo de valor, consegue vislumbrá-lo. Flagrante impróprio ou irreal ou quase flagrante: O indivíduo é capturado após ter realizado o delito, em decorrência de uma preterita perseguição. O conceito de perseguição pode ser extraído dos arts. 250 e 290 do Código de Processo Penal. Já o tempo dessa

perseguição não pode ser extraído do texto legal, o que se entende com relação ao tempo é enquanto houver necessidade dessa perseguição, ou seja, até sua captura. Para que essa perseguição seja válida, e não macule a prisão em flagrante, é necessário que haja continuidade, mesmo que inexista contato visual entre as autoridades e o delinquente em fuga. Flagrante presumido ou assimilado ou ficto, onde o indivíduo é surpreendido, logo após, a realização da prática delitiva, com objetos, armas ou papéis que levam a crer que ele é responsável pela infração criminal. O que importa salientar é que nessa modalidade não existe a perseguição da modalidade anterior, pois se houvesse seria este o flagrante que se enquadraria na conduta. Flagrante obrigatório ou compulsória, que ocorre quando as autoridades policiais ou seus agentes se deparam com uma situação de flagrante delito, onde estas deverão prender o indivíduo, quem quer que ele seja, se assim não o fizer, pode incorrer no crime de prevaricação, disposto no art. 319 do Código Penal. Flagrante facultativo é aquele quando a pessoa, qualquer do povo, se depara com uma situação de flagrância, este indivíduo não tem a obrigação legal de prender o criminoso, mas se assim o quiser fazer, não ocorrerá problema algum, desde que proceda posteriormente conforme o que dispõe a lei. Flagrante postergado, diferido ou prorrogado é modalidade encontrada na Lei 9.034/1995, em seu art. 2º, II, lei está que trata das Organizações Criminosas. Nessa modalidade a autoridade policial pode controlar a ação do delinquente, para que se prenda o maior número de pessoas, ou como ocorre nos casos de sequestro, para que se encontre o local onde a vítima está sendo mantida em cárcere. Ademais, o art. 53 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) também prevê essa modalidade de flagrante, porém, essa postergação do flagrante deve ser autorizada pelo magistrado, depois do parecer do Ministério Público. Como dispõem o parágrafo único do mesmo artigo, essa autorização judicial só poderá ocorrer, caso a autoridade policial saiba o itinerário provável e a identificação dos agentes ou de colaboradores. Flagrante esperado consiste na iniciativa da prática delituosa por aquele que é preso, e unicamente dele, portanto, a polícia não interfere na iniciativa do crime, o indivíduo pratica o crime sozinho, sem nenhum tipo de influência do policial. Essa prisão é legal. Um exemplo muito comum nessa modalidade de flagrante é o policial bater na porta do indivíduo que vende drogas (lei penal em branco heterogenia) e comprar uma quantidade, esse sujeito já está em estado de flagrância, uma vez que o tipo penal do art. 33 da Lei

11.343/2006, é um tipo misto alternativo, ou seja, existem vários núcleos, verbos, onde o indivíduo poderá incorrer na prática delitiva, e um desses núcleos é o ter em depósito. Flagrante provocado ou preparado existe um delito putativo por obra do agente provocador. A iniciativa da prática delitiva não é de quem foi preso, mas sim da polícia. É exatamente isso que diverge do flagrante esperado, neste não existe influência do agente provocador, o agente comete o delito por sua própria vontade. Um exemplo dessa modalidade de flagrante é o policial ir até a casa de alguém oferecendo certa quantia por uma quantidade de droga, esse indivíduo que recebe a oferta, não a tem em depósito, mas sabe quem vende e para tirar vantagem vai buscá-la – tudo sobre vigilância da autoridade policial – e ao entregar a droga é preso em flagrante. Esse flagrante é provocado, e de acordo com a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, esse crime é impossível, gerando a tese de atipicidade da conduta, uma vez que não tem risco para a saúde pública se o agente provoca a prática delitiva, pois, o indivíduo não vende as drogas, ele apenas quis ganhar o dinheiro que lhe foi ofertado. Portanto, esse flagrante é ilegal.

### **5.3 Flagrante nas Várias Espécies de Crimes**

O crime permanente está disposto no art. 393 do Código de Processo Penal, enquanto estiver ocorrendo à conduta pode ocorrer o flagrante. Nessa espécie de crime, sempre pode existir o flagrante.

No caso de crime continuado, o art. 71 do Código Penal traz o que é definido como continuidade delitiva no nosso ordenamento jurídico, ou seja, a conduta subsequente em razão do tempo, lugar, modo de execução, indica que esse delito é continuidade de outro(s) delito(s). O indivíduo que em continuidade delitiva comete três furtos, e é preso em flagrante somente na prática desse último furto, ele responderá pelos três furtos cometidos, só que de forma continuada, com a pena de um deles aumentada de 1/6 a 2/3.

O *iter criminis* é composto de cinco fases, são elas: Cogitação; Atos preparatórios; Atos Executórios; Consumação; Exaurimento. No caso do crime ser exaurido, o crime já se consumou, e as condutas subsequentes a ele é mero exaurimento do crime. Ou seja, o indivíduo que é pego vendendo o objeto que

furtou, a 5 dias atrás, não pode ser preso em flagrante, pois, a venda do objeto é mero exaurimento do furto. Porém, o intervalo de tempo for razoável, e ainda existir o estado de flagrância, o indivíduo vai poder ser preso em flagrante. Um exemplo é o crime de corrupção passiva, disposto no art. 317 do Código Penal, onde o funcionário público solicita uma vantagem indevida em razão de sua função. O crime se consuma com a solicitação dessa vantagem, portanto, no momento em que ele recebe essa vantagem, é mero exaurimento, mas, se o período entre a solicitação e o recebimento for curto, existe ainda o estado de flagrância, podendo assim ser preso em flagrante.

No caso de crime habitual o crime só se aperfeiçoa com a prática de varias condutas, caso seja apenas uma única conduta o fato vai ser atípico, pois a lei exige uma reiteração da pratica dos atos. A prisão em flagrante poderá existir, desde que exista a habitualidade.

#### **5.4 Flagrante nas Várias Espécies de Ação**

Ação penal pública condicionada a representação são espécies de ações que trazem a disponibilidade da ação penal que a vítima tem em iniciar ou não a persecução criminal. Ou seja, ela pode dispor da ação, ela é quem escolhe se tenta punir o indivíduo que praticou o crime. A identificação da ação é realizada através da análise da norma que está sendo imputado ao indivíduo, às vezes pode ser encontrado em um parágrafo do tipo, como no caso do art. 130, onde o seu § 2º, do Código Penal, dispõe que a ação somente se procederá mediante representação, ou, a representação pode ser auferida em um artigo diverso do tipo penal, como ocorre no caso do Título II (DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO), onde se vislumbra essa representação, nas disposições gerais do art. 182 do mesmo codex.

O art. 5º do CPP dispõe que:

Art. 5º nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

[...]

§4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela se iniciado.

De acordo com esse artigo, caso a ação dependa de representação, a vítima deverá requer a abertura do Inquérito Policial para que a autoridade policial inicie a persecução criminal. E se o indivíduo não estiver por perto para conceder a representação, e a autoridade policial prendeu o indivíduo em flagrante? Nesse caso a vítima terá um prazo de 24 horas para conceder essa representação à autoridade policial, sob pena de ter que deixar o criminoso sair pela porta da frente. Isso não está expressamente disposto no ordenamento jurídico, mas, pode ser extraído do art. 306, § 1º e § 2º do Código de Processo Penal, onde dispõe que o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz competente, nesse referido prazo, bem como será entregue ao indiciado a nota de culpa.

Ação penal privada é a ação que somente se procede mediante queixa. Ocorre o mesmo que a ação penal pública condicionada à representação, ou seja, para que se inicie o Inquérito Policial, a autoridade competente tem que receber um requerimento da vítima, do ofendido. Caso o indivíduo seja preso em flagrante, será utilizado o art. 46 do Código de Processo Penal por analogia, sendo assim, o ofendido após receber o Inquérito Policial (10 dias), terá um prazo de 5 dias, se o réu estiver preso, para oferecer queixa, sob pena de ter que soltar o indiciado, mas, mesmo assim, não prejudicando o prazo de 6 meses para o oferecimento da queixa crime, conforme dispõe o art. 36 do mesmo Código.

Infração penal de menor potencial ofensivo são as infrações penais consistentes em contravenções penais dispostas no Decreto – Lei 3.688/1941, e os crimes em que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos de reclusão ou detenção, cumuladas ou não com multa. A competência para esse tipo de ação é do Juizado Especial Criminal, Lei 9099/1995.

Existe a possibilidade de prisão em flagrante para esse tipo de ação? Conforme dispõe o art. 69 da Lei 9099/1995, a autoridade policial não lavrará Inquérito Policial, mas sim Termo Circunstanciado, que de certo modo, tem a mesma estrutura, exceto o relatório, do Inquérito Policial, só que de uma forma resumida. O parágrafo único do referido artigo, leciona que se o autor do fato for encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de comparecer nele, não será imposta prisão em flagrante, e nem se exigira fiança. Quer dizer que, se o autor do fato não agir dessa maneira, ele poderá sim ser preso em flagrante, porém, a vítima deverá representar o ofensor, conforme dispõe o art. 5, § 4º do Código de Processo Penal.

Caso a infração penal de menor potencial ofensivo seja a disposta no art. 28 da Lei 11.343/2006, porte de entorpecentes, o indivíduo não poderá ser preso em flagrante mesmo que não assuma o compromisso de comparecer em juízo, isso porque, a ele não se comina pena privativa de liberdade, conforme dispõe os incisos desse artigo.

### **5.5. Objetivos da Prisão em Flagrante**

Com a prisão em flagrante busca se obter as seguintes finalidades:

- a) evitar a evasão do infrator;
- b) possibilitar a colheita de elementos informativos sobre o crime;
- c) evitar a consumação do delito, nos casos em que a infração está sendo praticada.
- d) preservar a própria integridade física do infrator, diante da repulsa da sociedade, evitando um possível linchamento.

No sistema originário do Código de Processo Penal de 1941, a prisão em flagrante não tinha apenas essas funções, mas também de servir de medida acautelatória. Sendo assim, o flagrante por si só era fundamento suficiente para que o infrator permanecesse recolhido à prisão ao longo do tramite processual, sem que houvesse a necessidade de se motivar o recolhimento em uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Com a alteração do parágrafo único do art. 310 do CPP, realizada pela Lei nº 6.416/1977, a prisão em flagrante por si só deixou de ser motivo justificador para o encarceramento do indivíduo, sendo necessário o exame da legalidade da medida, para fins de relaxamento, como também para verificar a presença de algum motivo que autoriza a decretação da prisão preventiva, realizado pelo magistrado com a entrega da cópia do auto de prisão em flagrante.

Atualmente, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, é evidente que a prisão em flagrante, tão somente, não mais autoriza que o agente permaneça preso ao longo de todo o processo. Isso por conta da nova redação do art. 310 do CPP, que diz que com o recebimento do auto de prisão em flagrante, o magistrado deverá fundamentadamente: a) relaxar a prisão em flagrante; b) converter a prisão

em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 do CPP, e se mostrarem inadequados a aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Porquanto, iniciou-se uma discussão na doutrina a cerca da natureza jurídica da prisão em flagrante. Seria a prisão em flagrante uma medida de natureza precautelar, ato administrativo e, portanto, espécie de prisão administrativa ou cautelar?

A prisão em flagrante tem caráter precautelar. Ela não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precautelar, tendo em vista que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar. Sendo assim, o flagrante tornou-se uma condição para que se decrete a prisão preventiva por conversão. A prisão em flagrante não se mantém por si só, ela sempre vai acabar deixando de existir.

Esse entendimento ganhou força com a nova redação do art. 310 do CPP. Tal artigo demonstra que com a prisão em flagrante o preso fica a disposição do juiz para que este adote uma ou mais medidas cautelares, daí o motivo de ser considerada uma medida précautelar.

## **5.6 Homologação da Prisão em Flagrante**

Com já fora dito, com a nova redação do art. 310 do CPP, obriga-se o magistrado analisar a prisão em flagrante encaminhada pela autoridade policial.

Sendo assim, o magistrado tem um rol de possibilidades a serem tomadas, quais sejam: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversa da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

### **5.6.1 Relaxamento da prisão em flagrante ilegal**

Esta análise feita pelo magistrado, com relação ao auto de prisão em flagrante, será feita em relação aos aspectos materiais e formais. Ou seja, ele vai analisar se o auto de prisão em flagrante noticia a prática de uma infração penal, se o infrator capturado estava em uma das situações legais que autorizam o flagrante, elencadas no art. 302 do CPP, se foram observadas as formalidades estabelecidas pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal. Ocorrendo algum descumprimento deverá o magistrado relaxar a prisão em flagrante realizada pela autoridade policial.

Caso ocorra o relaxamento da prisão em flagrante, não impede, entretanto, a decretação da prisão preventiva ou temporária, tampouco a decretação das medidas cautelares diversa da prisão, desde que presentes seus requisitos legais. O juízo de legalidade da prisão em flagrante não se confunde com o juízo de necessidade de aplicação das medidas cautelares. O que não se admite é o relaxamento da prisão em flagrante, por ser ilegal, e a subsequente e automática aplicação de eventual prisão preventiva. Esta modalidade de medida cautelar, a prisão preventiva, somente se justifica quando presentes o *fumus comissi delicti*, conjuntamente com a prova da materialidade e indícios de autoria, e o *periculum libertatis* – garantia da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal – e, desde que se mostrem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão listadas no art. 319 do CPP.

Resta destacar que qualquer vício no momento da prisão em flagrante só tem o condão de repercutir na legalidade da medida restritiva, ou seja, no auto de prisão em flagrante, não postergando qualquer nulidade ao processo penal subsequente, tampouco servindo como impedimento de formação sobre o delito, salvo, obviamente, na hipótese de provas obtidas por meios ilícitos.

### **5.6.2 Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (ou temporária)**

O art. 310, II do CPP, está em perfeita conformidade com o art. 321, do mesmo codex, segundo o qual, diz que ausente os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória,

impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319, do mesmo Código, observando os critérios constantes do art. 282 do CPP.

