

## CAPÍTULO I

### 1 - DO DIREITO PENAL.

Romeu de Almeida Salles Júnior e Roberto de Almeida Salles, citando Magalhães Noronha, conceituam o Direito Penal como o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica<sup>1</sup>.

Complementa o conceito o professor Fernando Capez, em sua obra de Direito Penal:

O Direito Penal é o segmento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.<sup>2</sup>

Como visto o Direito penal tem por objetivo proteger a integridade dos bens juridicamente relevantes para a sociedade (vida, integridade física, patrimônio e outros), selecionando as condutas mais graves que podem lesá-los, descrevendo-as, incriminando-as e aplicando sanções operando assim uma intimidação coletiva no sentido de evitar comportamentos lesivos à sociedade.

#### 1.1 - PRISÃO PREVENTIVA.

Conceitua-se a prisão preventiva como:

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença

---

<sup>1</sup> SALLES Júnior, Romeu de Almeida e SALLES, Roberto de Almeida. **Curso Completo de Direito Penal**. 10ª Ed. rev. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

<sup>2</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral, I volume 1. 11ª edição de acordo com a Lei n. 11.343/2006 (nova Lei de Drogas) Editora Saraiva p.01

admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

Admite-se a decretação da preventiva até mesmo sem a instauração do inquérito policial, desde que o atendimento aos requisitos legais seja demonstrado por outros elementos indiciários, como os extraídos de procedimento investigatório extrapolicial.

A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator.<sup>3</sup>

Como visto do conceito, a prisão preventiva é uma prisão de natureza cautelar que deve ser decretada sempre que houver risco para a eficácia da persecução penal, desde que atendidos os seus requisitos legais que serão analisados nos tópicos que se seque.

### 1.1.2- Pressupostos.

Sobre o assunto, Fábio Roque Araújo e Nestor Távora analisam que como medida cautelar, a preventiva pressupõe a coexistência de *fumus comissi delicti* (fumaça da prática do delito) e do *periculum libertatis* (perigo da liberdade), que justifiquem o cárcere cautelar.<sup>4</sup>

Para a decretação da preventiva é fundamental a demonstração de prova da existência do crime, revelando a veemência da materialidade, e indícios suficientes de autoria ou de participação na infração (art. 312, in fine, CPP). Os pressupostos da preventiva materializam o *fumus commissi delicti* para a decretação da medida, dando um mínimo de segurança na decretação da cautelar, com a constatação probatória da infração e do infrator (justa causa). Assim, insistimos: A ) Prova da existência do crime: a materialidade delitiva deve estar devidamente comprovada para que o encarceramento cautelar seja autorizado; B ) Indícios suficientes da autoria: basta que existam indícios fazendo crer que o agente é o autor da infração penal. Não é necessário haver prova robusta, somente indícios.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> TAVORA, Nestor;ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5ª Ed. Revista ampliada e atualizada editora jus podivm p.543

<sup>4</sup> TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Roque Fábio. CPP para concursos. Editora Jus Podivm.2010. p. 395.

<sup>5</sup>TAVORA, Nestor;ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5ª Ed. Revista ampliada e atualizada editora jus podivm p.543

Exige-se como visto, tão somente a prova da existência do crime e não da autoria ou da participação que se satisfazem com apenas indícios. Inexistindo prova da existência do crime incabível por sua vez a decretação da preventiva

### **1.1.3 - Condições de admissibilidade.**

Em regra a prisão preventiva é cabível tão somente nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

A preventiva só tem cabimento na persecução penal para a apuração de crimes dolosos. Os crimes culposos e as contravenções penais não admitem a prisão preventiva. Contudo, nem todos os crimes dolosos admitem preventiva somente se reserva a abarcar os crimes dolosos mais graves (...)<sup>6</sup>

Atualmente já não se leva em conta a qualidade da pena, de reclusão ou detenção, considera-se a quantidade da pena máxima cominada em abstrato no tipo penal.

### **1.1.4 - Hipóteses de decretação.**

Não basta, para a decretação da preventiva, tão somente a comprovação da existência do crime e dos indícios de autoria. É preciso mais.

De acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal a prisão preventiva poderá ser decretada como garantida da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da Lei penal.

