

RODRIGO CARLI DE REZENDE

**PRISÃO PREVENTIVA SUBSIDIÁRIA:
O descumprimento de medidas cautelares previstas no
artigo 319 do Código de Processo Penal**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MG

2012

RODRIGO CARLI DE REZENDE

**PRISÃO PREVENTIVA SUBSIDIÁRIA:
O descumprimento de medidas cautelares previstas no
artigo 319 do Código de Processo Penal**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Msc. Dtdo. Dário José Soares Júnior.

FIC - CARATINGA

2012

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a discussão acerca da alteração introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403/11, que ampliou o rol de medidas cautelares. Além da fiança e da liberdade provisória, o ordenamento contém outras medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, para serem aplicadas com prioridade, antes de o juiz decretar a prisão preventiva. Visa ainda, mais precisamente, abordar os requisitos para que possa ser decretada a prisão preventiva subsidiária ou substitutiva em caso de descumprimento injustificado de medida cautelar anteriormente imposta, prevista no artigo supracitado. Pois nesse contexto, o artigo 312, parágrafo único, do mesmo diploma legal, autoriza a prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, porém não estabelece maiores detalhes para sua decretação. A reforma trazida pela Lei 12.403/11 visa a compatibilização com a Constituição das hipóteses de prisão, eliminando a prática de manter preso cautelarmente os que são presumidos inocentes, com base no princípio da presunção de inocência, previsto no artigo, 5º, LVII, da Constituição da República de 1988, que assegura a presunção até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Desse modo, surge o questionamento sobre a possibilidade de o juiz poder decretar a prisão preventiva subsidiária em qualquer infração penal punida com pena privativa de liberdade, o qual se faz objeto de análise do presente trabalho.

Palavras-chave: medida cautelar; pena privativa de liberdade; prisão preventiva; princípio da presunção de inocência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	07
CAPÍTULO I – AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS	10
1.1 A pena e suas espécies	12
1.2 Do Inquérito Penal à Execução de pena: os tipos de prisões	15
1.3 A ampliação do rol de medidas cautelares alternativas à prisão.....	19
1.4 Características das medidas cautelares pessoais.....	24
CAPÍTULO II – A PRISÃO PREVENTIVA E A LEI Nº 12.403/11	27
2.1 Prisão preventiva autônoma	31
2.2 Prisão preventiva subsidiária	34
2.3 Princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva	36
CAPÍTULO III – DOS REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA SUBSIDIÁRIA	40
3.1 Requisitos fáticos.....	42
3.2 Requisitos normativos.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico abordando o tema “Prisão Preventiva Subsidiária: o descumprimento de medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal” tem por objetivo discutir os aspectos jurídicos da prisão preventiva subsidiária com base no descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas. Sendo assim, levanta-se o seguinte problema, diante do descumprimento injustificado de medida cautelar diversa da prisão anteriormente imposta, prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, poderá o juiz, em qualquer infração penal punida com pena privativa de liberdade, decretar a prisão preventiva.

Ante tal questionamento, apresenta-se a seguinte hipótese, a prisão preventiva, após a alteração dada pela Lei n.º 12403/11, pode ser autônoma ou subsidiária. No caso da segunda, esta será decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta, prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, independentemente de estarem presentes ou não os requisitos arrolados no artigo 313, do Código de Processo Penal, exigindo-se apenas o simples descumprimento injustificado da medida imposta.

O tema apresentado possui grande relevância no nosso ordenamento jurídico, tornando imprescindível uma ampla e merecida discussão, porque trata de um assunto que envolve a efetividade das medidas cautelares e possibilidade de decretação da prisão preventiva. Dessa forma, este estudo nos mostrará de forma esclarecedora a importância do contínuo estudo do tema para o aprimoramento do Direito, surtindo efeitos e gerando ganhos tanto jurídicos, como sociais e pessoais.

O presente estudo monográfico trará ganhos jurídicos, uma vez que existem importantes divergências quanto aos requisitos para a decretação da prisão preventiva subsidiária na doutrina e jurisprudência, sobretudo quanto aos arrolados no artigo 313 do Código de Processo Penal. Procuraremos entendê-las e esclarecê-las com base no princípio da presunção de inocência, adequando assim a aplicação de tal modalidade de prisão com o ordenamento constitucional, bem como com uma posterior e oportuna distinção entre os institutos da prisão preventiva subsidiária e a prisão preventiva autônoma.

Já no que diz respeito aos ganhos acadêmicos, a pesquisa em epígrafe é importante para fins de formação do conhecimento científico na seara jurídica, essencial para futuros

investimentos, esclarecimentos e compreensão para o ramo do direito. Pois é indispensável o conhecimento de tal tema processual penal ao bom andamento dos trabalhos judiciários na área criminal, devendo ser constantemente aperfeiçoado, adquirindo assim um grande conhecimento específico para formação profissional.

Quanto aos ganhos sociais, estes podem ser alcançados na medida em que a análise conjunta desses fatos nos encaminhará a uma interessante abordagem, assegurando a aplicação da Constituição da República de 1988, no interesse da sociedade, evitando assim a prisão antes da sentença penal transitada em julgado, com base no princípio da presunção de inocência.

Emprega-se como metodologia do presente trabalho monográfico o estudo teórico-dogmático, de investigação transdisciplinar, abrangendo o Direito Constitucional, o Direito Processual Penal e o Direito Penal. Desta forma, a elucidação da problemática proposta terá por base a pesquisa detalhada da doutrina e a jurisprudência, bem como artigos, que elucidem a proposição.

Assim, visando elucidar tal proposta, se utilizará a doutrina e a jurisprudência, que apontam o simples descumprimento injustificado da medida cautelar anteriormente imposta, enseja na prisão preventiva subsidiária, bem como artigos de internet que elucidem a presente problemática.

A monografia em tela será composta de três capítulos. O primeiro capítulo, sob o título “As novas Medidas Cautelares pessoais”, tratará do rol de medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/11, demonstrando as principais características destas medidas.

O segundo capítulo, intitulado “A Prisão Preventiva e a Lei nº 12.403/11”, versará sobre os tipos de prisão preventiva existentes em nosso ordenamento jurídico, quais sejam, prisão preventiva autônoma e prisão preventiva substitutiva ou subsidiária, bem como a abordagem do princípio constitucional da presunção de inocência.

Por fim, o terceiro e último capítulo, qual seja, “Dos requisitos para a decretação da prisão preventiva subsidiária”, pretende versar sobre quais os requisitos para a decretação da prisão preventiva subsidiária em caso de descumprimento injustificado de medida cautelar pessoal anteriormente imposta, apresentando uma conclusão e relatando resumidamente o assunto.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para adaptar-se à evolução histórica, deve a legislação sofrer alterações, pois o Direito é a ciência que estuda a relação entre os homens, aplicando normas de conduta para um bem estar social. Existindo evolução da sociedade, consequentemente deverá haver a evolução do Direito.

Visando acompanhar esta evolução foi introduzida em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 12.403/11, que trouxe alterações relevantes no que se refere ao trato das prisões e da liberdade provisória, também inseriu inúmeras alternativas para que seja evitada a prisão. Ao mencionar a alteração Eugênio Pacelli de Oliveira diz que:

Finalmente, depois de uma década de tramitação no Congresso Nacional foi aprovado o Projeto de Lei 4.208, de 2001, transformado agora na Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, publicada no dia 05 do mesmo mês de maio, embora com profundas modificações do anteprojeto originário¹.

Os principais aspectos da alteração são: o aumento do rol das medidas cautelares, tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares, a manutenção da prisão preventiva e a criação de um novo patamar de pena privativa de liberdade para a decretação desta. Agora toda prisão antes do trânsito em julgado assumiu a natureza cautelar.

Adentrando à problemática da presente pesquisa, visando englobar as alterações introduzidas pela referida lei com o tema, é necessário tratar e conceituar alguns institutos específicos do direito.

O primeiro ponto a ser tratado é a medida cautelar. No âmbito do Processo Penal existem dois tipos de medidas cautelares. A primeira delas é a medida cautelar real, que segundo Fernando Capez: “São providências cautelares de natureza processual, urgentes e provisórias, determinadas com o fim de assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, seja quanto à reparação do dano decorrente do crime, seja para a efetiva execução da pena a

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 05. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma-do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

ser imposta”². Tais medidas têm como principais espécies: o sequestro e o arresto. O segundo tipo de medida cautelar, são as pessoais, que como o próprio nome já nos diz, incidem sobre a pessoa.

Este último tipo de medida cautelar é o que interessa para o desenvolvimento do trabalho. De acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira: “todas as restrições de direitos pessoais e a liberdade locomoção previstas em nosso CPP, antes do trânsito em julgado e a partir da nova Lei 12.403/11, recebem a alcunha ou a designação de medidas cautelares”³. Tais medidas devem ser aplicadas como medida excepcional, pois a regra é a liberdade, evitando assim a banalização das medidas cautelares, sobretudo da prisão preventiva.

O segundo ponto que merece destaque é a prisão preventiva, que com a ampliação do rol de medidas cautelares alternativas à prisão passou a ser via de regra subsidiária, compatibilizando as hipóteses de prisão com a Constituição. Assim, conforme Denilson Feitoza Pacheco: “Prisão preventiva é uma prisão provisória, de natureza cautelar e processual, decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento, durante o inquérito policial ou processo penal, quando presentes certos pressupostos ou requisitos legais”⁴.

Outro ponto que necessita destaque, diz respeito à compatibilização da prisão preventiva com a Constituição da República de 1988, pois esta enumera em seu artigo 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade, pois segundo Bechara e Campos citados por Pedro Lenza: “melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado”⁵. Tal princípio é uma garantia processual penal e por consequência um dos basilares do Estado de Direito, visando à tutela da liberdade pessoal. Assim, com a nova lei n.º 12.403/11, a mitigação do princípio da presunção de inocência com decretação da prisão antes da condenação transitada em julgado, deixou de ser a regra e passou verdadeiramente a ser a exceção, conforme determina a Constituição da República de 1988.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.448.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 07. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

⁴ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008, p.745.

⁵ BECHARA; CAMPOS; Apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.711.

O último ponto a ser destacado é a pena privativa de liberdade, pois o novo artigo 313, do Código de Processo Penal, criou uma cláusula legal objetiva, que estabelece um patamar mínimo da pena privativa de liberdade em abstrato, via de regra para que possa ser decretada a prisão preventiva. Porém existem divergências quanto à aplicação desta cláusula para que possa ser decretada a prisão preventiva subsidiária.

O nosso ordenamento jurídico tem vários tipos de penas, quais sejam: penas restritivas de direito, penas de multa ou pecuniárias e penas privativas de liberdade. Portanto, para elucidação do tema em questão, é extremamente necessária a definição do que seja pena privativa de liberdade.

Tal tipo de pena, como o próprio nome já nos diz, é aquela que priva a liberdade do indivíduo, com graus diferenciados, quais sejam, a reclusão e a detenção, que tem uma importância na análise do regime de cumprimento de pena a ser adotado, não tendo grande relevância para o presente trabalho a distinção dos institutos.

Desse modo é necessária a conceituação do que seria pena para uma maior elucidação da definição de pena privativa de liberdade, assim segundo Rogério Greco: “A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”⁶. Sendo que apenas quando previsto no tipo penal incriminador a pena privativa de liberdade, será possível a decretação da prisão preventiva.

Dessa maneira, uma melhor compreensão do tema proposto poderá ser realizada através dos conceitos acima mencionados, referenciais teóricos do presente trabalho.

⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.485.

CAPÍTULO I – AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

As medidas cautelares podem ser classificadas em reais, probatórias e pessoais, de acordo com seu objetivo, estas são definidas por Válder Kenji Ishida de seguinte forma:

Reais, quando visam garantir a satisfação de um direito sobre a coisa (do Estado ou do ofendido), em probatórias, quando objetivam obter uma prova no processo penal e pessoais, quando recaem sobre o indiciado ou acusado, como forma de garantir sua participação no processo⁷.

Assim como citado anteriormente interessa ao presente estudo apenas as medidas cautelares pessoais, em virtude de sua recente alteração em nosso ordenamento jurídico.

As novas medidas cautelares diversas da prisão, instituídas pela Lei n.º 12.403/11 estão situadas no Título IX (da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória), Capítulo V (das outras medidas cautelares), do Código de Processo Penal, mais precisamente em seu artigo 319.

A alteração era muito aguardada, pois visava superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas realizadas, que romperam com a estrutura originária, desfigurando o sistema. Tendo-se em vista que o citado diploma legal foi criado no ano de 1941, em uma época em que a visão do Direito para com a sociedade era totalmente diferente.

Dessa forma, segundo Pierpaolo Cruz Bottini e Márcio Thomaz Bastos:

Cautelares pessoais são aquelas decisões do juiz, tomadas durante o processo, para impedir que o réu destrua provas, intimide testemunhas ou impeça a execução da pena, sempre que existam veementes indícios desses elementos.

⁷ ISHIDA, Válder Kenji. **Medidas cautelares pessoais e a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, uma abordagem prática**. 2011. Disponível em: <<http://eduardo-viana.com/wp-content/uploads/2011/06/Medidas-cautelares-pessoais-e-a-Lei-nº-12.403-uma-visão-prática.pdf>>. Acesso em: 19 out 2012.

Até agora, para assegurar a ordem no processo, o juiz dispunha de uma única cautelar: a prisão preventiva. O sistema processual vivia uma medíocre dualidade: ou o juiz decretava a prisão do acusado ou não determinava medida alguma⁸.

O novo artigo 319, do Código de Processo Penal traz nove medidas cautelares diversas da prisão. Até a entrada em vigor de Lei n.º 12.403/11, nosso ordenamento jurídico previa apenas a fiança e a liberdade provisória como medidas alternativas a prisão cautelar.

Francisco Sannini Neto ao comentar a nova lei diz que:

Em relação às medidas cautelares diversas da prisão, devemos destacar que elas ganharam um certo protagonismo na persecução penal com a nova Lei, devendo ser adotadas de modo preferencial. Contudo, para que a eficácia de tais medidas seja garantida, é preciso que haja um forte controle por parte dos órgãos responsáveis pela segurança pública, uma vez que o seu descumprimento pode causar um sério risco ao direito de punir do Estado⁹.

Seguindo as determinações estabelecidas pelo artigo 282, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares previstas no Título IX, do diploma legal supracitado devem ser aplicadas com base na necessidade e adequação, que nos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt devem assim ser entendidas:

Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e, pela adequação, espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos¹⁰.

⁸ BASTOS, Márcio Thomaz; BOTTINI, Marcos Barbosa de Pierpaolo Cruz. **Novas cautelares privilegiam eficiência processual**. Consultor Jurídico. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-11/lei-institui-novas-cautelares-criminais-torna-processo-humano#autores>>. Acesso em: 19 out 2012.

⁹ SANNINI NETO, Francisco. **Medidas cautelares diversas da prisão são marco**. Consultor Jurídico. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-06/medidas-cautelares-diversas-prisao-fortalecem-principio-constitucional>>. Acesso em: 19 out 2012.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.56.

Tais determinações nada mais são do que o respeito ao princípio da proporcionalidade. Cabe ainda ressaltar que as medidas cautelares pessoais diversas da prisão podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

1.1 As penas e suas espécies

Há discussões sobre a eficácia da aplicação da pena como meio de evitar novos delitos e quanto à desaprovação do infrator pelo seu ato. A pena inicialmente teve finalidade de repressão e posteriormente de prevenção. O Direito Penal e a sua forma de punir passaram por profundas transformações ao longo dos tempos.

Na visão de Cesare Beccaria:

A finalidade das penas é, portanto, apenas impedir que o acusado cometa novos crimes contra seus concidadãos e que os outros façam igual. Dessa maneira, as penas e o modo como são aplicadas devem ser escolhidos de forma, guardadas as proporções, causem uma impressão mais eficaz e durável na índole dos homens, e menos torturante no corpo do réu¹¹.

A pena dessa forma não pode ser uma violência contra o ser humano. Na aplicação de tal instituto, deve ser observado ordenamento jurídico, bem como a proporcionalidade desta para com o delito.

Com relação às espécies de penas, conforme o previsto no artigo 32, do Código Penal, as penas podem ser: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. Segundo Julio Fabbrini Mirabete:

Abandonou-se no Código Penal, com a reforma operada pela Lei nº 7.209, a distinção entre penas principais (reclusão, detenção e multa) e acessórias (a perda de função pública, as interdições de direitos e a publicação da sentença), declarando-se, no art. 32, que as penas são:
I – privativas de liberdade;

¹¹ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Silene Cardoso. 4. ed. São Paulo:Ícone, 2006, p.59.

II – restritivas de liberdade;
III – multa¹².

A pena privativa de liberdade constitui o centro da política penal e a principal forma de punição. Está prevista em abstrato no respectivo tipo penal, ou seja, vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, permitindo dessa forma a proporcionalidade da sanção e o bem jurídico protegido pelo tipo penal.

A pena privativa de liberdade é a mais grave das sanções previstas pelo ordenamento jurídico no âmbito penal. A pena privativa de liberdade ainda se faz muito necessária, mas tal instrumento deve ser utilizado como último recurso da política criminal, com base no Estado Social e Democrático de Direito.

Deve ser ressaltado ainda que, mesmo quando necessária a aplicação da pena privativa de liberdade, esta deve ser aplicada com base nas garantias penais constitucionais asseguradas pela Constituição da República de 1988, pois entre a aplicação do poder punitivo do Estado e o respeito às garantias do cidadão, é mais do que evidente que no Estado Democrático de Direito, são as garantias do cidadão que devem prevalecer.

A Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n.º 3.688/41) prevê ainda outro tipo de pena privativa de liberdade, a prisão simples, que será aplicada especificamente nas contravenções penais, sem rigor penitenciário e em estabelecimentos especiais ou seção de prisão comum. Não é admitida, em nenhuma hipótese, que o condenado a prisão simples a cumpra em regime fechado.

A pena restritiva de direito nada mais é que uma sanção penal imposta em substituição à pena privativa de liberdade, que consiste na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado.

Tal pena consiste na restrição ao exercício de direito do cidadão, que não a sua liberdade. São autônomas (e não acessórias a outras penas) e substitutivas (não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade).

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.250.

Segundo Rogério Greco: “as penas restritivas de direitos são as seguintes: 1ª) prestação pecuniária; 2ª) perda de bens e valores; 3ª) prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas; 4ª) interdição temporária de direitos; e 5ª) limitação de fim de semana”¹³.

A prestação pecuniária refere-se a um valor em favor da vítima, seus dependentes ou entidades públicas ou particulares com destinação social.

A perda de bens e valores, como o próprio nome diz é a perda dos bens ou valores, como forma de pagamento da pena.

A prestação de serviço à comunidade ou às entidades públicas, consiste na realização de tarefas gratuitas em hospitais, entidades assistenciais ou programas comunitários.

A interdição temporária de direitos resulta em uma incapacidade temporária para o exercício de determinada atividade, podendo ser proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Pode ainda ser ministrado ao condenado, durante esse período, cursos e palestras, ou atribuída a ele atividades educativas.

Trata-se portanto de uma espécie de pena alternativa, pois há casos em que pode ser substituída a pena de prisão por outras alternativas, evitando dessa forma o péssimo sistema carcerário para os que cometeram pequenos delitos.

Quanto a pena de multa, esta pode ser aplicada como pena única, em cumulação com penas privativas de liberdade ou restritiva de direitos ou como pena substitutiva. O não pagamento da multa leva à sua cobrança forçada pelo Estado, através do processo executivo aplicando a este as normas da legislação relativa a dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Na visão de Luiz Regis Prado: “No Direito Penal brasileiro, figura como pena pecuniária apenas a multa (arts. 5º, XLVI, c, da CF; e 49, do CP). De acordo com a definição

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.532.

legal, consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa (art. 49, *caput*, CP)”¹⁴.

A acumulação de bens e dinheiro resulta na riqueza, que faz “bém” ao homem, inversamente a perda do dinheiro e a redução dos bens e por consequência da riqueza lhe causam muito “mal”.

Atualmente tal modalidade de pena visa atender as necessidades atuais de descarcerização, pois pune o autor da infração penal com o pagamento de certa importância determinada pelo juiz em dias-multa, obedecendo aos limites mínimo e máximo, fixados pelo Código Penal.

Segundo Rogério Greco: “o critério trifásico de aplicação da pena, servirá de norte para o julgador a fim de que possa encontrar o total de dias-multa que será aplicado ao sentenciado”¹⁵.

O nosso Código Penal estabeleceu as três modalidades de penas supracitadas. Porém a Constituição da República de 1988 vedou em nosso ordenamento jurídico alguns tipos de penas, quais sejam, a pena de caráter perpétuo, a pena de trabalho forçado, a pena de banimento, as penas cruéis e a pena de morte, esta última admitida, como forma de exceção, em caso de guerra declarada nos termos da Constituição da República de 1988.

1.2 Do Inquérito Penal à Execução de pena: os tipos de prisões

O conceito geral de prisão aponta para a privação de liberdade como forma de cumprimento de pena, contudo é importante destacar que este instituto é subdividido pelo ordenamento jurídico e pela doutrina, em espécies.

No sentido penal, esta nada mais é do que um instrumento estatal coercitivo que decorre da aplicação de uma pena transitada em julgado.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.573.

¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.552.

Quanto ao sentido processual de prisão, este consiste em um instrumento cautelar que pode se valer o juiz no processo ou na investigação para assegurar a efetividade do processo penal, além de outros motivos e circunstâncias previstas em lei.

A modalidade da prisão será determinada de acordo com a natureza e o momento em que se encontra o processo.

Quanto à natureza, poderá ocorrer a prisão no âmbito penal, civil, militar ou administrativo, sendo que apenas a prisão no âmbito penal, interessa para o presente estudo.

Quanto ao momento, pode-se destacar a prisão penal, que é imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado e processual que na visão de Fernando Capez: “trata-se de prisão puramente processual, imposta com a finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal”¹⁶.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 12.403/11, ocorreram significativas alterações no Código de Processo Penal, principalmente no que diz respeito às prisões, à liberdade provisória, à fiança e às outras medidas cautelares, diversas da prisão.

A lei penal brasileira prevê três tipos de prisão: temporária, preventiva e para execução de pena, sendo que as duas primeiras são as duas modalidades de prisão cautelar existentes em nosso ordenamento jurídico. Tal forma de prisão visa tutelar a persecução penal, impedindo eventuais condutas que possam colocar em risco a efetividade do processo. Essa medida somente será dada por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente.

Com a alteração produzida pela Lei n.º 12.403/11, deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro a prisão para apelar, a prisão da sentença de pronúncia, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão administrativa.

Com a nova Lei n.º 12.403/11, assume-se a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado. Esta possui um caráter precário, por não ser considerada definitiva, ela pode ser decretada, bem como cassada a qualquer momento, seja no curso da fase informativa ou da instrução processual.

A prisão preventiva se faz presente em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal e será decretada pelo juiz. É a modalidade mais conhecida e debatida do

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.253.

ordenamento jurídico, grande parcela da doutrina assegura ser a mais utilizada atualmente no processo penal pátrio.

Na visão de Edilson Mougenot Bonfim:

As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar em cautelaridade social, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduo perigoso, e cautelaridade processual, que garante o normal *iter* procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida¹⁷.

Não será cabível a prisão preventiva quando não for previsto no tipo penal a imposição de pena privativa de liberdade, no caso de transgressão do referido tipo penal, bem como em via de regra para os crimes culposos.

Tal modalidade de prisão cautelar possui prazo indeterminado, diferentemente da prisão temporária, que possui por via de regra o prazo de cinco dias, prorrogável por igual período. Porém, se o crime for hediondo ou equiparado a hediondo, o prazo será de trinta dias prorrogáveis por mais trinta dias. A prorrogação somente se dará em caso de extrema e comprovada necessidade.

A prisão temporária, regulada pela Lei n.º 7.960/89, surgiu da conversão da Medida Provisória n.º 111, de 14 de novembro de 1989, com o intuito de regularizar a anterior prisão para averiguação.

A prisão temporária regulada pela Lei n.º 7.960/89 é conceituada por Fernando Capez como: “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”¹⁸. Portanto, em tal espécie de prisão provisória a sua decretação somente se dará, no decorrer da fase policial, ou seja, antes do início da ação penal, diferentemente da prisão preventiva, que se presta a tutelar tanto na fase de investigação quanto na fase de processo, podendo esta ser decretada a qualquer tempo.

A prisão temporária apenas é decretada em situações especiais, em crimes graves e nos casos em que é ignorada a residência e a identidade do acusado. A referida prisão ocorre com

¹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.456.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.283.

a requisição do Ministério Público ou representação da autoridade policial competente, com a posterior decretação pelo juiz.

A prisão para execução de pena, só ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esta modalidade de prisão é regulamentada pela Lei n.º 7.210/84, mais conhecida como Lei de Execuções Penais, e possibilita o sistema de progressão do regime e trata dos direitos e deveres dos presos e das faltas disciplinares.

Conforme esclarece Eugênio Pacelli de Oliveira:

O Plenário da Suprema Corte, no julgamento do Habeas Corpus n.º 84.078-MG, decisão publicada no DJ em 26.02.2010, alterando radicalmente sua posição sobre a matéria, afastou a possibilidade de execução provisória de pena, na pendência de recurso especial ou de recurso extraordinário¹⁹.

A nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolida a tese da impossibilidade de ocorrer em nosso ordenamento jurídico a execução provisória ou antecipada de pena, com base no princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição da República de 1988, confirmando assim as ideias de um direito processual penal democrático e garantista.

A competência do juiz da execução penal inicia-se com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A partir deste momento o condenado passa a ser regulado pela Lei de Execuções Penais.

Para a elucidação do presente trabalho será aprofundado mais adiante o estudo da prisão cautelar preventiva, bem como as modificações introduzidas pela Lei n.º 12.403/11, em relação a este instituto.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei n.º 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 72. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma-do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

1.3 A ampliação do rol de medidas cautelares alternativas à prisão

A reforma do Código de Processo Penal introduzida pela Lei n.º 12.403, de 2011, trouxe uma grande inovação ao estabelecer um extenso rol de medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, segundo Eduardo Luiz Santos Cabette:

A Lei 12.403/11 trouxe à legislação processual penal várias medidas cautelares diversas da Prisão Provisória com a finalidade de prover os operadores do Direito de instrumentos hábeis a evitar o aprisionamento prematuro sem que haja prejuízo à efetividade da prestação jurisdicional, da investigação policial e da segurança e tranquilidade dos envolvidos em um episódio criminal²⁰.

Portanto, tal reforma visa diminuir o excesso de prisões cautelares, que abarrotam nossos Tribunais de milhares de habeas corpus contestando a segregação antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois muitas dessas prisões não são imprescindíveis. Tendo-se em vista que nosso Poder Judiciário possui muitas demandas, algumas injustiças são praticadas em decorrência da demora na análise de pedidos de liberdade.

Confirmando, tal tese Luiz Flávio Gomes citado por Pedro Henrique Santana Pereira afirma que:

Em dezembro de 2010, o Brasil atingiu o número recorde de mais de 500 mil presos. (cf. nossa pesquisa em www.ipclfg.com.br). Desse total, 44% são de presos provisórios. Mais de 200 mil pessoas presas cautelarmente. Muitas poderiam estar em liberdade, mas continuam sob a custódia do Estado antes mesmo de encerrada a ação penal e de formado o juízo da culpa. Isso por força da atual sistemática da prisão: antiquada, que prioriza a privação da liberdade como única forma de garantir a ordem pública, a ordem econômica, a lisura da instrução criminal, assim como assegurar o cumprimento da pena imposta. [...] Há um excesso por parte de alguns magistrados do País. Banalizou-se a medida cautelar privativa de liberdade de tal forma que muitas pessoas cumprem suas penas provisoriamente antes mesmo de

²⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319 do CPP**. 2011. Disponível em: < <http://www.lesiobragacalhau.com.br/taxatividade-das-novas-medidas-cautelares-do-artigo-319-do-cpp-parte-1-de-2/>>. Acesso em: 19 out 2012.

serem condenadas. A prisão processual, tornou-se, na prática, prisão penal. A odiosa antecipação da pena faz parte da realidade prisional brasileira ²¹.

Com a nova lei temos uma valorização do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, do qual falaremos mais especificamente no próximo capítulo.

A nova redação do artigo 319 do Código de Processo Penal passou a prever nove providências cautelares para a tutela do processo, tendo estas, preferência sobre a prisão cautelar, evitando dessa forma, a medida extrema do encarceramento antes da sentença condenatória com trânsito em julgado.

O rol de medidas cautelares previstas no artigo supracitado é taxativo, conforme preleciona Eduardo Luiz Santos Cabette:

Outra conclusão não deve prosperar a não ser a de que o rol do artigo 319, CPP deve ser interpretado como taxativo em respeito às especiais exigências do ramo processual penal que neste caso não são compatíveis com o Poder Geral de Cautela previsto na seara processual civil, tendo em vista principalmente a necessidade de tipicidade processual penal sempre que se trate de normas restritivas de direitos individuais ²².

Não sendo possível, portanto, em nosso ordenamento jurídico a concessão de medidas cautelares inominadas penais, assim apenas devem ser aplicadas as cautelares previstas em lei, conforme o pensamento supracitado.

A primeira cautelar prevista neste rol é o comparecimento periódico à sede do juízo, para que o investigado ou acusado informe sobre suas atividades regulares, bem como as justifique.

Segundo as lições de Paulo Rangel:

²¹ GOMES; Apud PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.13.

²² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319 do CPP**. 2011. Disponível em: < <http://www.lesiobragacalhau.com.br/taxatividade-das-novas-medidas-cautelares-do-artigo-319-do-cpp-parte-2-de-2/> Acesso em: 19 out 2012.

A finalidade da medida é exigir que o acusado demonstre senso de responsabilidade comparecendo em juízo para informar e justificar suas atividades, ou seja, não basta comparecer em juízo, mas sim justificar o que está fazendo e se está. Justificar é dar fundamento a; explicar; demonstrar que (algo) está certo ou que (alguém) está com a razão; legitimar. Se o acusado comparece informa suas atividades, mas não justifica, revoga-se a medida cautelar²³.

A segunda medida trata da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, que possui dois objetivos: além de ser necessária para a investigação ou instrução, visa impedir a prática de novas infrações.

A terceira providencia cautelar diz respeito à proibição de manter contato com pessoa determinada. Na visão de Eugênio Pacelli de Oliveira: “o núcleo central das preocupações parece ser a vítima ou seus familiares, evitando-se contatos prejudiciais a todos os envolvidos, e, por isso mesmo, a reinteração de novos conflitos”²⁴.

A quarta cautelar diz respeito à proibição de ausentar-se da Comarca. Tal medida visa impedir que a ausência atrapalhe as investigações ou a instrução, bem como evitar a fuga do acusado ou indiciado.

A quinta medida cautelar refere-se a exigência de recolhimento domiciliar nos dias de folga e no período noturno. Conforme preleciona Pedro Henrique Santana Pereira: “Com a medida objetiva-se impedir que a pessoa se envolva em novos crimes nos horários que tem disponíveis para descanso. Para a adoção dessa medida, é necessário que o acusado tenha residência e ocupação fixas”²⁵. Tal instituto é uma grande inovação em nosso ordenamento jurídico.

A sexta providência prevista neste rol é a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, caso haja receio de que estas sejam utilizadas para a prática de infrações penais. Pois na visão de Paulo Rangel: “O juiz deverá agir com razoabilidade e prudência, evitando que o afastamento seja superior ao tempo necessário para o perfazimento dos atos processuais, a fim de não causar maiores transtornos

²³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.866.

²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 18. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

²⁵ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.79.

ao acusado e a ineficácia total do processo”²⁶. Tal medida se justifica por inexistir outra forma de obstar o cometimento da infração penal, senão com a adoção de tal medida.

A sétima medida se faz presente quando o juiz determina a internação provisória do acusado, após os peritos, concluírem que o acusado é inimputável ou semi-imputável e haja o risco de reinteração. Além do requisito cumulativo de que seja o crime praticado com violência ou grave ameaça.

A oitava providência prevista na Lei n.º 12.403/11 diz respeito à fiança, nas infrações que a admitem. A fiança nada mais é do que um direito constitucional subjetivo do acusado, além de se tratar de uma medida de cunho patrimonial, que objetiva assegurar o bom andamento processual.

Nas lições de Guilherme de Souza Nucci, a fiança:

Trata-se de uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo criminal. Considera-se a fiança uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança²⁷.

A nona cautelar trata da monitoração eletrônica, que já possuía previsão na Lei n.º 12.258/2010. Porém a medida prevista no artigo 319, IX, do Código de Processo Penal é diferente da prevista no artigo 146-A, da Lei de Execução Penal, pois a primeira é não satisfativa e cautelar, enquanto a segunda possibilita a adoção no regime prisional aberto, nos casos de saída temporária ou prisão domiciliar.

Segundo Paulo Henrique Santana Pereira monitoração eletrônica: “É mecanismo digital por meio do qual uma pessoa é vigiada durante certo tempo com a finalidade de saber se está cumprindo determinações impostas judicialmente”²⁸.

²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.872.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.605.

²⁸ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.83.

Portanto a grande novidade trazida pela Lei n.º 12.403/11 foi a eliminação do sistema bipolar de medidas cautelares pessoais, pois este funcionava apenas com os extremos opostos da prisão preventiva e da liberdade provisória, com ou sem fiança.

Com relação ao sistema binário temos os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes citado por Pedro Henrique Santana Pereira:

O sistema penal brasileiro em matéria de prisão cautelar sempre se caracterizou pela bipolaridade (ou binariedade): prisão ou liberdade. Nosso sistema carecia de medidas intermediárias, que possibilitem ao juiz evitar o encarceramento desnecessário. Essa bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar, muita gente está recolhida nos cárceres brasileiros desnecessariamente. O novo sistema (multicaustelar - CPP, art. 319) oferece ao juiz várias possibilidades de não encarceramento²⁹.

Cabe ainda destacar que o juiz pode optar por uma ou mais cautelares concomitantemente, devendo sempre justificar sua decisão sempre que aplicar ao indiciado ou acusado qualquer medida cautelar, prevista no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Segundo os ensinamentos de Paulo Rangel:

O critério a ser adotado pelo magistrado para admitir a prisão ou qualquer das medidas cautelares diversas da prisão será tríplice: primeiro verifica se a medida é necessária, isto é, inevitável, imprescindível sem a qual o processo perderá a razão de ser porque a tutela jurisdicional não será alcançada; segundo se a medida é adequada, ou seja, ajustada, adaptada ao caso concreto a ponto de permitir a justa posição entre a privação da liberdade (ou restrição de direitos) e o que se quer alcançar em si com o processo que é a prestação jurisdicional; por último, se a medida é proporcional em sentido estrito, quer dizer, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca³⁰.

Dessa forma quando for necessária a aplicação das medidas cautelares supracitadas, o magistrado deve aplicar entre elas, aquela que trará menor ônus ao acusado, adequando-a a situação fática, para que não incorra em excessos, pois, conforme preceitua o próprio Código

²⁹ GOMES; Apud PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.75.

³⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.727.

de Processo Penal, as medidas cautelares devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e adequação destas para assegurar a efetividade do processo.

1.4 Características das medidas cautelares pessoais

Temos algumas características presentes nas medidas cautelares consideradas importantes pela doutrina. As medidas cautelares são permeadas por princípios basilares, tais como, a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade, a excepcionalidade, a jurisdicionalidade, a instrumentalidade e a acessoriedade.

O caráter provisório da medida cautelar pessoal se dá pelo fato desta não ser uma medida definitiva, estando, portanto vinculada durante o período em que se faz necessária a sua imposição ao acusado ou indiciado. Pode, se for este o caso, a medida cautelar durar até que seja proferida a medida principal.

Quanto à característica da revogabilidade das medidas cautelares pessoais, a mesma decorre da característica de provisoriedade de tais medidas, citada anteriormente. Devido a este fato podem ser revogadas a qualquer tempo. Na visão de Pedro Henrique Santana Pereira: “A revogabilidade diz respeito ao caráter revogável das medidas, que podem cessar sempre que não forem mais necessárias ao caso”³¹. Dessa forma, as medidas cautelares podem ser revogadas a qualquer tempo, basta apenas que desapareçam os motivos que a legitimam.

Outro aspecto importante das medidas cautelares pessoais é a substitutividade que está prevista no artigo 282, §5º, do Código de Processo Penal, pois tal artigo permite ao juiz substituir a medida cautelar ou voltar a decretá-la, caso haja razões que justifiquem tal ato.

O caráter de excepcionalidade das medidas cautelares pessoais se faz presente entre estas, pois nas lições de Pedro Henrique Santana Perereira: “qualquer medida restritiva das garantias e liberdades consagradas constitucionalmente, durante o inquérito ou a ação penal,

³¹ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas:Editora VirtualBooks, 2011, p.16.

deve ser considerada excepcional”³². Só devem ser utilizadas, quando não mais existirem meios para se resguardar o bom andamento processual.

A jurisdicionalidade, diz respeito ao fato das medidas cautelares somente poderem ser decretadas por decisão judicial devidamente fundamentada, pois restringem a liberdade, mesmo que parcial do indivíduo.

A instrumentalidade refere-se ao fato da medida cautelar servir de apoio para a medida principal, uma vez que se busca sempre o fim, a aplicação da lei penal, por consequência a eficácia do processo penal.

Quanto à acessoriedade da medida cautelar, tal característica se dá, porque a medida cautelar é uma medida acessória, que acompanha o processo penal ou a investigação policial, assegurando a efetividade destes. Assim sendo, a medida cautelar segue a sorte da principal, sendo dela dependente.

Fica evidente observando as características das medidas cautelares pessoais supracitadas, que tais medidas devem ser aplicadas somente de forma excepcional, de acordo com a sua necessidade para a preservação do ordenamento jurídico, bem como de sua adequação à gravidade do fato em questão.

É importante ressaltar ainda que, apesar de não se tratar de uma característica, mas sim de requisitos, assim como no processo civil, as medidas cautelares no processo penal também necessitam da presença de dois requisitos primordiais. Cabe, ainda, destacar que estes requisitos são cumulativos, sendo portanto, indispensável a presença de ambas para que possa ser decretada a medida cautelar.

O *periculum in mora* (perigo na demora), denominado no processo penal de *periculum in libertatis*, que nada mais é do que a demonstração do efetivo risco da liberdade do agente, ao resultado prático do processo. Este requisito segundo Luiz Flávio Gomes: “se refere ao risco que o agente em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal”³³.

³² PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.16.

³³ GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por *fumus commissi delicti*?**. 2011. Disponível em: <<http://www.institutoavantebrasil.com.br/descomplicando-o-direito/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti/>>. Acesso em: 19 out 2012.

O conceito de liberdade empregado não está ligado somente à prisão, que restringe totalmente a liberdade do indivíduo, pois hoje qualquer medida cautelar existente em nosso ordenamento jurídico, suprime a liberdade do cidadão, ainda que de forma mínima, restringe a liberdade.

Dessa forma, deve ficar demonstrado para que seja aplicada a medida cautelar, que a restrição à liberdade do agente terá influência na efetividade do processo penal, mesmo nos casos de pequenas restrições, deve estar demonstrado este requisito.

Outro requisito importantíssimo para a aplicação das medidas cautelares é o *fumus boni jûris* (fumaça do bom direito), denominado no processo penal *fumus commissi delicti*, que consiste no juízo de viabilidade e probabilidade da ação penal. Assim segundo Luiz Flávio Gomes: “Pode se entender por *Fumus Commissi Delicti* a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria. É a fumaça da prática de um fato punível”³⁴.

Portanto devem ficar demonstrados indícios suficientes de autoria e a razoável suspeita da ocorrência do crime, para que possa ser imposta ao agente a medida cautelar. Além, é claro, do risco da liberdade do agente para efetividade do processo ou da investigação, bem como o respeito às características supracitadas das medidas cautelares, para que não haja desrespeito ao ordenamento jurídico.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por *fumus commissi delicti*?**. 2011. Disponível em: <<http://www.institutoavantebrasil.com.br/descomplicando-o-direito/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti/>>. Acesso em: 19 out 2012.

CAPÍTULO II – A PRISÃO PREVENTIVA E A LEI Nº 12.403/11

O instituto da prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória e possui natureza tipicamente cautelar. Nesse sentido temos os ensinamentos de Fernando Capez conceituando assim tal instituto: "Prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores"³⁵.

O tema da prisão cautelar ou prisão provisória é um dos mais importantes da ciência processual penal, pois afeta diretamente o soberano direito de liberdade do indivíduo. Assim toda prisão de natureza processual ou provisória, entendendo-se esta como sendo aquela que não decorre de condenação transitada em julgado, portanto, sem natureza jurídica de pena, deve atender aos requisitos e às formalidades da tutela cautelar, com a demonstração da presença do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, tema este já tratado no capítulo anterior.

Até o ano de 1967, havia em nosso ordenamento jurídico duas espécies de prisão preventiva: a obrigatória e a facultativa. Hoje, existe apenas a facultativa. Segundo Silvio César Arouck Gemaque: "A obrigatória foi sempre combatida pela doutrina, até que abolida em 1967, conquanto as inúmeras iniciativas legislativas no sentido de vedar a concessão de liberdade provisória para uma série de crimes sejam, por via oblíqua, a admissão da prisão preventiva obrigatória"³⁶. Como grande exemplo de tal ato em nosso ordenamento jurídico temos a vedação da liberdade provisória pelo artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Tóxicos).

A Lei Instrumental Penal previa, em seu artigo 312, a prisão preventiva obrigatória para quem fosse denunciado pela prática de crime para o qual fosse prevista pena máxima igual ou superior a dez anos. Dessa forma bastava a simples imputação por parte do Ministério Público para que se tivesse presente a necessidade do recolhimento imediato do réu.

A prisão preventiva sempre teve uma natureza processual, nos termos da Constituição da República de 1988, bem como do entendimento doutrinário. Ocorre que em certas

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.277.

³⁶ GEMAQUE, Silvio César Arouck. **Prisão cautelar ficou mais bem disciplinada**. Consultor Jurídico. 2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-mai-23/prisao-cautelar-ficou-bem-disciplinada-regime>>. Acesso em: 19 out 2012.

situações na prática, ocorria um desvirtuamento do instituto, conforme dados trazidos no primeiro capítulo, no ano de dois mil e dez, quarenta e quatro por cento dos presos no Brasil eram presos provisórios. Para tentar aplicar corretamente tal instrumento processual, surgiu a Lei nº 12.403/2011, reafirmando o caráter instrumental do instituto e trazendo ao juiz mecanismos alternativos, as medidas cautelares diversas da prisão.

Este instituto sofreu modificações importantes com a entrada em vigor da Lei n.º 12.403/11. O principal aspecto dessa mudança está no fato de que a prisão preventiva pode ser decretada independentemente de anterior imposição de alguma medida cautelar, bem como em substituição a alguma cautelar diversa da prisão anteriormente imposta e eventualmente descumprida. Resta, claro, o objetivo do legislador com a nova lei em flexibilizar o cárcere em caráter preventivo no Brasil, colocando este com a última opção para o juiz, condicionando sua aplicação aos requisitos expressos na lei, sob a pretensa justificativa de afastar prisões desnecessárias.

A prisão preventiva pode tanto ser decretada durante a investigação policial, quanto durante o processo penal. Um ponto que deve ser observado é que a nova redação da lei não fala mais em “inquérito policial”, reforçando a ideia de que não há necessidade de um inquérito policial formalmente instaurado para a prisão preventiva. Assim dispõe o artigo 311 do Código de Processo Penal: “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”³⁷. Todavia, a lei menciona “investigação policial”, e não investigação por outros órgãos, tais como o Ministério Público.

O artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, traz uma nova regra para aplicação das medidas cautelares, a intimação da parte para se manifestar sobre pedido de aplicação da medida cautelar, salvo nas hipóteses de urgência ou de ineficácia da medida, quando poderá não ser observada esta regra.

Tal regra é discutível no plano prático, pois tal dispositivo serve, quando não houver perigo de ineficácia da medida, para as situações previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, de medidas alternativas da prisão. Fica evidente que quando se estiver diante

³⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

de um pedido de prisão preventiva, não há que se falar em intimação do indiciado ou acusado para se manifestar, sob pena de tornar ineficaz a medida.

Outro ponto importante se dá pelo fato de que a prisão preventiva poderá ser substituída por medida cautelar menos gravosa, prevista no artigo 319, do Código de Processo Penal, desde que esta se revele adequada e suficiente para a efetividade do processo.

Ainda pode se destacar que nenhuma medida cautelar poderá ser imposta quando não for cominada à infração cometida pelo investigado ou acusado, pena privativa de liberdade, cumulativa ou isoladamente. Portanto se o tipo penal não prevê em seu preceito secundário, a cominação de pena privativa de liberdade não há que se cogitar em hipótese alguma a aplicação das medidas cautelares pessoais. Ainda segundo o artigo 314, do Código de Processo Penal: “Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”³⁸. As condições a que se refere o artigo supracitado constituem excludentes de ilicitude.

Em relação aos crimes culposos, em algumas hipóteses, de forma excepcional será cabível a aplicação das medidas cautelares, conforme nos ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

Em se tratando de crimes culposos, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da proporcionalidade; contudo, quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade ao final do processo, diante de condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares do art. 319 e 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação³⁹.

Portanto, se as medidas cautelares diversas prisão só se aplicam de forma excepcional aos crimes culposos, conforme pensamento do autor supracitado. Dessa forma também se aplica o instituto da prisão preventiva aos crimes culposos de forma excepcional.

³⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 07. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

A Lei nº 12.403/11 ampliou as possibilidades de intervenção estatal na liberdade do indivíduo, estabelecendo as novas medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, bem como as duas hipóteses de prisão preventiva: a autônoma, com requisitos gerais muito similares aos anteriores à reforma, e a subsidiária, destinada a garantir o cumprimento das demais medidas cautelares diversas da prisão, previstas na nova Lei nº 12.403/11.

Existe além das espécies de prisões supracitadas, mais duas espécies de prisões preventivas, porém como estas não possuem grande relevância para o desenvolvimento do presente estudo serão as mesmas, apresentadas apenas de maneira superficial, sem aprofundamentos.

A prisão preventiva para averiguação, esta prevista no artigo 313, parágrafo único, do Código de Processo Penal, tal espécie prisão é adotada sempre que houver dúvida com relação à identidade civil de uma pessoa e esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Esta modalidade de prisão deve durar somente o tempo necessário para identificação do indivíduo. Assim, o preso em regra tem que ser colocado em liberdade logo após a sua identificação.

O outro tipo de prisão preventiva elencada pela Lei nº 12.403/11 é a prisão domiciliar, que consiste no recolhimento de forma permanente do acusado ou indiciado na sua residência e dela se ausentando somente com autorização judicial expressa, tal modalidade está prevista no artigo 317, do Código de Processo Penal. No artigo 318, do citado diploma legal temos as hipóteses em que autorizada a conversão da prisão preventiva pela domiciliar, que possui a seguinte redação:

Poderá o juiz, substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente delibitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez, ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo ⁴⁰.

⁴⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Agora, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Mas somente poderá permanecer preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo.

Dessa forma, para a decretação da prisão preventiva autônoma são necessários os seguintes requisitos: como pressupostos a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria, a condição de admissibilidade, com pelo menos uma das condições do artigo 313, do Código de Processo Penal, além da presença de pelo menos um dos fundamentos do artigo 312, parte inicial, do citado diploma legal.

Esclarecido alguns aspectos importantes do instituto da prisão preventiva e as alterações trazidas para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 12.403/11, passa-se agora a uma melhor análise das espécies de prisão preventiva, bem como sua adequação com as determinações constitucionais de não culpabilidade.

2.1 Prisão preventiva autônoma

A prisão preventiva será autônoma quando for decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior. Esta consiste na tradicional hipótese de prisão preventiva e já estava presente em nosso ordenamento jurídico, antes da entrada em vigor de Lei n.º 12.403/11.

Antes da alteração produzida pela Lei n.º 12.403/11 a prisão preventiva não possuía esta divisão em autônoma e substitutiva, além disso, era a espécie de prisão provisória mais utilizada na busca da efetividade processual. Porém, com a alteração produzida em nosso ordenamento pela lei supracitada, esta modalidade de prisão passa a ter um caráter subsidiário, conforme o artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal que determina: “§6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”⁴¹.

⁴¹ BRASIL. Código de Processo Penal. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Essa espécie de prisão preventiva pode ser decretada pelo Juiz em qualquer momento da investigação ou do processo, desde que observados os pressupostos, os fundamentos e as condições de admissibilidade previstas no Código de Processo Penal, neste caso especificamente as previstas nos artigos 312 e 313 do referido diploma legal.

O artigo 312 do Código de Processo Penal traz algumas elucidações para que haja a decretação da prisão preventiva autônoma. Os pressupostos são: a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Ambos os pressupostos têm que estar presentes para que possa ser decretada a prisão preventiva autônoma.

Além dos pressupostos, o artigo supracitado traz os fundamentos para a decretação da prisão preventiva autônoma, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, para conveniência da instrução criminal ou ainda para que se assegure a aplicação da lei penal. Cabe ressaltar ainda que, neste caso, basta a presença de um dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva autônoma. Os pressupostos para a decretação da prisão preventiva autônoma não foram modificados pela Lei nº 12.403/11. As hipóteses de cabimento da preventiva ainda são as mesmas.

O artigo 313, do Código de Processo Penal, traz os requisitos normativos para que possa ser decretada a prisão preventiva autônoma, ou seja, aponta as condições de admissibilidade para tal espécie de prisão preventiva. Assim segundo o artigo 313, do diploma legal supracitado:

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

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

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

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

IV – (revogado)⁴².

⁴² BRASIL. Código de Processo Penal. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

São legitimados ativos para solicitar essa medida: o Delegado de Polícia, o Ministério Público e o ofendido durante a fase de investigações. Já durante o processo, o Ministério Público, o assistente, o ofendido e o Juiz de ofício. Vale destacar que essa modalidade de prisão preventiva deve ser decretada em último caso, quando as outras medidas cautelares se mostrarem inadequados ou insuficientes.

Dentro da espécie de prisão preventiva autônoma, surge uma subespécie, a prisão preventiva convertida, pois a prisão em flagrante não está no rol das prisões cautelares, tal subespécie está prevista no artigo 310, II, do Código de Processo Penal.

Essa modalidade de prisão preventiva é determinada pela Autoridade Judiciária competente no momento da análise do auto de prisão em flagrante delito. Segundo Paulo Rangel: “A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva se faz na medida em que estão presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, não sendo mais lícito ao juiz deixar o réu preso em flagrante até o final do processo”⁴³.

A prisão em flagrante possui natureza pré-cautelar, uma vez que ela tem a função de colocar o autor de um crime à disposição do Juiz para que ele decida sobre a necessidade de se adotar ou não uma medida cautelar, que pode, inclusive, ser a prisão preventiva.

A prisão em flagrante é uma das únicas, em nosso ordenamento jurídico, que pode ser realizada sem uma prévia autorização judicial, conforme dispõe o artigo 5º, LXI, da Constituição da República de 1988: “Art. 5º [...] LVI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”⁴⁴. Tal fato se deve, por uma questão lógica, à relação de proximidade entre a infração penal e a prisão do agente, impedindo assim a exigência de prévia autorização judicial para a efetuação da prisão, sob pena de ineficácia da medida.

A prisão em flagrante não tem natureza cautelar, haja vista que estas medidas exigem a característica da jurisdicionalidade, o que não se pode vislumbrar no auto de prisão em flagrante, que é de atribuição do Delegado de Polícia.

⁴³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.860.

⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

2.2 Prisão preventiva subsidiária

Tal modalidade de prisão preventiva é sempre decretada em substituição às medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, adotadas anteriormente devido ao seu descumprimento.

A prisão preventiva subsidiária ou substitutiva decorre do artigo 282, § 4º, 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)⁴⁵.

Referido dispositivo legal nos remete ao artigo 312, parágrafo único, do citado diploma legal, que será analisado no próximo capítulo, que trata dos requisitos para a decretação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, bem como serão analisados os requisitos fáticos e normativos para a decretação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva. Haja vista que existem divergências na doutrina quanto a tais requisitos na referida modalidade de prisão preventiva, ponto este que é o objeto principal do presente estudo.

A referida modalidade de prisão preventiva não existia em nosso ordenamento jurídico, sendo introduzida pela Lei n.º 12.403/11, pois até a edição da referida lei nosso ordenamento continha apenas um sistema bipolar de medidas cautelares pessoais, funcionando apenas com os extremos opostos da prisão preventiva e da liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme exposto anteriormente.

Essa espécie de prisão preventiva tem a função de garantir a execução das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal. A decretação de tal modalidade poderá ser adotada pelo Juiz de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante.

⁴⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Em relação ao Delegado de Polícia, nada impede que ele represente pela decretação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva à medida cautelar eventualmente descumprida, pois este é um grande guardião do fiel cumprimento das medidas impostas pelo Poder Judiciário.

Confirmando tal entendimento temos o pensamento de Pedro Henrique Santana Pereira:

A autoridade policial também poderá, em caso de descumprimento da obrigação no curso do inquérito, fazer requerimento ao juiz para que modifique as condições. A substituição ou cumulação das medidas apenas poderá ocorrer motivadamente, e quando mais gravosa, somente após oitiva do imputado, para que lhe sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa ⁴⁶.

Caso haja um entendimento contrário ao pensamento acima exposto afetaria a eficácia das medidas cautelares, pondo em risco a persecução penal e o próprio Estado Democrático de Direito. Pois, se o Delegado de Polícia pode representar pela imposição de medida cautelar, não teria sentido a impossibilidade da representação pela prisão preventiva no caso do seu descumprimento, até porque esta também é uma medida cautelar.

Assim, com base numa interpretação sistemática da nova Lei n.º 12.403/2011, pode-se afirmar que é absolutamente possível a representação pelo Delegado de Polícia pela prisão preventiva em substituição à medida cautelar descumprida.

Cabe ressaltar um importante aspecto levantado por Eugênio Pacelli de Oliveira com relação à prisão preventiva e as medidas cautelares: “Quando o caso for de revogação, nada se exigirá do aprisionado, devendo ser restituída a ele, em sua integralidade, a sua liberdade; quando for substituída não” ⁴⁷.

É necessário destacar que tal modalidade de prisão preventiva é de salutar importância para o sucesso deste estudo, haja vista que existe grande dúvida quanto aos requisitos para

⁴⁶ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.24.

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei n.º 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 34. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma-do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

que esta possa ser decretada diante do descumprimento das medidas cautelares distintas da prisão.

2.3 Princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva

Previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, constitui cláusula pétrea, postulado basilar de um verdadeiro Estado Democrático de Direito em se tratando de tutela à liberdade individual.

Segundo os ensinamentos de Edilson Mougnot Bonfim:

Sustenta a boa doutrina que a expressão presunção de inocência é de utilização vulgar, já que não é tecnicamente correta. É verdade. Presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴⁸.

O tema prisão é um dos mais delicados da dogmática processual penal, colidindo em tese com as garantias constitucionais, principalmente com o princípio da presunção de não culpabilidade do acusado ou presunção de inocência, bem como as regras do processo. Pois via de regra a prisão só deveria ocorrer após uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

O sistema normativo constitucional, através de seus preceitos, exerce notória influência sobre os demais ramos do direito. Alguns doutrinadores apontam que todos os ramos do direito são constitucionais, assim não temos o ramo do Direito Processual Penal, e sim o Direito Constitucional Processual Penal. Tal pensamento destaca-se ainda mais no âmbito processual penal, pois este trata do conflito existente entre o jus puniendi do Estado,

⁴⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.77.

que é o seu titular absoluto, e o jus libertatis do cidadão, bem intangível, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana.

As prisões processuais ou provisórias são mecanismos que permitem a restrição do estado original de liberdade do indivíduo, dessa forma só podem ter lugar em situações excepcionais, quando e enquanto forem estritamente necessárias para garantir o resultado útil da medida principal, ou seja, a efetividade do processo penal ou da investigação. Confirmando tal entendimento temos o pensamento de Luiz Flávio Gomes citado por Pedro Henrique Santana Pereira: “A prisão preventiva, passou a ser a extrema ratio da ultima ratio: Só pode ser adotada em casos de extrema necessidade e quando incabíveis as medidas cautelares substitutivas ou alternativas”⁴⁹. Com a recente alteração legislativa o que ocorreu foi a completa blindagem da prisão preventiva com o manto da excepcionalidade.

Dessa forma, a prisão preventiva, depois da mudança proporcionada pela Lei nº 12.403/11, deve ser aplicada em último caso, e somente em último caso, sempre que as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes ou inadequadas, conforme o artigo 282 do Código de Processo Penal, o que está absolutamente de acordo com o princípio da presunção de não culpabilidade. Assim a prisão preventiva será determinada apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar menos gravosa.

Dessa forma, segundo os ensinamentos de João Carlos Pereira Filho:

Antes da Lei 12.403/2011 a prisão cautelar já assumia caráter excepcional, agora podemos dizer, sem receio de erro que sua decretação é excepcionalíssima, visto que, em primeiro lugar, deve (m) ser (em) utilizada (s) medida (s) cautelar (es) alternativa(s) à segregação (CPP, art. 282, caput e parágrafo 4º c/c 319), em segundo lugar, na hipótese de descumprimento desta (s), deverá ocorrer, primeiramente, a substituição de uma medida por outra, ou então a cumulação de medidas e, apenas em terceiro e último caso, é que se pode decretar a segregação antecipada⁵⁰.

A prisão cautelar deve ser assentada em bases sólidas, de acordo com o caso concreto e com as hipóteses legais que a legitimam, sob pena de flagrante antecipação da privação da liberdade e abuso de poder.

⁴⁹ GOMES; Apud PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas:Editora VirtualBooks, 2011, p.28.

⁵⁰ PEREIRA FILHO, João Carlos. **Prisão cautelar tem caráter excepcionalíssimo**. Consultor Jurídico. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-20/joao-pereira-filho-prisao-cautelar-carater-excepcionalissimo>>. Acesso em: 19 out 2012.

Assim, é preciso restringir sua utilização aos casos extremos, sob pena de lesão aos preceitos constitucionais das garantias individuais, em especial do princípio da presunção de inocência, pois em um Estado Democrático de Direito o indivíduo tem como regra a liberdade de locomoção, conforme preceitua a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, LVII: “Art. 5º [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁵¹.

As medidas cautelares são ferramentas do Estado para se atingir o fim principal, a aplicação da lei penal. Para se utilizar da medida cautelar no processo penal, neste caso em específico, a prisão preventiva, é necessário observar alguns requisitos básicos, estabelecidos pela Lei n.º 12.403/2011, bem como a observância do princípio da presunção de não culpabilidade, previsto na Constituição da República de 1988.

Com a nova Lei n.º 12.403/2011 o legislador não tem o propósito de instaurar um novo sistema, em que as medidas cautelares sejam a regra, ao criar meios alternativos de medidas cautelares, pois não seria isso razoável, face ao princípio de que a liberdade é a regra, a exceção é a prisão. Visa o legislador conceder ao juiz instrumentos alternativos à prisão cautelar propriamente dita, adequando assim o Código de Processo Penal, com a Constituição da República de 1988.

Assim o entendimento de que as prisões cautelares são perfeitamente admissíveis em nosso ordenamento jurídico, não confronta com o postulado da presunção de inocência, desde que estas sejam pautadas nas regras da excepcionalidade, bem consubstanciadas no binômio necessidade/fundamentação. Dessa forma preceitua Guilherme de Souza Nucci com relação à prisão preventiva e seu caráter excepcional: “a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública”⁵².

Os conflitos existentes entre estado de inocência e prisão preventiva devem ser solucionados sob o manto da ponderação de valores, haja vista a exegese da Constituição da República de 1988 como um todo, não privilegiando somente um interesse fundamental em detrimento de outros. Porém toda prisão ou qualquer outra medida cautelar pessoal prevista na

⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.32.

Lei nº 12.403/11, tem que partir de uma ordem judicial escrita e fundamentada, além de ser indispensável tal providência.

CAPÍTULO III – DOS REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA SUBSIDIÁRIA

O artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal, com a inovação de Lei nº 12.403/11, prevê que caso haja o descumprimento de alguma cautelar aplicada, o juiz pode de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público, assistente ou querelante, substituir a medida, impor outra de forma cumulativa, ou em último caso decretar a prisão preventiva.

Portanto o referido dispositivo legal prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, no caso de descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Segundo os dizeres de Pedro Henrique Santana Pereira: “A última parte do §4º se mostra bastante clara ao dispor que por ser extrema ratio da ultima ratio, a prisão apenas será decretada em último caso, quando aplicadas outras medidas cautelares, nenhuma surtiu efeito desejado”⁵³.

Tal modalidade de prisão preventiva decorre do caráter subsidiário da prisão preventiva, pois com a nova Lei nº 12.403/11, criou-se a possibilidade de adoção de inúmeras medidas cautelares não segregatórias, com isso a prisão preventiva passou a ter natureza subsidiária, por força do artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal.

Confirmando tal entendimento, temos os ensinamentos de Bonfim, citado por Pedro Henrique Santana Pereira: “à luz do princípio da proporcionalidade, a prisão preventiva deve ser a última das medidas aplicáveis, somente tendo lugar quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”⁵⁴.

O artigo 315, do Código de Processo Penal determina que toda decisão que denega, que decreta ou que substitui a prisão preventiva será sempre motivada, tornando assim obrigatória a motivação de qualquer decisão relacionada à prisão preventiva. Tal determinação decorre do princípio da motivação das decisões previsto no artigo 93, IX, da

⁵³ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas:Editora VirtualBooks, 2011, p.24.

⁵⁴ BONFIM; Apud PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas:Editora VirtualBooks, 2011, p.56.

Constituição da República de 1988, que obriga o juiz a emitir sempre decisões fundamentadas. Segundo os ensinamentos de Paulo Rangel:

A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou, como dogma constitucional, os princípios da publicidade dos julgamentos e da motivação das decisões judiciais (cf. art. 93, IX), aplicando a sanção de nulidade às decisões que não forem fundamentadas e aos julgamentos que não forem públicos, salvo nas hipóteses previstas em lei. Assim, ao decretar a prisão preventiva do acusado, deve o juiz demonstrar, nos autos do processo, a presença dos requisitos que autorizam, não copiando o que diz a lei, mas, sim, mostrando, por exemplo, onde está a necessidade de garantir a ordem pública com a prisão do acusado, citando depoimentos de testemunhas que se dizem (no curso do inquérito) ameaçadas com a liberdade do acusado. Ou, ainda, citando a folha de antecedentes criminais do acusado, recheada de condutas ofensivas à ordem jurídica, com clara alusão de que, em liberdade, voltará a delinquir.

Portanto, a ausência de fundamentação da decisão que decreta a prisão do acusado acarreta a nulidade da mesma, que deverá ser reconhecida pelo Tribunal, via Habeas Corpus⁵⁵.

Além do requisito da motivação da decisão supracitado, existem outros requisitos para que possa ser decretada a prisão preventiva. Estes são divididos por Eugênio Pacelli de Oliveira em duas ordens: os requisitos fáticos, que estão previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal e nada mais são que situações legais de risco à persecução penal e os requisitos normativos, que se encontram no artigo 313, do citado diploma legal e nada mais é do que a definição dos crimes passíveis de decretação de prisão preventiva.

Porém surge na doutrina divergências quanto à aplicação destes requisitos com relação à prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, o que será objeto de análise neste capítulo, que adotará a divisão dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, de Eugênio Pacelli de Oliveira.

⁵⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.786.

3.1 Requisitos fáticos

Os requisitos fáticos são as situações em que nosso ordenamento jurídico determina como de risco à persecução penal. Tais requisitos encontram-se no artigo 312, do Código de Processo Penal que possui a seguinte redação:

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) ⁵⁶.

É importante observar, que o artigo supracitado, com redação dada pela Lei nº. 12.403/2011, praticamente repetiu o antigo artigo 312, do Código de Processo Penal, trazendo apenas uma única novidade com relação ao dispositivo anterior, o parágrafo único, que prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, mantendo assim o antigos requisitos ou fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

Com relação aos requisitos previstos no artigo supracitado relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, estes já foram devidamente abordados nos capítulos anteriores. Sendo estes apresentados como requisitos indispensáveis para aplicação de qualquer medida cautelar pessoal, sobretudo com relação à prisão preventiva, pois a prisão é a forma mais grave de restrição a liberdade do indivíduo.

Passa-se agora a uma análise detalhada dos demais requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, para uma melhor compreensão destes requisitos.

A prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública, não visa primordialmente a proteção do processo em curso, ainda que fundada em fatos deste. Tourinho Filho citado por Pedro Henrique Santana Pereira diz que: "Ordem pública é expressão de conceito indeterminado. Normalmente entende-se por ordem pública a paz, a

⁵⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

tranquilidade no meio social”⁵⁷. Tal fundamento ou requisito para a decretação da prisão preventiva visa evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal.

É necessário que esteja comprovado e demonstrado o risco que, caso o infrator permaneça em liberdade, continuará a delinquir. Na visão de Eugênio Pacelli de Oliveira a prisão para garantia da ordem pública tem por objetivo: “à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social”⁵⁸. Dessa forma se fazendo necessária a prisão cautelar, não se podendo esperar até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O conceito da expressão ordem pública, não é unânime em nossa doutrina, bem como em nossos tribunais, sendo a mesma de difícil definição. Edilson Mougenot Bomfim aponta que:

O significado da expressão garantia da ordem pública não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminoso e por sua repercussão na sociedade⁵⁹.

Percebe-se portanto que o fundamento da ordem pública para a decretação da prisão preventiva é um tema bastante complexo, não interessando para o presente estudo um maior aprofundamento das divergências existentes quanto a este fundamento, haja vista que tal estudo visa apenas uma definição dos requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva decretada como garantia da ordem econômica tem o mesmo objetivo da prisão preventiva para garantia da ordem pública, qual seja, evitar que o agente

⁵⁷ TOURINHO FILHO; Apud PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.52.

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 37. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

⁵⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.476.

continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. Porém tal modalidade visa mais especificamente evitar que envolvidos com crimes contra a ordem econômica, previstos nas Leis nº 8.137/90 e nº 8.176/91, continuem a cometer tais crimes.

Semelhante modalidade de prisão foi incluída no antigo artigo 312, do Código de Processo Penal, pela Lei nº 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica.

Tal fundamento para a decretação da prisão preventiva sofre críticas de Eugênio Pacelli de Oliveira ao dizer que:

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas⁶⁰.

Portanto, conforme as ideias supracitadas de Eugênio Pacelli de Oliveira, o correto no caso de crimes contra a ordem econômica seria a aplicação de medidas cautelares reais e não as pessoais, visando a reparação de eventual perda econômica.

Porém em entendimento contrário acerca do tema, temos o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci citado por Pedro Henrique Santana Pereira com o seguinte dizer em relação a matéria: "Se a sociedade teme o assaltante ou o esturpador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso do colarinho branco"⁶¹.

Dessa maneira, conforme dito anteriormente, não interessa para o presente estudo um maior aprofundamento do presente fundamento, devido à complexidade das divergências existentes, bem como pelo fato deste estudo visar apenas uma definição dos requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal.

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 36. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

⁶¹ NUCCI; Apud PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.54.

Com relação à prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal, esta visa diretamente à tutela do processo penal, funcionando como uma medida cautelar, garantindo a efetividade da ação penal.

Edilson Mougenot Bonfim ao tratar do fundamento para decretação da prisão por conveniência da instrução criminal afirma que:

Trata-se de segregar o acusado para impedir sua atuação com vistas a influenciar a colheita das provas. Deve-se demonstrar, com dados concretos, que, solto, o indiciado ou acusado pode suprimir os elementos probatórios indicadores de sua culpabilidade, ameaçando vítimas e testemunhas, destruindo evidências materiais etc⁶².

Portanto a lei busca tutelar nesse caso, a livre dilação probatória. Assim a prisão poderá ser decretada quando o magistrado evidenciar que o acusado está dificultando o bom andamento processual e comprometendo a efetividade do processo penal, fora dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Porém o termo correto a ser empregado pela lei seria necessidade da instrução criminal, pois segundo Greco Filho citado por Pedro Henrique Santana Pereira: “a simples conveniência não autoriza o decreto de prisão”⁶³.

Quanto à prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal, esta tem o mesmo objetivo da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, qual seja, a tutela do processo penal, funcionando assim como uma medida cautelar, garantindo a efetividade da ação penal.

Segundo os ensinamentos de Edilson Mougenot Bonfim:

Nesse caso, a prisão cautelar faz-se necessária em nome da efetividade do processo penal, assegurando que o acusado estará presente para cumprir a pena que lhe for imposta. Dentre as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva com base nesse requisito, podemos citar a fuga do indiciado logo após a prática do delito, não possuir residência fixa, facilidade de fuga para o exterior etc⁶⁴.

⁶² BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.478.

⁶³ GRECO FILHO; Apud PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.54.

⁶⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.478.

Porém o mero fato de um acusado não ser encontrado para receber uma intimação em virtude de sua ausência momentânea, não pode ser assim um motivo idôneo para que seja invocada a prisão preventiva para garantia de aplicação da lei penal. Deve esta ser decretada apenas se houver provas de que o indiciado está tentando fugir do distrito da culpa, ou ainda se ocultando, pois é necessária a demonstração de que este pretende eximir-se de sua responsabilidade penal, causando assim um verdadeiro e efetivo risco à aplicação da lei penal.

Dessa forma, como destacado acima, a aplicação da lei penal e a garantia da instrução criminal são requisitos, que visam única e exclusivamente a proteção do bom andamento do processo penal, por isso são tidos como requisitos estritamente instrumentais.

Porém, em relação aos requisitos garantia da ordem pública e ordem econômica, ao contrário dos dois últimos requisitos supracitados, não visam o processo em si, mas sim o bem estar da sociedade, pois esta não se sentiria segura com a liberdade dos agentes que causam a intranquilidade e lesam o sossego social. Assim, não há que se falar em instrumentalidade em relação a estes requisitos, pelo fato de serem extremamente vagos e imprecisos.

O último requisito fático e mais importante para o presente estudo é o previsto no parágrafo único do artigo 312, do Código de Processo Penal, que trata da decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar diversa da prisão.

Assim, o descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal pode ensejar a decretação da prisão preventiva, conforme previsto nos artigos 312 e 282, §4º, do citado diploma legal.

Nas lições de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Quando se tratar de descumprimento de medida cautelar, impõe-se o esclarecimento acerca da justificativa – ou não – para o desrespeito à obrigação cautelar, antes da decretação da prisão preventiva, salvo quando se tratar de risco evidente e manifesto à aplicação da lei ou à conveniência da instrução (e da investigação). Em princípio o

descumprimento injustificado da cautelar imposta insinua mesmo situação de maior risco à efetividade do processo⁶⁵.

Portanto, via de regra em caso de descumprimento de medida cautelar diversa da prisão prevista no artigo 319, do Código de Processo Penal, deve o juiz ouvir o esclarecimento para o descumprimento da medida imposta e posteriormente, caso entenda necessária diante de tal esclarecimento, determine assim a prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, nos termos da lei.

Dessa forma o único requisito fático necessário para a decretação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva é o descumprimento injustificado da medida cautelar diversa prisão anteriormente imposta. Os demais requisitos supracitados previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, se aplicam somente à prisão preventiva autônoma.

3.2 Requisitos normativos

Para a decretação da prisão preventiva por via de regra, não basta apenas a presença dos requisitos fáticos. É necessário também que estejam presentes os requisitos normativos, que são as definições dadas pelo nosso ordenamento jurídico dos crimes passíveis de decretação da prisão preventiva. Tais requisitos encontram-se nos incisos do artigo 313, do Código de Processo Penal que possui a seguinte redação:

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

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

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

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

IV – (revogado).

⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 36. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma-do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

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) ⁶⁶.

Dessa forma temos uma significativa restrição à segregação cautelar do acusado. Os antigos incisos I e II do artigo 313, do Código de Processo Penal, condicionava a prisão a crimes punidos com reclusão, independentemente da pena cominada pelo tipo penal ao delito, ou ainda nos casos em que punidos com detenção, quando se apurava que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la.

Com a nova Lei nº 12.403/11 houve a revogação da prisão do réu vadio, eliminando assim do Código de Processo Penal, mais um dispositivo incompatível com a nossa Constituição da República de 1988. A prisão preventiva para averiguação, quando há dúvidas sobre a identidade civil do indivíduo agora é regulada pelo parágrafo único, do artigo 313, do Código de Processo Penal, tal espécie de prisão já foi exposta no capítulo anterior.

Segundo os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Dispõe o art. 313 do CPP que a regra geral é a permissão da prisão preventiva para os crimes dolosos e cuja pena máxima, privativa da liberdade, seja superior a quatro anos (I). Afasta-se, então, de plano e como regra, a prisão preventiva autônoma para os crimes culposos e para as contravenções penais ⁶⁷.

O novo artigo e seus incisos supracitados com redação dada pela Lei nº 12.403/11, sofreram grande mudança redacional com objetivo de restringir mais objetivamente a aplicação da cautela maior. No inciso I do artigo supracitado, criou-se uma cláusula legal objetiva, estabelecendo um novo patamar para a decretação da prisão preventiva. Assim a pena máxima em abstrato cominada para o delito praticado tem que ser superior a quatro anos, se o réu for primário.

⁶⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 40. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma-do_CPP.pdfbbc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

Tal cláusula se dá nas lições de Pedro Henrique Santana Pereira devido ao fato de:

Muitos dos delitos com pena máxima inferior a 4 anos permitem em casos de primariedade e bons antecedentes, a substituição da pena de prisão pela restritiva de direitos, não se justificando a decretação de prisão preventiva, se cabíveis outras medidas acautelatórias. Há que se fazer igual consideração para aqueles crimes com pena mínima de até um ano, pois permitem a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95)⁶⁸.

Portanto percebe-se com a nova Lei nº 12.403/11 que o legislador discorda da prisão preventiva nos delitos culposos, isto se dá pelo fato de serem crimes com penas pequenas, ínfimas, além de serem causados sem a vontade de prejudicar o direito alheio, ou seja, o bem juridicamente protegido pelo tipo penal. Com relação aos crimes dolosos com penas máximas inferiores há quatro anos, conforme o pensamento supracitado, por via de regra, a pena privativa de liberdade pode ser convertida em restritivas de direitos, cabendo ainda, conforme o caso, os institutos da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95 e da suspensão condicional da pena, previsto no artigo 77 do Código Penal, sendo por isso, temerária a adoção da prisão preventiva em regra.

Dessa forma segundo Luiz Flávio Gomes citado por Pedro Henrique Santana Pereira:

Que sentido tem prender uma pessoa no curso da instrução criminal se, no final, não será imposta a pena de prisão. Impõe-se assegurar a liberdade provisória do acusado quando logo se vislumbra que, no final, não haverá pena privativa de liberdade. Com base no princípio da homogeneidade das medidas cautelares não se admite permaneça o réu preso em razão do processo penal que poderá resultar, ao final, em uma pena que não vai conduzir o condenado para a cadeia. É desproporcional e nada homogêneo decretar a prisão preventiva quando já se sabe que será imposta uma pena alternativa⁶⁹.

Os delitos dolosos com pena máxima superior a quatro anos são crimes que geralmente possuem maior periculosidade e grau de reprovação, dessa forma resultam na

⁶⁸ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas:Editora VirtualBooks, 2011, p.57.

⁶⁹ GOMES; Apud PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas:Editora VirtualBooks, 2011, p.58.

previsão legal da decretação da prisão preventiva, desde que presentes os requisitos autorizadores.

Com relação ao requisito previsto no inciso II, do artigo 313, do Código de Processo Penal, que exige a condenação por outro crime doloso com sentença transitada em julgado. Tal requisito 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.

A reincidência está prevista no artigo 63 do Código Penal, porém nas lições de Pedro Henrique Santana Pereira: “Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”⁷⁰.

Dessa forma, caso já tenha passado mais de cinco anos do cumprimento da pena do delito anterior em que o indivíduo foi condenado, a condenação que motivou a pena cumprida não poderá servir de base para a decretação da prisão preventiva, em razão das condições temporais, impostas pelo artigo 64, I, do Código Penal, não gerando assim os efeitos da reincidência.

Em relação à reincidência e os crimes com pena máxima inferior ou igual há quatro anos, temos os ensinamentos de Pedro Henrique Santana Pereira, que diz: “Se o delito em que é indiciado tem pena inferior a 4 anos, existente a reincidência, não há qualquer vedação para que seja decretada a prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP e incabíveis outras medidas cautelares”⁷¹.

Portanto no caso supracitado não há aplicação da cláusula legal objetiva, imposta no inciso I, do artigo 313, do Código de Processo Penal, no caso de ter o acusado cometido anteriormente crime culposos, ou seja, ser reincidente em crime culposos. Ainda que estejam presentes os elementos da reincidência, não será possível decretação da prisão preventiva, pois o inciso II do artigo 313, do citado diploma legal, exige que a condenação anterior seja em crime doloso.

⁷⁰ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas:Editora VirtualBooks, 2011, p.61.

⁷¹ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas:Editora VirtualBooks, 2011, p.61.

Ainda segundo Paulo Rangel:

O inciso II refere-se ao reincidente e não apenas ao réu de maus antecedentes. O primeiro é aquele que comete um crime, tendo sido condenado anteriormente, dentro do prazo de 5 (cinco) anos, pela prática de outro crime (cf. art. 64, I, do CP). O segundo (réu de maus antecedentes) é aquele que comete um crime, tendo sido condenado anteriormente, dentro ou não do prazo de 5 (cinco) anos, pela prática de outro crime com sentença transitada em julgado (cf. art. 5º, LVII, da CRFB). Portanto, podemos afirmar que todo reincidente tem maus antecedentes, porém nem todo aquele que tem maus antecedentes será, necessariamente, reincidente⁷².

Portanto percebe-se que os requisitos previstos nos incisos I e II, do artigo 313, do Código de Processo Penal, são independentes, não sendo exigida para a decretação da prisão preventiva a cumulação dos dois requisitos, bastando apenas a presença de um destes, bem como algum dos fundamentos da prisão preventiva, previstos no artigo 312, do citado diploma legal.

Com relação ao inciso III, do artigo 313, do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, no caso de crimes domésticos cometidos em face pessoas hipossuficientes.

Assim na visão de Pedro Henrique Santana Pereira tal inciso é instituído:

Como forma de garantir a execução das medidas protetivas em favor da mulher (art. 22 e ss. da Lei 11.340/09), bem como quaisquer outras adotadas com fins de proteção à criança e adolescente (Lei 8.069/90), idoso (Lei 10.741/03), enfermo ou deficiente, é que a inovação legal permite a decretação da prisão preventiva. Note-se que o delito sob averiguação, neste caso, deve estar relacionado com violência doméstica, e pode ter pena máxima inferior a 4 anos, pois trata de hipótese legal específica. A razão de ser do inciso, é o alto grau de reprovação social de condutas criminosas que atingem pessoas em situação de fragilidade no âmbito familiar. Também será necessário, conforme assentado pelo art. 282 §4º, que se tente primeiro a adoção de outras medidas (no caso de aplicação da Lei 11.340/09, aquelas previstas a partir do art. 22), uma vez que a prisão preventiva possui natureza subsidiária⁷³.

⁷² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.781.

⁷³ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.62.

A Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), já havia inserido em nosso ordenamento jurídico um dispositivo que autorizava a decretação da prisão preventiva, visando garantir a execução das medidas protetivas de urgência, quando o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal lei regula o sistema de proteção à mulher contra violência doméstica e familiar.

A nova Lei nº 12.403/11 manteve a modalidade de prisão preventiva supracitada, porém houve uma ampliação desta proteção, para a criança, adolescente e idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, visando garantir a execução das medidas protetivas previstas em nosso ordenamento jurídico. Conseqüentemente, a prisão somente deverá durar o tempo necessário para garantir a execução da medida protetiva.

Em relação ao inciso III, do artigo 313, do Código de Processo Penal, também não se aplica a cláusula legal objetiva, prevista no inciso I, do artigo supracitado, assim como o inciso II, pois o inciso III é uma exceção prevista em nosso ordenamento jurídico. Dessa forma, pode abranger qualquer espécie de crime doloso, independente da pena ou de aspectos subjetivos do criminoso, bastando que seja perpetrado mediante violência doméstica e familiar. Portanto pode-se concluir que a regra contida no artigo 313, inciso I do Código de Processo Penal não é absoluta, comportando assim, exceções previstas no ordenamento jurídico.

Com isso, excepcionalmente, será possível a decretação da prisão preventiva mesmo em se tratando de delitos cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos de prisão. Assim com relação a este ponto surgem algumas indagações: o simples descumprimento injustificado das medidas cautelares autoriza a prisão preventiva? Precisam ser observados os demais requisitos e fundamentos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, inclusive a gravidade abstrata do delito pelo quantum de pena cominada? Há argumentos suficientes para ambos os pensamentos. Acompanhem, então, esta divergência.

Uma hipótese excepcional a tal regra é a prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, por descumprimento injustificado de medida cautelar diversa da prisão anteriormente imposta, prevista no artigo 319, do Código de Processo Penal. Pois o parágrafo único do artigo 312, do citado diploma legal prevê a possibilidade da decretação de tal modalidade de prisão.

No entanto, não fica claro o que ocorrerá se o agente que descumpra as cautelares é processado por um crime com pena igual ou menor que quatro anos, nos quais não cabe a

prisão preventiva por força do artigo 313, I, do Código de Processo Penal. Em análise inicial, a regra da vedação à prisão preventiva do artigo 313, I, supracitado, impede a aplicação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, por ser uma cláusula legal objetiva.

Porém, segundo os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

No caso de descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas (art. 282, §4º, CPP), a decretação da prisão preventiva não exigirá as situações do art. 313, devendo atentar-se apenas para os requisitos do art. 312, consoante se extrai do seu parágrafo único. Nesse caso, a preventiva não é autônoma, mas subsidiária⁷⁴.

Deve ser ressaltado com base nos princípios da proporcionalidade e de presunção de inocência, citados e estudados anteriormente, que a prisão preventiva deve ser a última das medidas aplicáveis, somente tendo lugar quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Abrangendo dessa forma o descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, do artigo 319, do Código de Processo Penal.

Em posicionamento contrário a Eugênio Pacelli de Oliveira, temos o pensamento de Pedro Henrique Santana Pereira:

O juiz não poderá, embasado simplesmente no descumprimento de alguma das medidas, decretar a cautela maior, pois a necessidade da prisão deverá restar devidamente fundamentada, bem como demonstrada a existência dos requisitos exigidos pelos arts. 312 e 313 do CPP⁷⁵.

Diante dos argumentos acima expostos foi possível identificar a divergência dos requisitos da decretação da prisão preventiva subsidiária no caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Dessa forma reforçando os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira no presente estudo, trazemos à tona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em decisão liminar

⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. p. 41. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

⁷⁵ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011, p.56.

proferida pelo Ministro e Presidente Ari Pargendler no habeas corpus nº 229.052 – PA, que afirma: “o descumprimento de medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal autoriza a decretação da prisão preventiva desde que demonstrada a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do mesmo diploma legal”⁷⁶.

Apesar de a atual política criminal, introduzida pela Lei nº 12.403/11, estar preocupada em esvaziar as prisões, pois se chegou a conclusão de que o sistema carcerário fracassou como meio de recuperar os delinquentes. Além é claro de se adequar a política criminal com a Constituição da República de 1988, sobretudo com o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Porém, segundo os ensinamentos de Paulo Rangel ao comentar a nova Lei nº 12.403/11, em especial ao tratar da prisão preventiva, prevista no artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal este afirma que tal artigo: “Trata-se da prisão preventiva substitutiva de medida cautelar, isto é, poderá ser decretada independentemente dos requisitos do art. 313 como forma de impor ao acusado um gravame maior em decorrência do seu comportamento desidioso”⁷⁷.

Dessa forma, os requisitos previstos no artigo 313, do Código de Processo Penal, somente podem ser exigidos naqueles casos em que for requerida a decretação direta da prisão preventiva, ou seja, a prisão preventiva autônoma, sem a anterior imposição de medidas cautelares diversas da prisão, sendo possível a decretação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva mesmo nos casos em que o crime praticado pelo indivíduo for punido com pena inferior ou igual a quatro anos de prisão.

Visando reforçar ainda mais as ideias trazidas por Eugênio Pacelli de Oliveira, temos os ensinamentos de Paulo Rangel, com relação à prisão preventiva subsidiária:

O dispositivo legal deixa claro que a autonomia da medida cautelar diversa da prisão, ou seja, pode ser determinada em crimes cuja pena seja inferior a 4 anos e, por via de consequência, a prisão preventiva também poderá ser decretada em crimes com pena inferior a 4 anos, sob pena de inviabilizarmos o sistema de prisão

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 229.052 – PA**. Ministro Ari Pargendler. Decisão 26 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/westj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=>>>. Acesso em 26 de abril de 2012.

⁷⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.850.

preventiva (art. 311) e das medidas cautelares (art. 319), pois não cumprida a medida cautelar diversa da prisão o acusado poderá ser preso preventivamente⁷⁸.

Nesse caso, a prisão preventiva pode ser decretada independentemente da pena máxima cominada ao crime, sob pena de não se mostrarem efetivas as medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal. Nessas hipóteses, por via de regra, em se tratando de crime doloso e punido com pena privativa de liberdade, será possível a decretação da prisão preventiva substitutiva ou subsidiária.

⁷⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.853.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por escopo discutir as alterações introduzidas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403/11, que ampliou o rol de medidas cautelares pessoais, revogando nosso antigo sistema bipolar da prisão ou liberdade, além de trazer à tona e discutir os aspectos jurídicos da prisão preventiva subsidiária.

Tal pesquisa, além de ter tratado da prisão preventiva subsidiária, explorou alguns aspectos importantes introduzidos em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403/11, sobretudo a compatibilização deste com o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição da República de 1988, pois a nova lei supracitada eliminou a prática de manter preso cautelarmente os que são presumidos inocentes.

Deve-se ressaltar a importância da pesquisa para o conhecimento e registro dos caminhos que estão sendo trilhados pela boa doutrina e jurisprudência acerca do tema explorado, uma vez que existem importantes divergências quanto aos requisitos para a decretação da prisão preventiva subsidiária na doutrina e jurisprudência, sobretudo quanto aos arrolados no artigo 313 do Código de Processo Penal.

O tema apresentado possui grande relevância no nosso ordenamento jurídico, haja vista que o referido assunto envolve a efetividade das medidas cautelares e possibilidade de decretação da prisão preventiva.

Com o presente estudo percebe-se que o legislador através da Lei nº 12.403/11, estabeleceu outras medidas cautelares pessoais diversas da prisão, elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, para serem aplicadas com prioridade, antes de o juiz decretar a prisão preventiva.

Dessa forma tais medidas devem ser aplicadas como medida excepcional, pois a regra é a liberdade, evitando assim a banalização das medidas cautelares, sobretudo da prisão preventiva. Sempre deve ser observado na aplicação de qualquer medida cautelar pessoal a necessidade e adequação de ser adotada tal medida, com base no princípio da proporcionalidade.

Ainda segundo a nova lei, viu-se, que não será cabível a prisão preventiva quando não for previsto no tipo penal a imposição de pena privativa de liberdade no caso de transgressão do referido tipo penal, bem como em via de regra para os crimes culposos.

A prisão preventiva subsidiária ou substitutiva decorre dos artigos 282, § 4º e 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal, sendo decretada em substituição às medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, adotadas anteriormente devido ao seu descumprimento. Tal modalidade de prisão preventiva decorre do caráter subsidiário da prisão preventiva.

Porém como visto o novo artigo 313, do Código de Processo Penal, criou uma cláusula legal objetiva, que estabelece um patamar mínimo da pena privativa de liberdade em abstrato, via de regra para que possa ser decretada a prisão preventiva. Dessa forma temos na doutrina divergências quanto à aplicação deste requisito com relação à prisão preventiva subsidiária ou substitutiva.

Imperioso destacar ainda que, tal cláusula legal objetiva não se aplica a modalidade de prisão preventiva supracitada, pois esta não é absoluta, comportando assim, exceções previstas no ordenamento jurídico.

Dessa forma, será possível a decretação da prisão preventiva subsidiária ou substitutiva, mesmo em se tratando de delitos cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos de prisão. Portanto não será exigido neste caso, que esteja presente algumas das situações previstas no artigo 313, do Código de Processo Penal, devendo apenas ocorrer o descumprimento injustificado da medida cautelar diversa da prisão.

Pois se entendermos que é necessária a presença de algum requisito do artigo 313, do Código de Processo Penal, sobretudo a cláusula legal objetiva, prevista em seu inciso I, o acusado ou indiciado, caso tenha supostamente cometido um crime com pena máxima em abstrato igual ou inferior a quatro anos. Sendo a este imposta uma medida cautelar diversa da prisão prevista, no artigo 319, do diploma legal supracitado e o mesmo venha a descumprir tal medida de maneira injustificada, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva do indivíduo.

Deve ser levado em conta que o acusado ou investigado, ao descumprir de forma injustificada a medida cautelar diversa da prisão, devido a seu comportamento desidioso impôs uma situação de risco à efetividade do processo. Caso assim não se entenda, têm-se um

grande risco, de se tornar ineficaz as medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, tornando assim por consequência ineficaz uma decisão judicial.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Márcio Thomaz; BOTTINI, Marcos Barbosa de Pierpaolo Cruz. **Novas cautelares privilegiam eficiência processual**. Consultor Jurídico. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-11/lei-institui-novas-cautelares-criminais-torna-processo-humano#autores>>. Acesso em: 19 out 2012.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Silene Cardoso. 4. ed. São Paulo: Ícone, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Código de processo penal (1941). Código de processo penal. In: CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Código penal (1940). Código penal. In: CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CURIA, Luiz Roberto (org). **Vade Mecum Saraiva**. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. **Habeas Corpus n.º 229.052 – PA**. Impetrante: Marcus Rogério Fonseca Pinto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Paciente: Raimundo do Socorro Benaion dos Santos. Ministro Ari Pargendler. Decisão 26 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/westj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=>>>. Acesso em 26 de abril de 2012.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319 do CPP**. 2011. Disponível em: <<http://www.leviobragacalhau.com.br/taxatividade-das-novas-medidas-cautelares-do-artigo-319-do-cpp-parte-1-de-2/>>. Acesso em: 19 out 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GEMAQUE, Silvio César Arouck. **Prisão cautelar ficou mais bem disciplinada**. Consultor Jurídico. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-23/prisao-cautelar-ficou-bem-disciplinada-regime>>. Acesso em: 19 out 2012.
- GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por fumus commissi delicti?**. 2011. Disponível em: <<http://www.institutoavantebrasil.com.br/descomplicando-o-direito/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti/>>. Acesso em: 19 out 2012.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 1.
- ISHIDA, Válder Kenji. **Medidas cautelares pessoais e a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, uma abordagem prática**. 2011. Disponível em: <<http://eduardo-viana.com/wp-content/uploads/2011/06/Medidas-cautelares-pessoais-e-a-Le-i-n%C2%BA-12.403-uma-vis%C3%A3o-pr%C3%A1tica.pdf>>. Acesso em: 19 out 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011**. Separata. Brasília: Lúmen Júris, 2011. 72 p. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2012.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

PEREIRA FILHO, João Carlos. **Prisão cautelar tem caráter excepcionalíssimo**. Consultor Jurídico. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-20/joao-pereira-filho-prisao-cautelar-carater-excepcionalissimo>>. Acesso em: 19 out 2012.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011). 1. ed. Pará de Minas: Editora VirtualBooks, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANNINI NETO, Francisco. **Medidas cautelares diversas da prisão são marco**. Consultor Jurídico. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-06/medidas-cautelares-diversas-prisao-fortalecem-principio-constitucional>>. Acesso em: 19 out 2012.