Para que o acusado permaneça preso, para aquém da evidencia da materialidade do delito e de indícios de autoria (*fumus comissi delicti*), que decorreram da prisão em flagrante, deve-se acrescentar outra e nova fundamentação, confirmando a imprescindibilidade da medida privativa de liberdade, de constrição da locomoção, a partir da existência de suporte fático e normativo autorizadores da prisão preventiva (*periculum libertatis*). Portanto, ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante, o magistrado além de analisar a legalidade da medida, para fins de relaxamento da prisão, também analisará a existência de algum motivo que autorize a decretação da prisão preventiva utilizando-se dos arts. 312 e 313 do CPP.

### **5.6.3 Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não, com as medidas cautelares diversas da prisão**

De acordo com o art. 310, III do CPP, caso a prisão em flagrante seja legal, e desde que ausente os requisitos que autorizam a prisão preventiva, deverá o juiz conceder ao preso liberdade provisória, com ou sem fiança.

Tal dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com o art. 321 do mesmo Código. Sendo assim, a liberdade provisória, com ou sem fiança, vai ser decretada nos casos em que a lei lhes permite, bem como nos casos em que estiverem ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, onde o juiz poderá impor, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 313 e observados os critérios do art. 282, ambos do CPP.

## 6 DA PRISÃO PREVENTIVA

Trata-se de uma espécie de medida cautelar, de natureza pessoal, que ocasiona a prisão do indivíduo, prisão esta decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do *Parquet*, do querelante ou do assistente de acusação, em qualquer etapa da investigação ou do processo criminal (neste caso, pode ser decretada até mesmo de ofício pelo magistrado), ocorrendo algum dos motivos autorizadores dispostos no art. 312 do CPP, estando preenchidos os requisitos legais do art. 313, do mesmo Código, e desde que não se mostrem adequadas nenhuma outra medida cautelar diversa da prisão.

O art. 311, do CPP, autoriza a decretação da prisão preventiva em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal. Porém, na fase de investigação também existe a possibilidade da decretação da prisão temporária. Sendo assim, qual delas deverá ser utilizada? Existe a possibilidade de serem decretadas ambas as medidas?

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2012, pag. 248/249):

Com o advento da Lei nº 7.960/89, que versa sobre a prisão temporária, pensamos que, pelo menos em relação aos delitos constantes do art. 1º, III, da referida lei, bem como no tocante aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, §4º), somente será possível a decretação da prisão temporária na fase preliminar de investigações, à qual não poderá se somar a prisão preventiva, pelo menos durante essa fase. Portanto, em relação a tais delitos, não se afigura possível a aplicação da temporária seguida de preventiva, exclusivamente durante a fase investigatória. Ora, se em relação a tais delitos foi criada uma modalidade de prisão cautelar com o escopo específico de tutelar as investigações, não faz sentido que a prisão preventiva também seja decretada na fase preliminar.

Isso não quer dizer que a Lei da Prisão Temporária derogou a hipótese de aplicação da prisão preventiva na fase préprocessual. Ainda subsiste a possibilidade de prisão preventiva em tal fase em relação aos delitos que não autorizam a decretação da prisão temporária, desde que preenchidos os requisitos constantes no art. 313 do CPP.

### 6.1 Legitimados para Requererem a Prisão Preventiva

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, a nova redação conferida ao art. 311 do CPP, nos diz que a prisão preventiva decretada pelo juiz poderá ocorrer na fase de investigação policial ou do processo penal, sendo nesta poderá ser decretada até mesmo de ofício, ou mediante requerimento do *Parquet*, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

## 6.2. Requisitos

Como a prisão preventiva se trata de uma medida cautelar, a sua decretação se condiciona à presença mutua do *fumus comissi delicti* (materialidade e indícios de autoria ou participação), e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal). Sendo necessária a demonstração da ineficácia ou impossibilidade de aplicação das outras medidas cautelares divergentes da prisão.

Com as alterações realizadas pela Lei nº 12.403/11, nos arts. 282, § 6º, 310, II e 312, ambos do CPP demonstra-se evidente a preferência do legislador, de maneira correta, das medidas cautelares diversas da prisão, que são menos violadoras de direitos fundamentais, com as medidas cautelares que restringem a liberdade de locomoção, de maneira extremada.

No presente ano (2013), no dia 10 de março, o Tribunal de Justiça de São Paulo, concedeu a ordem de *Habeas Corpus*, liminarmente, determinando a expedição do alvará de soltura de Alex Kozloff Swiek, que estava preso preventivamente por ter atropelado e desmembrado (braço direito) David Santos de Souza, no mês de abril, após ter saído de uma festa, supostamente embriagado. A referida decisão foi tomada de maneira correta e em conformidade com o ordenamento jurídico e ao princípio da proporcionalidade, respeitando o disposto no art. 282, § 6º do CPP, pois com o alargamento das medidas cautelares diversas da prisão, a suspensão de sua CNH, bem como a proibição de frequentar determinados locais, como festas, bares, e outros de mesma natureza, juntamente com a proibição de evadir-se da comarca, sem autorização judicial, e o comparecimento em juízo, são medidas cautelares suficientes para que obste novas praticas delitiva.

Sendo assim, o magistrado ao se deparar com uma situação que necessita da aplicação de alguma medida cautelar, ele obrigatoriamente deverá analisar primeiro a possibilidade de se decretar alguma medida cautelar que não prive o indivíduo de sua liberdade, que tenha o mesmo resultado pretendido com a medida privativa de liberdade.

Portanto, é necessário a presença do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*.

O primeiro requisito está previsto no art. 312, *in fine*, do CPP. Sendo indispensável que o juiz verifique a conduta do agente, que supostamente praticou o crime, seja típica, ilícita e culpável, demonstrando as provas que embasaram sua convicção.

No que tange a materialidade do crime, é necessário à existência fática, verdadeira de um crime, não basta ser um suposto crime, é necessário à existência no mundo dos fatos desse crime. No que tange a presença de indício suficiente de autoria, tal indício deve ser entendido como sendo uma possível probabilidade de que ocorreu a participação ou autoria do sujeito naquele crime.

O segundo requisito está exposto no art. 312 do CPP, que se subdividem em: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) garantia de aplicação da lei penal; d) conveniência da instrução criminal; e) em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (parágrafo único).

Para a imposição da prisão preventiva, não é necessária a presença simultânea de todos esses fundamentos. Bastando apenas a existência de um único para que a decretação da prisão seja realizada. Caso haja a presença de dois desses requisitos, é necessário que o magistrado faça menção a cada um deles por conta da decretação motivada. Se assim o fizer, o indivíduo para se ver livre de tal medida, ou seja, para que a prisão preventiva seja revogada, deverá fundamentar a inexistência de ambos os fundamentos, não bastando apenas um único fundamento, pois ainda assim fundamentaria a continuidade da prisão preventiva.

### **6.2.1 Garantia da ordem pública**

A garantia da ordem pública pode ser entendida como um risco plausível, provável, da reiteração de condutas delituosas desse indivíduo, caso fique em liberdade. Portanto, a prisão preventiva pode ser decretada com o intuito de resguardar a sociedade da reiteração de condutas criminosas em decorrência da periculosidade do agente.

Nos casos de prisão preventiva com base nesse fundamento, é realizado um juízo de periculosidade do agente, e não de culpabilidade, que, sendo positivo, se torna necessário a sua retirada cautelar do convívio social. Ademais, essa periculosidade deve ser demonstrada com base em dados concretos, demonstrando que se o sujeito permanecer solto voltará a delinquir, de acordo com o art. 282, I, do CPP.

É importante ressaltar que a periculosidade do agente não se confunde com o tipo de crime cometido, ou seja, não é porque o indivíduo cometeu um crime hediondo que ele detém uma periculosidade elevada e, voltará, possivelmente, a delinquir. Como já fora dito são necessários elementos objetivos para a constatação de sua periculosidade, que pode ser aferida com a gravidade em concreto do delito, seja pelo *modus operandi*, seja por sua condição subjetiva.

A repercussão do delito e o clamor social, de maneira isolada, não são hipóteses autorizadoras da decretação da prisão preventiva. Uma vez que, eles têm o condão de punir o indivíduo de maneira imediata, desobedecendo ao propósito cautelar, fazendo com que a pena do indivíduo seja aplicada de maneira antecipada, satisfazendo os anseios da população e da mídia. É nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo, conforme dispõe o HC nº 235735 MG 2012/0050096-3, o qual teve como Min. Rel. GILSON DIPP, ementa em anexo.

### **6.2.2 Garantia da ordem econômica**

Essa hipótese possibilita a prisão do indivíduo caso haja risco de reiteração delituosa em relação às infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da CF).

Os crimes que atentam contra a ordem econômica estão previstos em leis especiais, esparsas, extravagantes. Como por exemplo, Lei nº 1.521/51 (crimes contra a economia popular), Lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei nº 8.078/90 (crimes previsto no Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), Lei nº 9.163/98 (crimes de lavagem de capitais).

De acordo com o art. 30 da Lei nº 7.492/86, a prisão preventiva, nesse caso, poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada. Em primeiro momento, é possível entender que em se tratando de crimes contra o sistema financeiro nacional, a magnitude da lesão causada é fundamento suficiente e autônomo para a decretação da prisão preventiva. Porém, para a decretação da prisão preventiva, nesses casos, também é necessário analisar os pressupostos do art. 312 do CPP.

### **6.2.3 Garantia de aplicação da lei penal**

Tal prisão deve ser decretada quando o indivíduo demonstrar que pretende, de maneira concreta, fugir do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena.

Caso seja decretada a prisão preventiva com base na garantia da aplicação da lei penal, com o fundamento de que o agente tem condições financeiras para tal, ocorre uma evidente violação ao princípio da não culpabilidade. Assim, não basta a mera presunção de que o agente poderá evadir-se, é necessário a existência de elementos concretos que demonstrem essa possível e provável fuga.

O STF já se pronunciou sobre esse assunto, dizendo que a mera evasão do distrito da culpa, seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja para questionar a legalidade e/ou validade da própria decisão de custódia cautelar, não basta, por si só, para justificar a decretação ou manutenção da medida excepcional de privação da liberdade do indiciado ou do réu. (STF, 2ª Turma, HC nº 89.501/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/03/2007, p. 43.)

Lembrando que, com o advento da Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva, atualmente, só pode ser utilizada em caráter extremo, como medida de

*ultima ratio*, devendo primeiro ser analisado a eficiência e adequação das outras medidas de natureza pessoal.

#### **6.2.4. Prisão preventiva e o art. 366 do CPP**

Art. 366. Se o acusado, citado pro edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

O ordenamento jurídico não criou, e nem quis criar, uma hipótese de prisão preventiva obrigatória. A decretação dessa prisão preventiva, também está subordinada à existência das hipóteses do art. 312 do CPP. Sendo assim, mesmo que o réu não comparece ao processo, nem constitua advogado, a sua prisão cautelar somente poderá ser decretada se for caracterizado uma das hipóteses do art. 312 do CPP.

Em suma, a revelia do acusado citado por edital, de *per si*, não acarreta a presunção de que esse indivíduo pretende evadir-se da aplicação da lei penal, não sendo justificada, de maneira isolada, a decretação da prisão preventiva.

#### **6.2.5. Conveniência da instrução criminal**

Essa prisão preventiva tem por objetivo impedir que o indivíduo perturbe ou impeça a produção de provas, sendo protegida a livre produção probatória e a busca da verdade real.

O acusado não pode interferir, obstruir, a atividade probatória. Porém, ele não está obrigado a contribuir para a apuração do fato delituoso. Pois, o acusado não é obrigado a contribuir ativamente com a produção de provas que possam incriminá-lo.

Sendo obtida a prova que estava sendo ameaçada pelo indivíduo posto em cárcere, o magistrado, por força do art. 316 do CPP, está obrigado a revogar essa medida cautelar.

### 6.3. Hipóteses que Admitem a Prisão Preventiva (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 inc. I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 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).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Presentes os requisitos do art. 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada, se o contexto fático for uma das hipóteses do art. 313 do mesmo Código.

Nas hipóteses dos incisos I e II a prisão preventiva só é cabível em relação aos crimes dolosos. Os dois primeiros incisos fazem menção a isso. Já o inciso III, nada menciona.

Como, na hipótese do inciso III, trata-se do crime de lesão corporal contra pessoas que se encontram em uma condição peculiar, necessitando de uma maior proteção do ordenamento jurídico. Portanto, a prisão preventiva nesses casos, pode ser decretada se a violência for dolosa ou culposa.

No entanto, na hipótese do parágrafo único, nada nos fala sobre a natureza do crime. Sendo assim, a prisão preventiva poderá ser decretada em relação a crimes culposos e dolosos, pouco importando a sanção, o preceito secundário, cominado ao delito.

Casos essas hipóteses do art. 313 do CPP, não estejam contidas na conduta do agente, nada impede a decretação de medida cautelar diversa da prisão, desde que seja respeitado o art. 283, §1º do CPP, ou seja, é necessário que o crime contenha pena restritiva de liberdade, isolada, cumulada ou alternativamente.

### **6.3.1 Inciso I**

A prisão preventiva poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 anos. Nota-se que independe da natureza da pena, ou seja, pouco importa se é reclusão ou detenção.

Tal possibilidade encontra total correlação ao princípio da proporcionalidade. Pois, de acordo com o art. 44, I do CPP, nos crimes cuja pena restritiva de liberdade seja igual ou inferior a 4 anos, admite-se a possibilidade, como regra, da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. E, os condenados, não reincidentes, poderão inicialmente cumprir sua pena em regime aberto, conforme dispõe o art. 33, § 2º, "a" do CPP.

Essa proporção evita com que o sujeito condenado receba um mal, causado durante o processo/inquérito (prisão preventiva), maior do que o resultado obtido com o seu término, com a sua condenação.

Caso ocorra o concurso de crimes, é necessário que se leve em conta a somatória das penas máximas, no caso de concurso material (art. 69 do CP) e de concurso formal impróprio (art. 70, parte final, CP), assim como a causa de aumento do concurso formal próprio (art. 70, início, do CP) e do crime continuado (art. 71 do CP).

Nos casos em que ocorre o aumento da pena, é importante salientar que como se trata de pena máxima, para analisar o cabimento ou não da prisão preventiva, nos casos em que for necessário majorar deve este ser elevado em seu máximo. Agora, nos casos em que ocorrer a diminuição, esta deve ser subtraída em seu mínimo. Com isso se obtêm a pena máxima cominada ao delito.

Da mesma forma ocorre nos casos de crimes qualificados, essas qualificadoras devem ser levadas em consideração, para que se obtenha a pena máxima do crime, onde se poderá aferir a possibilidade ou não da prisão preventiva.

### **6.3.2 Inciso II**

Esse inciso encontra total relação, com o art. 312, do CPP. Pois, ao autorizar a prisão preventiva do investigado ou acusado condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 4, I do CP, o legislador quer expressamente garantir a ordem pública, uma vez que se preocupou com a pratica reiterada de delitos.

### **6.3.3 Inciso III**

As pessoas aqui elencadas necessitam de maior proteção, pelo ordenamento jurídico, uma vez que dotam de maior vulnerabilidade, são elas: a) mulher; b) criança e adolescente; c) idoso; d) enfermo; e) pessoa com deficiência.

Criança é considerada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seu art. 2º, como sendo a pessoa com idade inferior a 12 anos e, adolescente é a pessoa com idade entre 12 e 18 anos. Idoso, é considerado como sendo a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

O art. 5º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) dispõe que:

Para os efeitos desta Lei, configura violência domestica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:  
I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou se vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;  
II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;  
III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.  
Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas nesse artigo independem de orientação sexual.

No inciso I, se enquadram as empregadas domésticas que sofrem violência do seu empregador. No inciso II, não existe a necessidade das pessoas estarem no âmbito familiar, ou seja, o local onde ocorreu a agressão, bastando apenas o vínculo familiar entre elas, o parentesco. No inciso III, se incluem os namorados.

O disposto no inciso III, não faz qualquer distinção quanto à natureza do crime doloso. Portanto, não há influência alguma se o crime é punido com

detenção ou reclusão, a prisão preventiva poderá ser adotada como medida de *ultima ratio* para forçar o agente a cumprir as medidas protetiva de urgência previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha, mas desde que presente um dos requisitos do art. 312 do CPP, que autorizam a prisão preventiva.

Caso o sujeito, que está cumprindo medida protetiva de urgência, descumpra tal medida, o magistrado poderá, até mesmo de ofício, aplicar a prisão preventiva, com fundamento na ordem pública, para que não haja a reiteração da conduta.

Não poucas vezes tomamos conhecimentos de casos em que a medida protetiva de urgência não surtiu efeitos, foi desrespeitada, não sendo decretada a prisão preventiva, e o resultado final de tudo acaba sendo a morte da mulher. Um caso, que exemplifica o alegado, bastante noticiado, foi o da cabeleleira Maria Islaine de Moraes, que foi morta em 2010 por seu ex-marido (Fábio Wilian). Já existia a determinação judicial, medida protetiva, determinando a sua proibição em se aproximar dela. Tal medida fora descumprida varias vezes, e a Justiça, infelizmente, tardou em tomar outra medida mais eficaz para que se evitasse o pior. A medida que poderia ter sido tomada é justamente a prisão preventiva, com base no art. 313, III do CPP, e na garantia da ordem pública, art. 312 do mesmo Código.

Até agora só se falou na proteção da mulher, como vai se aplicar para as crianças e adolescentes, idosos, enfermos e pessoas com deficiência, já que as medidas protetivas de urgência somente constam na Lei Maria da Penha?

Antes mesmo do advento da Lei nº 12.403/11, as medidas protetivas de urgência contidas na Lei Maria da Penha, mesmo tendo como objeto a violência doméstica e familiar contra a mulher, vêm sendo utilizadas por meio de analogia, nos casos de violência doméstica contra idoso, criança e adolescente, enfermo, pois o fundamento lógico desse dispositivo é a proteção, efetiva, das pessoas mais vulneráveis. Eis o motivo do inc. III do art. 313 do CPP, ter acrescentado esses últimos.

#### **6.3.4 Parágrafo único**

De acordo com o art. 313, parágrafo único do CPP, a dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, autoriza a prisão preventiva, devendo o indivíduo ser colocado em liberdade, imediatamente, após o esclarecimento de sua identidade ou dúvida.

Tal prisão tem como fundamento assegurar a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução criminal, evitando-se assim, erros judiciários, uma vez que seria corriqueira a instauração de processos criminais contra eventuais homônimos do verdadeiro autor do delito.

De acordo com o art. 5º, LVIII da CF, o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Ou seja, se o indivíduo apresentar, no momento da prisão em flagrante, qualquer documento constante no art. 1º da Lei nº 12.037/09, ele não se submeterá a identificação datiloscópica e fotográfica, por se mostrar desnecessária, salvo, se expressamente autorizado por lei.

Lei nº 12.037/2009. Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distancia temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Portanto, aquele que se identificou civilmente ou criminalmente, sanando qualquer dúvida, não poderá ser alvo de prisão preventiva, fundada no parágrafo único do art. 313 do CPP.

#### **6.4 Excesso de Prazo na Prisão Preventiva**

Como se sabe, a prisão preventiva no nosso ordenamento jurídico, não tem estipulado um prazo limite, diferentemente da prisão temporária.

Renato Brasileiro de Lima (2012, pag. 298/299), dispõe:

No Brasil, tem-se considerado que o excesso de prazo na formação da culpa é medida de todo excepcional e somente caracterizado nas seguintes hipóteses: a) quando a mora processual for decorrente de diligências suscitadas exclusivamente pela atuação da acusação; b) quando a mora processual for decorrente da inércia do Poder Judiciário em afronta ao direito à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII); c) quando a mora processual for incompatível com o princípio da razoabilidade, evidenciando-se um excesso abusivo, desarrazoado, desproporcional.

Com relação ao item "a", a 1ª Turma do STF, no julgamento do HC nº 85.400/PE, tendo como Ministro Relator Eros Grau, fora concluído que estando o paciente preso de maneira cautelar a um ano e seis meses, sem que tenha dado causa ao excesso e prazo, fica caracterizado o constrangimento ilegal da liberdade de locomoção, se sujeitando ao relaxamento de tal prisão.

Em se tratando do item "b", o Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC nº 91/662/PR, no qual foi o Relator, ilustrou que quando o excesso de prazo ocorrer em decorrência da morosidade do judiciário, torna evidente o desrespeito estatal pela liberdade do cidadão, frustrando o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas, sendo descumpridas as garantias reconhecidas pela CF, inclusive a de não sofrer privação cautelar por tempo não razoável ou superior ao estabelecido em lei.

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC nº 86.915/SP, no qual foi Relator, dispôs que manter uma pessoa privada do seu direito de ir e vir, de maneira cautelar por mais de dois anos é desarrazoado e inaceitável, constituindo a inadmissível antecipação executória da sanção penal, devido a demora na instrução e julgamento da ação penal, de maneira gritante e abusiva, caracterizando excesso de prazo.

Portanto, tanto o item "a", "b" e "c", caracterizam o excesso de prazo, que é considerado ilegal, ocasionando o relaxamento da prisão preventiva. Na ocorrência do devido relaxamento, fundado no excesso de prazo, o magistrado não pode decretar nova prisão cautelar, exceto em motivos supervenientes que a autorize. Essa motivação cautelar refere-se aos fatos novos, posteriores a soltura do

réu, bem como aos fatos estranhos ao processo penal e desconhecidos pelo juiz até o momento da revogação da medida cautelar.

## **6.5 Revogação da Prisão Preventiva**

A revogação dessa medida cautelar será realizada pelo mesmo magistrado que a decretou, lembrando que tal decisão também deve ser fundamentada, respeitando o art. 93, IX da Constituição Federal.

Os requisitos (art. 312 do CPP) que autorizam a prisão preventiva devem estar presentes no momento de sua decretação, bem como no curso de sua aplicação, ou seja, se o requisito autorizador da prisão preventiva desaparecer, a medida cautelar deverá ser revogada.

A revogação não pode ser confundida com cassação ou anulação. Este é utilizado nos casos em que ocorre algum vício de legalidade, por exemplo, na ausência de fundamentação da prisão preventiva, o instrumento que deverá ser utilizado é o *habeas corpus*, objetivando o relaxamento pela cassação ou anulação do ato. Já a revogação, se destina ao afastamento da prisão cautelar, anteriormente decretada, de maneira legal, mas cujos requisitos autorizadores deixaram de existir.

## **7 DA PRISÃO TEMPORÁRIA**

Tal modalidade de prisão cautelar foi criada pela Lei nº 7.960, no dia 21 de dezembro de 1989. Ela tem como objetivo a segurança e eficácia da investigação criminal, nos crimes mais graves, para que se busque, efetivamente, a verdade real.

A prisão temporária nada mais é do que a adequação da prisão para averiguação, e os princípios constitucionais e os direitos individuais garantidos na Constituição Federal de 1988. Esta prisão trazia um manifesto abuso de autoridade, onde a autoridade policial prendia o sujeito para apurar a vinculação dele a uma infração penal, independente do estado de flagrância ou necessidade de autorização judicial, necessitando apenas de uma notificação ao Poder Judiciário.

Existia uma discussão sobre a constitucionalidade dessa lei. Essa lei foi resultado da conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989. Parte da doutrina entendia que isso macularia a constitucionalidade dessa lei, por ocorrer um vício formal, pois como se trata de matéria penal e processual penal, somente o Congresso Nacional teria legitimidade para criá-la.

A referida discussão foi parar no Supremo, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162, pleiteada pela Ordem dos Advogados do Brasil, onde por maioria de votos (8 a 2), pois essa ADI perdeu o seu objeto, por considerar que essa Lei nº 7.960/89 não foi originada da conversão da MP nº 111/89.

### **7.1 Conceito e Requisitos (Art. 1º Lei nº 7960/1989)**

Trata-se de uma espécie de prisão de natureza pessoal, cautelar, decretada pelo Poder Judiciário durante a fase de investigação, com prazo de duração determinado, podendo ser prorrogado, quando essa privação de liberdade de ir e vir for indispensável para a descoberta de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais contidas no art. 1º, III da Lei nº 7.960/89.

Como dispõe Hayme Walmer de Freitas (2009, pag. 102):

Com seu inegável caráter instrumental, prioriza inicialmente tutelar a investigação policial durante o inquérito policial - tutela meio -, para, em momento seguinte, fornecer prova substancial justificante de uma denúncia a amparar o processo penal e, adiante, garantir o provimento jurisdicional futuro - tutela-fim.

O art. 1º da Lei da Prisão Temporária versa sobre a admissibilidade da prisão temporária quando: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio, em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro.

Existe na doutrina uma discussão, das mais diversas, sobre a necessidade da presença dos requisitos, para que se autorize a prisão temporária do indivíduo.

A teoria que tem maior técnica é a que traz como requisitos a obrigatoriedade do inc. III, cumulada, com as possíveis situações do inc. I ou II. Tais incisos demonstram os requisitos para a decretação de toda e qualquer medida cautelar, ou seja, *periculum libertatis* (inc. I e II) e *fumus comissi delicti* (inc. III).

### **7.1.1 Inciso I**

Como já mencionado acima, esse requisito trata do *periculum libertatis*, sendo indispensável a existência de prévia investigação criminal (não sendo obrigatório ser um inquérito policial), mostrando-se como recurso indispensável para a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da conduta delituosa, a privação cautelar da liberdade de locomoção do indivíduo .

Esse inciso contém a redação original trazida pela Medida Provisória nº 111, de 1989, o qual restringia a decretação da prisão temporária, única e exclusivamente, em casos em que já existiam inquéritos policiais em aberto. Ou seja, restringia somente a esta possibilidade.

Porém, de acordo com o art. 39, § 5º do CPP, o inquérito policial é uma peça dispensável ao oferecimento da inicial acusatória e, a função investigatória não é uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, conforme dispõe o art. 4º, parágrafo único do CPP. Assim, existe a necessidade de que haja uma investigação preliminar em curso, podendo ser uma comissão parlamentar de inquérito, um procedimento investigatório criminal presidido pelo órgão do Ministério Público, ou um inquérito policial, que necessite da prisão do investigado para melhor apuração do fato delituoso.

A prisão temporária do indivíduo será decretada a partir de um requerimento da autoridade competente, que deverá demonstrar ao magistrado a imprescindibilidade do encarceramento do investigado para melhor esclarecimento do fato delituoso, como por exemplo, a ameaça às testemunhas, ocultação de provas.

Como se trata de uma medida cautelar, o magistrado deverá analisar e obedecer ao princípio da proporcionalidade, devendo se questionar se não existe outra medida cautelar diversa da prisão que seria menos gravosa, que alcançaria o mesmo resultado. Ou seja, se uma das medidas cautelares diversa da prisão do art. 319 do CPP, se mostrar suficiente para tutelar a investigação, deve o magistrado se abster de decretar a prisão temporária.

A prisão temporária serve, tão somente, para resguardar a integridade das investigações, portanto, uma vez recebida a inicial acusatória, não mais subsiste a decretação de prisão temporária. Ou seja, a prisão temporária somente pode existir na fase préprocessual, pois com o oferecimento da inicial acusatória se inicia o processo penal.

### **7.1.2 Inciso II**

Não ter residência fixa, é entendido como sendo a ausência de um endereço onde a pessoa, investigada, possa ser localizada. Tal situação é vislumbrada em grandes centros, por exemplo, São Paulo, onde há várias pessoas que vivem em situação de miserabilidade, que passam dia e noite perambulando pela cidade.

O STF, em 2009, no julgamento do HC nº 97.177, entendeu ser ilegal a decretação de prisão cautelar pelo motivo de o agente não ter residência fixa, por se tratar de um morador de rua.

Em se tratando do não fornecimento de elementos necessários ao esclarecimento da identidade do investigado, a Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/2009), em seu art. 1º c/c 2º, permite a identificação criminal caso o indivíduo não se identifique civilmente, por meio do BIC (Boletim de Identificação Criminal), onde o sujeito vai fornecer suas digitais. Existe uma prática muito comum, atualmente, que é a instrução dos inquéritos policiais com fotos dos indivíduos, de suas características, por exemplo, tatuagens.

Caso se mostre fracassado as diligências policiais que buscam a identificação, poderá ser decretada a prisão temporária do indivíduo, pelo tempo limite e, se sua identificação ocorrer durante o determinado prazo, deve este ser colocado imediatamente em liberdade imediatamente.

### **7.1.3 Inciso III**

Este inciso trata dos crimes que autorizam a decretação da prisão temporária. Entende-se que esse rol é taxativo, não sendo possível a decretação de tal medida em outros crimes, salvo os crimes hediondos e equiparados, conforme dispõe o art. 2º, § 4º da Lei nº 8072/90.

Como as hipóteses, os crimes, autorizadores da prisão temporária são taxativas, o seu descumprimento ocasiona uma prisão ilegal, sendo necessário a decretação do relaxamento dessa prisão.

Tal inciso traz como requisito necessário as "fundadas razões", o que pode ser considerado como sendo algo muito mais coerente e convincente do que uma simples suspeita. Essas fundadas razões têm que estar acompanhadas por

dados objetivos que direcione para alguns dos crimes ali enumerados e em decorrência do que é requerida a sua prisão temporária, sendo ilegal uma captura com o intuito de fazer nascer referidos indicativos.

Ou seja, para o juiz decretar a prisão temporária, ele deve concluir que em virtude dos elementos probatórios ali existentes, existe uma elevada probabilidade da superveniência de uma denúncia, sendo imprescindível para a investigação a constrição cautelar da liberdade de locomoção do investigado.

Após, a definição do significado da expressão "fundadas razões", iremos, agora, para análise do rol, taxativo, dos crimes, consumados ou tentados, que podem ensejar a prisão temporária. De acordo com o inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89:

a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º): tanto o homicídio simples, praticado em atividade típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado são considerados crimes hediondos. Assim, o prazo de duração da medida vai ser de 30 dias, podendo ser prorrogados por igual período (art. 2º, § 4º da Lei nº 8.072/90);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus § 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, *caput*, e seus § 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 157, *caput*, e seus § 1º e 2º):

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus § 1º, 2º e 3º);

f) estupro, em todas as suas modalidades;

g) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

h) envenenamento de substância potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, c/c art. 285);

i) quadrilha ou bando (art. 288);

j) genocídio (art. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56, em qualquer de suas modalidades);

k) tráfico de drogas (at. 33º, *caput* e § 1º da Lei nº 11.343/06);

l) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86);

Esse rol que autoriza a decretação da prisão preventiva nada mais é do que o *fumus commissi delicti*, necessário para a decretação de qualquer medida cautelar.

Um ano após a vigência da Lei nº 7.960/89, entrou em vigor a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), onde em seu art. 2º, § 4º dispôs que os crimes previstos nessa lei terão o prazo de duração, da prisão temporária, em 30 dias, prorrogáveis por igual período. Portanto, a taxatividade do inciso III da Lei da Prisão Temporária, foi estendido para os crimes considerados hediondos, trazidos pela Lei nº 8072/90 e para os crimes equiparados a hediondos (tráfico de drogas, tortura e terrorismo).

## 7.2. Do Procedimento

O art. 2º da Lei 7.960/89 diz que:

A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou do requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 05 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

De acordo com o dispositivo trazido alhure, podemos vislumbrar que a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo magistrado, sendo obedecido o princípio da inércia jurisdicional.

Como o *Parquet* atua como *custus legis*, no caso de representação da autoridade policial, ele deverá ser ouvido, para que se manifeste sobre a existência dos requisitos indispensáveis à privação da liberdade de maneira cautelar, ou seja, sobre o *fumus comissi delicti* (art. 1º, III) e *periculun libertatis* (art. 1º, I ou II). Isso porque, atualmente, todos os crimes que autorizam a prisão temporária são de ações públicas, ou seja, pertencem ao Ministério Público, sendo assim, se ele não participasse, fosse ouvido, no caso de representação da autoridade policial, correr-se-ia o risco de se quer existir a inicial acusatória, a denúncia, e o sujeito ficou preso temporariamente.

Em obediência ao princípio da decretação motivada (art. 5º, LXI c/c art. 93, IX, ambos da CF), o art. 2º traz a necessidade de o despacho conter a fundamentação, sob pena de nulidade e, deverá ser prolatado em 24 horas, a contar do recebimento da representação ou do requerimento.

Como a prisão temporária se trata de medida cautelar urgente e imprescindível para a investigação, a própria lei traz em seu art. 5º a obrigatoriedade de existência de um plantão, de 24 horas, do Poder Judiciário e do Ministério Público, em todas as comarcas e seções judiciárias, para apreciarem os pedidos de prisão temporária.

De acordo com o art. 83 do CPP o juízo que decretar a prisão temporária do indivíduo torna-se preventivo, salvo se a decretação da prisão não ocorrer pelo juiz de plantão.

### **7.2.1 Período de duração**

O prazo máximo de duração da prisão temporária, de acordo com o art. 2º da Lei da Prisão Preventiva, será de 5 dias, podendo ser prorrogado por igual período, em casos excepcionais demonstrando-se a sua necessidade. Como já fora dito, em se tratando de crimes hediondos e equiparados, esse prazo será de 30 dias, podendo ser prorrogado por igual período, também em casos excepcionais e demonstrada a sua necessidade.

A referida prorrogação não ocorre de maneira automática, ela deve ser requerida pela autoridade policial, com fundamentos diversos da primeira representação, ou seja, ela deve se fundamentar em elementos colhidos enquanto o acusado estava preso.

A contagem desse prazo começa a fluir a partir da prisão do indivíduo e, deve ser feita conforme dispõe o art. 10 do Código Penal.

Caso não exista mais o fundamento da prisão temporária, por exemplo, ameaça de testemunhas, ocorrendo à oitiva das testemunhas, não existe mais a necessidade de se manter o indivíduo preso, a autoridade judiciária deve solicitar a revogação dessa prisão temporária.

Decorrido o prazo da prisão temporária, o preso devera ser colocado imediatamente em liberdade, não havendo a necessidade de expedição de alvará de soltura, exceto se houver a prorrogação da prisão temporária ou se tiver sido decretada sua prisão preventiva.

O prolongamento do prazo da execução da prisão temporária constitui abuso de autoridade, de acordo com o art. 4º da Lei da Prisão Temporária.

## **8. RESTRIÇÕES OU IMUNIDADES PRISIONAIS**

Como regra, toda pessoa pode ser levada a prisão, salvo raras exceções.

### **8.1. Governadores e Presidente da República**

De acordo com o art. 86, §3º da Constituição Federal, o Presidente da República não pode ser levado à prisão, enquanto não existir sentença condenatória, nos casos em que o crime praticado for comum, ou seja, crime que qualquer pessoa pode cometer. Assim, pode-se afirmar que para ele não existe a possibilidade de privação da liberdade de maneira cautelar.

Essa imunidade é debatida pela doutrina sobre a possibilidade de ser aplicada aos Governadores de Estado. A regra do artigo acima mencionado é exclusiva ao Presidente da República, não podendo ser estendida para Governadores, pois se o Poder Constituinte Originário quisesse conceder tal imunidade a estes, teria feito no momento da elaboração da Carta Magna, como ocorreu no caso do Chefe de Estado.

### **8.2. Deputados Federais, Estaduais ou Distritais e Senadores**

Os arts. 53, §2º e 27, §1º da CF, tratam do referido tema. Os deputados federais, estaduais ou distritais e senadores, desde o momento da expedição do diploma, não podem ser presos, exceto na situação de flagrante delito de crime inafiançável. Caso ocorra essa prisão, os autos deverão ser encaminhados

para a sua Casa, em 24 horas, onde por maioria de seus membros vão deliberar sobre a prisão, mantendo-o preso ou não.

Desse modo, os congressistas só poderão ser presos cautelarmente na hipótese de crime inafiançável, em situação de flagrância. Sendo assim, não podem ser alvo de prisão temporária e nem de prisão preventiva.

A determinação da afiançabilidade de um crime é reconhecida com uma interpretação inversa ou *contrario sensu*, dos arts. 232 e 324 do CPP, onde estabelecem o rol dos crimes que não podem ser beneficiados pelo instituto da fiança, são eles: tráfico, terrorismo, tortura, racismo, crimes hediondos, crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, assim como aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 do CPP, além dos casos de prisão civil ou militar, e quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

### **8.3. Magistrados e Membros do Ministério Público**

A Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), em seu art. 33, parágrafo único, dispõe que o Magistrado tem a prerrogativa de não ser preso a não ser por ordem escrita do Tribunal ou do Órgão Especial competente para o seu julgamento, exceto em caso de flagrante delito, sendo o crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do Magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado.

Com relação aos membros do Ministério Público, a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público, em seu art. 40, III c/c 41, parágrafo único, dispõe que constituem prerrogativas dos membros do MP ser preso somente por ordem judicial escrita, exceto em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de 24 horas, a comunicação e a apresentação do membro do MP ao Procurador-Geral de Justiça. Ademais, quando, no curso de investigação, houver

indício da prática de infração penal por parte do membro do MP, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao PGJ, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

Nota-se que apesar de não ser possível a prisão em flagrante de crime afiançável, a ocorrência deve ser registrada e posteriormente encaminhada ao PGJ, no caso do membro do MP, ou ao Presidente do Tribunal a que estiver vinculado o juiz.

No caso de crime inafiançável, é possível a captura do membro do MP ou Magistrado, no entanto o auto de prisão em flagrante não vai ser presidido pelo delegado de polícia, mas sim pelo Presidente do Tribunal ou pelo PGJ.

Portanto, a prisão utilizada para capturar o agente pode ser efetuada pela autoridade policial, mas este não pode lavrar o auto de prisão em flagrante, pois não tem atribuição para apurar delito praticado por Magistrado ou membro do MP.

Diferentemente dos senadores, deputados federais, estaduais ou distritais, os magistrados e os membros do MP, mesmo não estando sujeitos à prisão em flagrante por crime afiançável, estão sujeitos à prisão temporária e preventiva. Por força desses dispositivos conterem “ser preso somente por ordem judicial escrita”.

#### **8.4 Advogados**

De acordo com o art. 7º, § 3º do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), dispõe que o advogado só poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável. Devendo ser respeitado o inciso IV do mesmo artigo, que condiciona à validade do flagrante a presença de um representante da OAB. Salvo, nos casos dos demais crimes, onde não se relaciona com o exercício da advocacia, devendo a autoridade policial apenas notificar a Seccional da OAB em que o advoga está inscrito.

## 8. CONCLUSÃO

A regra do nosso ordenamento jurídico é a liberdade de locomoção do indivíduo, que é um direito individual inerente a pessoa natural, só não sendo mais importante que o direito à vida. O direito de locomoção foi obtido no chamado direito de 1º dimensão, que vão contra as arbitrariedades de um Estado. Em todo Estado Democrático de Direito legitimamente constituído, é necessário se observar o devido processo legal, que abarca o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, no qual somente ocorrerá a prisão com uma eventual condenação, com o efetivo trânsito em julgado.

Porém, determinadas situações exigem uma resposta imediata do Estado, fundada na segurança da coletividade, na ordem econômica, na instrução criminal ou, para assegurar a aplicação da lei penal. Tais situações ensejam a prisão cautelar do indivíduo sem que ocorra o trânsito em julgado, ou seja, são prisões excepcionais que têm como objetivo assegurar um provimento posterior e não a aplicação antecipada da consequência desse provimento pretérito.

As referidas prisões são chamadas de prisões processuais ou cautelares, quais sejam: a) prisão temporária; b) prisão preventiva. Isso não quer dizer que essas medidas podem ser aplicadas sem presença de critérios, requisitos e fundamentos ou que fiquem na discricionariedade do juiz. Atualmente, após o advento da Lei nº 12.403/2011, que aumentou as hipóteses de medidas cautelares diversas da prisão, é necessário, tal como previsto expressamente no art. 282, § 6º do CPP, a aplicação dessas medidas e, somente em *ultima ratio* pode ser decretada a prisão cautelar, observando os requisitos, possibilidade e cabimento de cada medida.

A excepcionalidade dessas medidas vem sendo compreendida de maneira correta, pois na situação atual do sistema carcerário as garantias que estão previstas na lei (LEP), para os presos provisórios, não são aplicadas. Ocasionalmente um mal maior com esse encarceramento.

A prisão cautelar é decretada pelo Poder Judiciário, de maneira fundamentada e embasada em critérios objetivos, excluindo-se assim a gravidade do delito e o mero clamor social, que refletem o desejo da coletividade em obter a justiça. No entanto, Justiça e Direito, às vezes, não se encontram em um mesmo plano, nem sempre o que é justo encontra embasamento legal, tornando a medida aplicada ilegal, reprovada pelo ordenamento jurídico, devendo ser alterada e, nem sempre o que legal gera a justiça proporcional ao caso concreto.

Toda medida cautelar que contém uma ilegalidade deve ser relaxada, o que se obtém por meio do Remédio Constitucional *Habeas Corpus*. Em se tratando de prisão preventiva, no caso do desaparecimento do fundamento que a ensejou, o procedimento adequado é a Revogação da Prisão Preventiva, mas também pode ser utilizado o *Habeas Corpus*.

Conclui-se, finalmente, que a aplicação da prisão cautelar, em casos extremos, deve ser utilizada para que se resguarde um provimento futuro e definitivo, desde que não seja uma medida ilegal, sem a presença de seus requisitos, e desnecessária, podendo serem utilizadas às outras medidas cautelares diversas da prisão, que obtêm o mesmo resultado pretendido, porém violando direitos subjetivos do indivíduo de menor relevância.

## 9. BIBLIOGRAFIA

**Vade Mecum.** Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTINI, Perpaolo. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

BECCARIA, Cessare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas.** Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fonstes. 1997

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Gomes Filho e Fernandes. **As nulidades no processo penal.** 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, Rogério Laria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro** 2ª ed., Revista dos Tribunais. 2004.

LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar,** Ed. Impetus. 2012.

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

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2011.

TOURINHO, Filho. **Código de Processo Penal Comentado** 9ª ed. Saraiva, 2005.

FREITAS, Hayme Walmer. **Prisão temporária.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

## Anexo I

Processo: HC 235735 MG 2012/0050096-3

Relator: Ministro GILSON DIPP

Julgamento: 26/06/2012

Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA

Publicação: DJe 01/08/2012

### EMENTA:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGAS. CLAMOR SOCIAL. PRESUNÇÕES ABSTRATAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

I. A prisão preventiva é medida excepcional que deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda que irá ser cumprida quando da condenação.

II. O simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, assim como o volume de drogas apreendidas – 22 pedras de crack – ou o clamor social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fatos concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

III. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.