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.<sup>7</sup>

Da análise do artigo extrai-se que para a possibilidade de decretação da prisão preventiva é necessária a prova da existência do crime e o periculum libertatis

---

<sup>6</sup> TAVORA, Nestor;ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5ª Ed. Revista ampliada e atualizada editora jus podivm p.548

<sup>7</sup> **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**, Anne Joyce Angher, organização. 13ª Ed. atual. E ampl. São Paulo: Rideel, 2011. Série Vade Mecum

(perigo da liberdade), ou seja, a liberdade do autor da infração enseja um risco para a ordem econômica, para a ordem pública, para a aplicação da lei penal ou se mostra conveniente para a instrução criminal.

*Fumus commissi delicti* : é verdadeiramente a justa causa para a decretação da preventiva, consolidada na presença dos indícios de autoria que remontam um diagnóstico prévio indicando o indiciado ou processado como (provável) responsável pelo fato delitivo, além da prova da materialidade, consubstanciada pelo lastro probatório sólido de que a infração existiu;

*Periculum libertatis*: é o risco provocado pela manutenção da liberdade do sujeito passivo da persecução penal, de modo a identificarmos as hipóteses de decretação da preventiva, que merecem interpretação restritiva. Vejamos:

**Garantia da ordem pública:** a expressão ordem pública é por demais imprecisa, dando margem a diversas interpretações quanto ao seu conteúdo e abrangência. Somos partidários da tese de que a ordem pública está em risco quando há probabilidade da reiteração de delitos, em razão da manutenção da liberdade.

**Garantia da ordem econômica:** o fundamento foi trazido pela Lei nº. 8.884/1994 (Lei Antitruste), objetivando coibir a reiteração de condutas que afetem a ordem econômica.

**Conveniência da instrução criminal:** o objetivo é a preservação da livre produção probatória, despida de qualquer tipo de coação que possa ser exercida pelo imputado ou por pessoas ligadas a ele. Por força da Lei nº. 11.900/09, o temor da vítima e/ou testemunhas quanto à presença do imputado na audiência de instrução e julgamento pode justificar a realização da oitiva por videoconferência (art. 185, § 2º, III, CPP);

**Assegurar a aplicação da lei penal:** deve haver risco considerável de fuga, com fundamentos concretos que indiquem que o imputado pretende eximir-se da responsabilidade criminal evadindo-se. A mera ausência do réu a um ato do processo, mesmo que injustificada, não faz presumir a fuga, podendo o magistrado valer-se da condução coercitiva, conforme o caso (art. 260, CPP);<sup>8</sup>

Ademais, a decretação da prisão preventiva pode ocorrer em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, em virtude de requerimento do Ministério Público, do querelante, representação da autoridade policial ou do assistente de acusação permitindo requerê-la, o que antes não era possível. Somente na fase judicial é que poderá ser decretada de ofício pelo juiz não mais como antes, durante a investigação.

Vale ressaltar também que Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. (artigo 236 Código Eleitoral).<sup>9</sup>

<sup>8</sup> TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Roque Fábio. CPP para concursos. Editora Jus Podivm.2010. p. 395

<sup>9</sup> TAVORA, Nestor;ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5ª ed. Revista ampliada e atualizada editora jus podivm p.551

Para fundamentá-la o magistrado deverá indicar no mandado de prisão os fatos, os motivos que contribuíram para a formação do seu convencimento para a decretação da prisão preventiva. Obedecendo ao princípio da motivação das decisões judiciais ( artigo 93, IX, CF) a omissão desta exigência constitucional, torna-se a prisão ilegal.

O art. 315 do CPP exige fundamentação no despacho que decreta a medida prisional. Tal exigência decorre também do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). O magistrado está obrigado a indicar no mandado os fatos que se subsumem à hipótese autorizadora da decretação da medida.

Decisões vazias, com a simples reprodução do texto da Lei, ou que impliquem meras conjecturas, sem destacar a real necessidade da medida pelo perigo da liberdade, não atendem à exigência constitucional, levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão

Prescreve o artigo 316 do Código de Processo Penal que a prisão preventiva durará enquanto presentes os requisitos legais, não há um prazo pré –estabelecido. Contudo, uma vez desaparecidos os requisitos que autorizam a prisão preventiva deverá esta ser revogada pelo magistrado.

A prisão preventiva, como medida cautelar, irá flutuar ao sabor da presença ou ausência dos elementos que autorizam a decretação. É movida pela cláusula rebus sic stantibus, assim, se a revogação é obrigatória. