

TUTELA CAUTELAR PENAL E A PRISÃO PREVENTIVA

RODRIGO MORAES SÁ¹

RESUMO

A presente articulação tem por escopo proceder e analisar de forma ampla as medidas cautelares de natureza criminal, de acordo com a Teoria Geral do Processo, partindo-se da técnica normativa estrutural do Direito Processual Penal, tendo como parâmetro, o processo e a jurisdição, além de princípios orientadores e fundamentais ao estudo. Para melhor compreensão do assunto importará abordar o entendimento sobre a finalidade e pressupostos para sua configuração. Caracterizada com uma das espécies de medida cautelar pessoal, a prisão preventiva se apresenta como fonte dos maiores problemas e arbitrariedades das autoridades policiais e judiciárias, merecendo especial atenção neste estudo, que terá por objetivo sistematizá-la na fase policial e judicial criminal, limitando-se em destacar as bases da classificação doutrinária a respeito do tema, bem como as modificações específicas referentes a esta custódia cautelar operada pela Lei nº 12.403/11.

Palavras-Chave: tutela cautelar; prisão preventiva.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil e Penal, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Cidade de São Paulo.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	03
2 – A MEDIDA CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	05
2.1 - Tutela cautelar em geral.....	05
2.2 – Tutela cautelar penal.....	07
2.3 – Finalidade da medida cautelar no processo penal.....	07
2.4 – Pressupostos para a configuração das medidas cautelares de natureza penal.....	09
3 – PRISÃO PREVENTIVA.....	10
3.1 – Pressupostos	10
3.2 – Fundamento.....	12
3.3 – Condições de Admissibilidade.....	13
3.4 – Legitimidade para o seu Requerimento.....	15
3.5 – Autoridade Competente.....	15
3.6 – Decretação.....	15
3.7 – Revogação e Redecretação.....	16
4 – MODIFICAÇÕES RELATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/11.....	17
5 – CONCLUSÃO.....	21
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	23

1 – INTRODUÇÃO

O instituto jurídico das medidas cautelares criminais se dividem em três espécies a saber: Medidas cautelares pessoais (prisão temporária, flagrante, preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia e a prisão administrativa); Medidas cautelares relativas à prova (busca e apreensão); e, Medidas cautelares reais (seqüestro e arresto de bens).

Algumas das referidas espécies são utilizadas tanto na fase policial quanto na fase judicial (processo penal). As medidas cautelares prisionais, são classificadas como prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia e a prisão administrativa.

No que diz respeito às medidas cautelares prisionais em espécie, também conhecidas como prisões provisórias, são as medidas restritivas de liberdade, que visam principalmente acautelar as investigações policiais (inquérito policial) e criminais (processo penal), anteriores à condenação definitiva.

A espécie de prisão provisória que gera a maior fonte de problemas e arbitrariedades junto as autoridades policiais e judiciária é a prisão preventiva, que tem como característica a provisoriedade, modificabilidade, instrumentalidade e visa garantir hipóteses relacionadas com a efetividade ou conveniências procedimentais nos autos (inquérito ou processo).

Dessa forma, se fez necessária a realização de um estudo aprofundado do tema com o escopo de demonstrar que a prisão cautelar, mais especificamente a prisão preventiva, deve ser decretada apenas quando tal medida se mostrar estritamente necessária e em caráter excepcional. As prisões provisórias não devem ser utilizadas indiscriminadamente, como instrumentos de punição e controle da sociedade pelo Estado. Aliás, essa é uma decorrência do princípio liberal de inocência, que impede seja dispensado ao réu ou indiciado, o mesmo tratamento que se dispensa aos condenados, impondo-lhes prisões provisórias com caráter punitivo.

Para tanto, elaboramos, num primeiro plano deste trabalho, as noções preliminares acerca da cautelaridade penal, depois de proceder a uma análise do processo cautelar em geral, tal como ele é tratado pela teoria processual, além de apontarmos as diversas espécies de cautela que incidem sobre a própria liberdade do indivíduo, umas com o propósito de assegurar a completa realização da prova, outras com o fim de garantir a efetiva aplicação da lei penal, e procurarmos

demonstrar a conexa instrumentalidade das providências cautelares penais em relação ao processo principal, cuja efetividade é a razão de ser daquelas medidas.

Após o exame da medida cautelar penal acima apontada, concentramos a investigação no instituto da prisão preventiva, em seus aspectos técnicos, examinando-lhe os pressupostos legais, as hipóteses de decretação e algumas particularidades do procedimento como o momento de sua decretação, a autoridade competente, os casos de revogação e redcretação, dentre outras questões, pois a custódia provisória, só se faz necessária diante da prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria, acompanhada de um de seus fundamentos, quais sejam, a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e a segurança de aplicação da lei penal.

Naquilo que se poderia considerar a parte final do trabalho, procuramos consolidar uma visão estrutural das modificações introduzidas pela Lei nº 12.403/11 e realizamos um breve estudo específico referente a prisão preventiva, buscando apresentar um panorama geral.

No desenvolvimento da pesquisa incursionou-se por correntes doutrinárias que hodiernamente se apresentam cada vez mais restritivas à solução de aprisionamento em massa, não deixando de procurar observar o Direito Penal e Processual sistematizados, além da Constituição Federal.

2 – A MEDIDA CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O estudo do processo cautelar exige, como consideração preliminar, a compreensão dos fundamentos das tutelas jurisdicionais diferenciadas no contexto da finalidade processual e da utilização da técnica processual, para a efetividade dos direitos fundamentais, face à realidade conflituosa. Portanto, nessa perspectiva, faz-se necessário falar em processo como instrumento das garantias fundamentais a proporcionar o escopo jurisdicional. Dentro desse contexto da ordem jurídica justa é que estudaremos, como parte integrante da efetividade processual e jurisdicional, a tutela cautelar como meio de cognição sumária, tutela diferenciada e urgente, como uma das técnicas de cognição adequada à preservação dos direitos fundamentais.

2.1 – TUTELA CAUTELAR EM GERAL

As prisões provisórias são medidas emolduradas no gênero das providências acautelatórias, devendo ser sistematizadas no quadro teórico do processo e dos provimentos cautelares, tal como delineados pela teoria geral do processo, que servem de instrumento garantidor da efetividade do processo principal. Por deter esse caráter incidental em relação ao processo principal é que as custodias provisórias também são conhecidas como prisões processuais.

Com efeito, a relação processual desenvolve-se através da prática de atos sequenciais cuja realização estende-se ao longo do tempo. Temos que o lapso temporal necessário para a evolução procedimental, pode em muitas oportunidades exigir uma dilatação demasiada, capaz de ocasionar prejuízos irreparáveis às partes em litígio. Natural que sejam adotadas medidas provisórias tendentes à preservação do equilíbrio e da situação dos litigantes no processo, até que venha a prestação jurisdicional definitiva.

Se o processo principal visa permitir a realização do direito material invocado pelas partes, assumindo o caráter de instrumento, o processo cautelar, distintamente, objetiva resguardar as qualidades de efetividade daquele processo. Enquanto o primeiro apresenta-se como instrumento da atuação do direito material, o processo cautelar exhibe uma instrumentalidade de segundo grau, já que configura verdadeiro instrumento do processo principal.

Para Rosemiro Pereira Leal a cautelar:

é procedimento auxiliar que, de modo preventivo, preparatório ou incidental, pode ser instaurado em juízo para assegurar os efeitos de uma futura sentença ou de sentença já expandida ou a *efetividade* de procedimento em tramitação ou a ser instaurado. A característica teórica que distingue o “processo cautelar” é a *provisoriedade*, porque, como auxiliar do procedimento de conhecimento e do de execução, busca tutela de urgência para resguardar direitos expostos a danos iminentes e “irreparáveis”. Funda-se, por isso, nos princípios do *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, isto é, na plausibilidade do bom direito e no perigo da demora jurisdicional, porque nenhum provimento cautelar pode ser proferido, caso não demonstre o postulante que o seu direito é indubitoso e que deve ser imediatamente garantido para evitar dano.²

O provimento cautelar é sempre decretado no âmbito de uma ação própria, com objetivos próprios e por meio do respectivo processo cautelar. As medidas cautelares tem então algumas características especiais que definem o perfil autônomo dos seus provimentos, como a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade, a facultatividade e a fungibilidade.

A instrumentalidade tal como apontado, busca assegurar ou garantir o desenvolvimento e o bom resultado do fim almejado no processo de conhecimento ou de execução, bastando, para tanto, a existência do interesse processual, ainda que não haja a efetiva existência do direito subjetivo.

Ao lado da natureza instrumental observa-se também a característica da provisoriedade. Tendo em vista ser uma situação emergencial, a duração da tutela cautelar provisória deixa de vigorar quando advém a decisão no processo principal ou qualquer outra situação que a torne desnecessária.

Uma vez que a decisão exarada no processo cautelar não faz coisa julgada material, poderá ser revogada ou modificada quando as circunstâncias assim o exigirem. Sua revogação acontece para se adaptar o pronunciamento judicial a novas circunstâncias; permitindo ao juiz proferir decisão com base na plausibilidade do direito alegado pelo autor, uma vez que é produto de uma cognição sumária.

As medidas cautelares são também facultativas, uma vez que poderão ou não ser implementadas, dependendo da existência de alguma necessidade de se acautelar determinada situação. Não há imposição legal que torne obrigatória a adoção desta ou daquela medida cautelar.

² LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos, 6 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. p. 169.

São esses os caracteres gerais dos provimentos acautelatórios, que comparecem tanto na esfera do processo civil como no processo penal.

2.2 – TUTELA CAUTELAR PENAL

O direito processual penal, tal como os demais ramos do direito, acolhe a teoria geral cautelar com a finalidade garantir a efetividade do processo principal. Essa cautelaridade encontra fundamento jurídico tanto na norma processual penal quanto em nível constitucional e se submete, via de regra, aos mesmos pressupostos das medidas cautelares em geral, tais como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No campo penal, especificamente no caso das medidas cautelares que recaem sobre a liberdade do indivíduo, que é o caso das prisões provisórias, esses requisitos são conhecidos como o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Sobre a pessoa do acusado, além das buscas pessoais, tem-se, no campo das medidas cautelares, as variadas formas de prisão provisória como a prisão em flagrante, a preventiva, a prisão decorrente da decisão de pronúncia e a prisão temporária.

Essas prisões têm assento jurídico-constitucional e não prescindem jamais de uma estrita tipicidade. Com efeito, a previsão legal dessas medidas é exigência indeclinável para a sua decretação, afastado que está, em matéria penal, o chamado poder geral de cautela do juiz, previsto em nosso ordenamento jurídico apenas na esfera processual civil.

De modo que, não pode o juiz criar medidas processuais restritivas da liberdade individual sem que elas estejam expressamente contempladas na lei. Nesse sentido, a jurisprudência vem entendendo que o poder geral de cautela para a imposição de restrições ao direito de locomoção está limitado pelo princípio da estrita legalidade, e ainda pelos demais princípios constitucionais do processo, não podendo o juiz criar e impor restrições ao direito de locomoção se estas não foram explicitamente instituídas pelo legislador.

2.3 – FINALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

É pertinente salientar que, mais uma vez, no tocante à concepção da cautelar, distingue-se a teoria geral do processo da teoria do processo civil.

Ao transportar-se a teoria geral do procedimento cautelar para o processo penal, deve-se atentar para o fato de que o bem objeto da pretensão versa sobre direito à liberdade, fato esse que gera direitos individuais constitucionais às partes, direitos que se encerram na sentença e direitos que extrapolam os limites processuais.

Deve o processo penal pautar-se no devido processo legal, princípio que encerra todos os demais princípios constitucionais, e que assegura a lisura do procedimento e a legitimidade da decisão judicial. Nesse sentido, deve-se garantir, através das medidas cautelares, a higidez do procedimento penal, sempre que a sua eventual inobservância venha a comprometer a justiça e a legitimidade da decisão.

Busca-se, sem dúvida, a garantia do procedimento na denominada cautela instrumental, perfeitamente cabível no processo penal e compatível com a finalidade acessória da cautelar, não se admitindo a cautelar no processo penal para garantir a aplicação da sanção penal, ou seja, concebida como garantia da execução da prestação jurisdicional.

A cautelar, no processo penal, para que não haja risco de ser aplicada como antecipação da pena, deve esgotar-se na própria sentença, subordinando a ela, sentença, sua finalidade sem antecipá-la ou ultrapassá-la.

Não se concebe que a lei possa proteger com a cautela pessoal a pretensão acusatória, quando se trata de bem indisponível por excelência, a liberdade, sem antes se formular um juízo de cognição profundo. Logo, a medida cautelar deve assegurar o direito à obtenção da prestação jurisdicional de forma justa, legal e legítima, e não o eventual resultado condenatório, o que seria forma de antecipação de pena.

A finalidade, hoje, do processo penal não se esgota na aplicação do direito objetivo, o que justifica a presença do acusado no processo como garantia da execução da pena. Na atualidade, com a Constituição Federal, o acusado deixa de ser objeto de investigação e passa a ser sujeito de direitos, o que lhe confere uma série de garantias. O direito processual penal visa principal e imediatamente garantir o arcabouço legal de direitos fundamentais, como suporte da entrega de um provimento jurisdiciona legítimo e justo.

O processo, em sendo o único instrumento legítimo para a imposição da pena, justifica a concepção do processo cautelar para garantir a efetividade de todos os atos processuais indispensáveis à obtenção da sentença. Há de se garantir a legitimidade da imposição da pena, assegurando o fundamento do processo como instrumento de garantias dos direitos fundamentais.

2.4 – PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PENAL

A prisão provisória tem sido entendida como medida cautelar de natureza processual penal, uma vez que, qualquer que seja sua espécie, busca resguardar determinada condição antes que se tenha um pronunciamento judicial definitivo acerca da infração penal em investigação ou submetida à apreciação judicial no contraditório.

Os pressupostos exigíveis para que se venha a adotar essa medida extrema estão calcados na presença concomitante do *periculum in mora* que se reveste no processo penal, em *periculum libertatis* e *fumus boni iuris* que consiste no *fumus commissi delicti*.

É certa que as características próprias do processo penal repercutem na adequação dos pressupostos da cautelar. O *periculum in mora* não está na urgência de se afastar o perigo de dano pela morosidade processual, mas sim no risco que a liberdade do acusado significa para a obtenção de uma decisão pautada no devido processo legal. Caracteriza-se pelo perigo que possa existir para o alcance do resultado final, caso não venha a ser concretizada.

Da mesma forma, o *fumus boni iuris*, que não é a mera possibilidade de uma solução favorável no processo principal, mas sim a garantia de não se privar alguém da liberdade sem o mínimo suporte fático revelado nos indícios de autoria e de materialidade do crime. Está diretamente relacionado com a demonstração da ocorrência do fato em tese infracional, como a indicação da autoria em suas diversas modalidades.

O *fumus commissi delicti*, no caso da prisão preventiva, é compreendido como os indícios de autoria e a prova da materialidade e o *periculum libertatis* pode ser definido como os fundamentos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal.

É neste sentido as palavras de Roberto DELMANTO JÚNIOR, senão vejamos:

primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos)³.

³ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84.

3 – PRISÃO PREVENTIVA

A expressão prisão preventiva apresenta mais de um sentido. Em *lato sensu* significa a privação da liberdade anterior ao julgamento definitivo. A prisão preventiva *stricto sensu* corresponde aquela decretada pelo juiz, no inquérito ou na instrução criminal.

Esta última, prisão preventiva *stricto sensu*, de que passaremos a cuidar é uma das espécies da prisão processual da qual é gênero, uma vez que toda prisão anterior à sentença penal condenatória definitiva é provisória.

Como medida cautelar que visa resguardar os interesses sociais de segurança é pela maioria da doutrina fortemente criticada e classificada como um mal necessário. Sendo assim, Edgar Magalhães Noronha utiliza-se como fundamento destas críticas, as afirmações de Carrara que se refere à desmoralização de quem não é culpado, à depressão de seu sentimento de dignidade, à diminuição do conceito de que desfruta, à memória que se conserva dessa prisão, enfim a péssima influência psicológica que acarreta ao indivíduo.⁴

A prisão preventiva encontra previsão legal em quase todos os ordenamentos jurídicos, apesar de ser cada vez mais repelida. No âmbito da liberdade, há o direito de liberdade pessoal do indivíduo e o direito de segurança do Estado. Desse confronto de interesses e que vem a atingir o bem mais valioso do cidadão (a liberdade), haverá a necessidade de se proceder uma interpretação restritiva, e sempre uma análise *favor libertatis*, já que essa interpretação adquire um cunho altamente jurídico, além de ético, devendo respeitar a pessoa humana e a sua dignidade.

Mesmo apresentando aspectos negativos, seria acertado considerar-se como um instituto processual presente dada sua previsão legal em nossa legislação.

3.1– PRESSUPOSTOS

O decreto da prisão cautelar deverá efetuar-se ante “a prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria” (art. 312, *in fine*).

⁴ CARRARA. Opuscoli di diritto criminale. 1889, v. IV. p. 299 *apud* Edgar Magalhães Noronha. Curso de direito processual penal. 28.ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 222.

Como preleciona Mirabete, a prova da existência do crime refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudo de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal, etc...).⁵ Não bastam meros indícios ou simples presunções sobre a ocorrência do fato delituoso, exigindo a lei absoluta segurança quanto a essa realidade fática.

Exige-se também a presença de indícios suficientes da autoria. A expressão indícios está a indicar elemento leve, uma prova fraca; são sinais mas por serem meras indicações requer-se que os indícios sejam suficientes, ou seja, mais de um indício.

A melhor definição a respeito da suficiência indiciária, extrai-se do ensinamento de E. Magalhães Noronha, que assim afirma:

Não há regra apriorística e imutável que diga da suficiência indiciária, pois cada crime tem sua fisionomia própria. É no caso concreto que o magistrado examinará, medirá e pesará os elementos que devem autorizar a medida, com cautela ou prudente arbítrio, atentando a que se trata de norma de exceção e que, em princípio, não condiz com o regime de liberdades individuais.⁶

Verifica-se, portanto, que inexistem regras gerais ou padrões específicos que a definam.

Para a imposição da custódia preventiva faz-se mister que a autoria do fato, se não for conhecida, possa ser ao menos determinada por meio de uma somatória de circunstâncias, que tenham o condão de levar o julgador a uma certeza razoável quanto à autoria do fato típico.

Ao lado desses requisitos, se faz necessário que a decisão seja fundamentada, isto é, haja a indicação dos motivos de fato e de direito, devendo se manifestar a respeito das provas da existência do crime e da autoria. É o que dispõe o artigo 315, do Código de Processo Penal: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.”

Portanto, no despacho deve-se consignar uma exposição baseada em fatos concretos, sendo insuficiente meras suposições ou alusões como a transcrição dos dizeres legais, genérica referência aos autos ou ainda, indicações negativas quanto ao caráter pessoal do acusado. Daí a lição de Hélio Tornaghi:

o juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para garantir a ordem pública ou para assegurar a

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 385.

⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *Ob.cit.*, p. 223

instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: “considerando que a prisão é necessária para garantia da ordem pública...” ou então “a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal...”. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma base exatamente aquilo que deveria demonstrar.⁷

3.2 – FUNDAMENTO

Tendo em vista que a liberdade do acusado, enquanto não advir sentença penal condenatória definitiva, possa vir a causar distúrbios sociais como por exemplo: voltar a delinquir, constranger testemunhas ou ainda colocar-se em fuga após condenação, é que o legislador no art. 312 do Código de Processo Penal, dispôs que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal. Fica evidenciado claramente, a presença de um dos requisitos necessários para as medidas cautelares que é o *periculum in mora*.

Destaca a lei, primeiramente, o aspecto da garantia da ordem pública. Ordem pública é a situação de segurança que se encontra a sociedade em virtude da atuação legal e legítima que a autoridade exerce, com a finalidade de manter o comportamento do cidadão na conformidade das normas de condutas estabelecidas por ela, sociedade, e que por esta razão devem ser respeitadas. Com extrema propriedade, identifica Vicente Greco Filho que:

a garantia da ordem pública tem sentido amplo. Significa a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, como, por exemplo, a proteção social contra réu perigoso que poderá voltar a delinquir, a proteção das testemunhas ameaçadas pelo acusado ou a proteção da vítima. Ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Não quer dizer, também, clamor público. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados. Caberá ao juiz distinguir as situações.⁸

⁷ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. III, p. 91-92.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 199, p. 276.

Posteriormente, menciona a lei a conveniência da instrução criminal. Por este fundamento, deve-se entender seja extremamente necessário a adoção de tal medida de maneira que sem ela a instrução não se realizaria de maneira eficaz. Como ensina Vicente Greco Filho, simples conveniência ou comodidade não autoriza o decreto de prisão, devendo adotar-se tal medida em caso de necessidade.⁹ Enfim, decreta-se a prisão preventiva, utilizando-se este fundamento, sob os argumentos de evitar que provas sejam destruídas, testemunhas sejam ameaçadas, peritos e agentes judiciários sejam subornados, etc...

Em síntese, a convivência da instrução criminal, relaciona-se sempre com a atividade probante no processo. Atividade essa que depende da colaboração do réu para realizar-se, ou seja, a realização esteja ameaçada intencionalmente por ele. Ambas as hipóteses justificam a custódia preventiva.

Por fim, assinala a lei para a circunstância da segurança de aplicação da lei penal. Pretende-se evitar que o acusado se coloque em fuga tendo em vista eventual condenação. Enfatiza Vicente Greco Filho que:

em princípio, somente se decreta a preventiva se houver prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa da liberdade. Os requisitos dos benefícios penais, como a suspensão condicional da pena ou a prisão-albergue, podem não coincidir com a necessidade da prisão processual, mas, em princípio, se há prognóstico fundado da concessão de um desses benefícios e não há outro motivo legal autônomo (como por exemplo ofensa à ordem pública por ameaça a testemunha), a preventiva não deve ser decretada. Isto porque, salvo motivo independente, não há razão de prisão processual se, condenado definitivamente, esta não se efetivará.¹⁰

3.3 – CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

Como medida drástica, decorrente do poder discricionário, ou seja, o agente público é livre para a escolha da oportunidade e conveniência de sua atuação, a prisão preventiva só poderá ser decretada em casos excepcionais. Para isto elenca a lei as hipóteses em que a medida pode ser adotada bem como os casos de impossibilidade de decretação da preventiva.

Dispõe o artigo 313, do Código de Processo Penal, as hipóteses em que a preventiva poderá ser decretada, são elas na prática de crimes dolosos: I – nos crimes dolosos punidos com

⁹ *Ibidem.* p. 275.

¹⁰ *Idem, Ibidem.*

pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A primeira situação que admite a prisão preventiva ocorre quando o crime imputado ao investigado/acusado é doloso e punido com pena privativa de liberdade superior a quatro anos. A anterior redação do dispositivo admitia a decretação da prisão preventiva em qualquer crime punido com reclusão ou detenção. Agora, independentemente da espécie de pena é possível a restrição da liberdade, desde que o delito seja doloso e punido com uma sanção superior a quatro anos. A decretação da prisão preventiva, contudo, sempre será possível se houver o concurso de crimes, material ou formal, ou a continuidade delitiva, e a soma das penas máximas exceder a quatro anos, como ocorria com uma das situações de impossibilidade de concessão de fiança.

O inciso II do artigo 313 do Código de Processo Penal, por sua vez, preocupa-se com a periculosidade do agente, que deve ser reincidente na prática de um crime doloso e que vem a cometer igual espécie de delito. Nesse caso, é irrelevante a pena cominada na nova infração penal. O dispositivo ressalta que a condenação anterior, transitada em julgada, não pode ser considerada, para fins de decretação da prisão cautelar, se alcançada pela *prescrição da reincidência* (art. 64, I, do CP).

Na última hipótese de prisão, somente é possível a decretação da custódia cautelar, se esta for imprescindível para a realização da medida protetiva de urgência, ou seja, se por qualquer motivo a liberdade do agressor representar uma séria ameaça ao seu cumprimento. Consequentemente, a prisão somente deverá durar o tempo necessário para garantir a execução da medida protetiva.

A última hipótese legal de prisão preventiva, introduzida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, ocorre 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 (art. 313, parágrafo único, do CPP).

3.4 – LEGITIMIDADE PARA O SEU REQUERIMENTO

De acordo com o art. 311 do CPP, as partes legítimas para o requerimento da medida cautelar são: o órgão do Ministério Público; o querelante e a autoridade policial.

O Ministério Público e o querelante devem se manifestar sob a forma de requerimento, ou seja, um pedido, solicitação. Já a autoridade policial deve fazer através de uma representação que é uma exposição escrita dos motivos da medida, demonstrando a necessidade de tal determinação. Não está legitimado a pedi-la o assistente da acusação, pois ele atua na defesa de seus direitos decorrentes do dano sofrido pela infração.

Assevera José Frederico Marques que:

em ambos os casos, porém, a tramitação procedimental se opera inaudita altera parte. E nem poderia ser de outra forma, dado o caráter que apresenta essa medida coativa, bem como as razões que a inspiram. O intuito acautelador do ato de coação acabaria frustrando se, do pedido de prisão, se desse notícia ao réu, pelo menos seria o que, na maioria das hipóteses, iria acontecer.¹¹

3.5 – AUTORIDADE COMPETENTE

A autoridade competente para a decretação da prisão preventiva é o juiz e o relator, em se tratando de processo de competência originária dos Tribunais (art. 557, § único, “C”) ou em grau de recurso (art. 581, V). A custódia cautelar poderá ser decretada de ofício, isto é, independente de provocação ou requerimento do querelante ou Ministério Público.

3.6 – DECRETAÇÃO

Conforme prescreve o artigo 311 do Código de Processo Penal, a medida preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal. Comumente, não se admite a prisão preventiva, sem que haja sido instaurado o inquérito policial, porém já se

¹¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Editora Millennium, 2000. v. IV, p. 62.

decidiu que mesmo a inexistência de inquérito policial não impede a prisão preventiva se fundamentada em peças informativas demonstrativas da existência do crime e indícios da autoria apresentados com o requerimento do Ministério Público de decretação da medida.

Aponta Fernando da Costa Tourinho Filho que:

é de ponderar que, não sendo o inquérito necessariamente indispensável à propositura da ação penal, poderá ocorrer esteja o órgão do Ministério Público com informações mais que suficientes para ingressar em juízo com a denúncia. Os documentos e outros elementos de prova demonstram não só a materialidade delitiva, como também a autoria. Nesse caso, nada obsta que ofereça a denúncia e requeira a decretação da medida extrema. Assim, mesmo sem inquérito, possível será o encarceramento provisório.¹²

Quanto ao momento, vale ainda a observação de Vicente Greco Filho que assim expõe:

a prisão preventiva pode ser decretada desde a data do fato até a sentença. Prolatada esta, se for absolutória, a preventiva seria incompatível com ela, e, se for condenatória, a prisão decorrerá, ou não, dela própria e não de preventiva.¹³

Em opinião semelhante, porém um pouco mais restritiva, Fernando da Costa Tourinho Filho assinala que “a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, vale dizer, até o oferecimento das alegações finais, que encerram a fase instrutória. Melhor diria até a fase do art. 499.”¹⁴ Em reforço, cita posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que aponta nesse mesmo sentido.

3.7 – REVOGAÇÃO E REDECRETAÇÃO

A prisão preventiva, mesmo depois de decretada pode ser revogada e cassada. Dispõe o art. 316, do Código de Processo Penal: “Que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justificarem.”

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III, p. 503.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de...* . Ob. cit., p. 277.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob.cit., p. 504.

Da mesma forma que a lei confere ao juiz, o poder discricionário de decretar a prisão preventiva, situação idêntica adota o mandamento legal em seu art. 316, deixando ao alvedrio do magistrado, a sua revogação. Esta atribuição assume o caráter de dever e não de faculdade, apesar da expressão utilizada pelo texto legal “poderá”, pois uma vez ausentes os motivos que a determinaram, deverá ser adotada a revogação. Consoante lição de Valdir Sznick, “em casos que envolvem o *status libertatis* a margem de discricionariedade desaparece.”¹⁵

Para que o juiz revogue a prisão preventiva, é mister desapareçam os motivos para sua subsistência, independente da ocorrência de fato novo ou novas provas. Apenas deverá o magistrado proceder uma análise dos fatos que permitiram a custódia cautelar. A revogação deve-se calcar, e indicar com explicitude, no desaparecimento das razões que, originalmente, determinaram a custódia provisória, sem desgarrar dos parâmetros traçados pelo artigo 316 do Código de Processo Penal.

A revogação pode ser solicitada pelo réu, por seu curador ou pelo Ministério Público, além da possibilidade de ser concedida de ofício pelo juiz. A autoridade policial fica excluída, nessa fase, de representar nesse sentido, em razão de a ela, ser atribuída somente a possibilidade de representar na fase da instrução preparatória para a propositura da ação penal.

Quanto ao momento, a revogação é permitida no correr do processo, devendo-se entender desde o momento da decretação até o proferimento da sentença definitiva de primeira instância.

No que tange aos prazos estabelecidos pelos artigos. 10, 46 e 401, todos do Código de Processo Penal, devem eles serem respeitados, sob pena de revogação da preventiva, pois estando o réu sob custódia, não se permite procrastinações do procedimento já que a medida tem um caráter excepcional, ficando estritamente condicionada a uma daquelas circunstâncias.

Por fim, nada impede o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante que redecree a preventiva, se sobrevierem razões que a justifiquem. (art. 316, *in fine*, CPP).

¹⁵ SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. 2. ed. Leud: 1995, p. 459.

4 – MODIFICAÇÕES RELATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/11

A Lei nº 12.403/11, que entrou em vigor em 05/07/2011, introduziu no Processo Penal brasileiro uma gama de medidas cautelares específicas.

As inovações propõem uma nova ideologia de maneira a restringir a aplicação da custódia cautelar preventiva, procurando substituí-la por outras medidas acautelatórias menos severas, mas capazes de produzirem efeito similar, em casos onde a restrição abreviada da liberdade se mostre inadequada e desnecessária.

A reforma que inseriu a valorização de um modelo alternativo à segregação, segue a tendência do processo civil, que ultimamente observa um desenvolvimento no campo das denominadas tutelas específicas, constituindo um progresso na processualística penal.

Este aumento na concessão de proteções particularizadas encontra-se em consonância com o processo penal atual, na medida em que se torna claro a intenção de emprestar uma importância maior à figura da vítima, ampliando seu protagonismo e os meios de sua proteção no moderno Direito Penal processual e material.

Nesta esteira, as medidas cautelares albergadas pela nova legislação representam uma ampliação da intervenção estatal no *status libertatis* do indivíduo. Além disso, as providências acautelatórias submetem-se a condições menos severas do que a costumeira prisão preventiva (que continua existindo no sistema), sendo suficiente à sua decretação se cuide de crime apenado com prisão e se faça um juízo de necessidade e adequação das medidas fixadas à natureza e gravidade do crime.

De acordo com este novel, o novo texto legal distinguiu dois tipos de prisão preventiva, sendo a primeira a tradicional, já conhecida pelo sistema pátrio, denominada de autônoma e uma nova modalidade, destinada a garantir o cumprimento das medidas cautelares, que vem sendo batizada de subsidiária ou substitutiva.

A prisão preventiva subsidiária encontra-se prevista no § 4º do artigo 282, do Código de Processo Penal:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou

do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

Referido dispositivo remete ao artigo 312, parágrafo único, do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Destas disposições se deflui que existem duas espécies distintas e não cumulativas de pressupostos para a decretação da prisão preventiva. Primeiramente, o *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece os requisitos tradicionais da prisão preventiva já denominada autônoma, enquanto o parágrafo único institui um requisito alternativo que se apresenta como nova modalidade, qual seja, a prisão preventiva, como medida cautelar de eficácia coativa ao cumprimento fiel das medidas cautelares, ou prisão preventiva subsidiária.

Ponto que merece destaque é a referência explícita do novo artigo 282 do Código de Processo Penal ao Princípio da Proporcionalidade. Segundo a nova redação, a imposição de quaisquer medidas cautelares, seja de prisão ou alternativas à prisão, fica condicionada à necessidade e à adequação da medida.

Já com relação as medidas cautelares elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme se extrai do artigo 321, não se submetem aos mesmos requisitos da prisão preventiva clássica:

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

Então a prisão preventiva decretada com base nestes últimos dispositivos legais, como substitutivo das medidas cautelares, também dispensa os requisitos dos artigos 312, *caput*, e 313 do Código de Processo Penal, especialmente os deste último.

Na medida em que se cria alternativas à prisão, multiplica-se as hipóteses de tutelas, especificando-as em medidas menos gravosas, mas às quais empresta efetividade ao garanti-las, em último caso, também com a prisão preventiva, ainda que, neste caso e apenas neste, dispensados os estreitos requisitos do artigo 312, *caput*, e 313 do Código de Processo Penal.

O novo artigo 310 do Código de Processo Penal, prescreve que o Juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal, ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312, disposição que entendemos conflitante com o nosso sistema, pois se o flagrante está perfeitamente caracterizado e o respectivo auto em conformidade com a lei, inexistirá razão e se tornará sem sentido a decretação da prisão preventiva.

Inovação importante e salutar é a possibilidade de que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar caso se trate de indiciado ou acusado maior de setenta anos, ou sujeito a severas conseqüências de doença grave, ou seja necessário aos cuidados especiais de menor de sete anos de idade, ou de deficiente físico ou mental, além da gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, devendo o Juiz, em todos os casos, exigir prova idônea destas circunstâncias.

Esta prisão domiciliar "consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial", sob pena de sua revogação.

5 – CONCLUSÃO

As considerações finais procuram sintetizar as conclusões da pesquisa realizada, cujo aprofundamento necessário restou limitado pelas restrições metodológicas presentes em toda investigação em grau dissertativo, mantendo, porém, aberta a reflexão para futuro detalhamento, em sede própria.

Neste sentido, conclui-se:

1 – Como providência jurisdicional protetiva, a medida cautelar visa prevenir, conservar ou assegurar a eficácia de um direito envolvido num processo principal, ante a comprovação de um risco de lesão de qualquer natureza ou demonstração da existência de motivo justo, amparado legalmente.

2 - A tutela cautelar possui características pertinentes a espécie, tais como a autonomia, instrumentalidade, provisoriedade e revogabilidade.

3 - A lentidão no encerramento da instrução processual penal faz das medidas assecuratórias plenamente aplicáveis na busca pela tutela criminal. Tais medidas somente se justificarão se estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* e só deverá ser mantida enquanto persistir a sua necessidade, ou seja, só se sustenta enquanto aquelas circunstâncias iniciais existirem e se mantiverem.

4 – A prisão preventiva é exceção, submetendo-se a critérios de estrita necessidade, uma vez que traz seqüelas de índole individual e social definitivas. Sua necessidade está atrelada ao seu embasamento cautelar, ou seja, à garantia do regular andamento do processo e da eficácia de eventual condenação, não podendo lastrear-se pura e simplesmente no mérito da causa, sob pena de significarem punição antecipada.

5 - A decretação da prisão preventiva esta atrelada intimamente ao critério de necessidade que guarda relação com a finalidade da medida, ou seja, deve ser imprescindível para garantir a aplicação da lei penal ou para tutelar a investigação ou a instrução criminal, ou, ainda, para evitar a prática de infrações penais. Desta forma, a prisão provisória só se legitima se for necessária nos termos da lei, tudo em conformidade com o princípio da presunção de inocência.

6 - Há a possibilidade de ser decretada a prisão preventiva nos casos de descumprimento de qualquer das outras medidas alternativas, e sua adoção deve ser procedida em último caso. A

prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Esses dois dispositivos legais deixam claro que a prisão preventiva é medida subsidiária e não pode ser decretada sem que antes tenha sido imposta uma medida cautelar alternativa, salvo, claro, quando não couber a imposição dessas medidas.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUNIOR DELMANTO, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2.ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 6. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Editora Millennium, 2000.. v. IV.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

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

SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. 2.ed. Leud: 1995.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. III.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III.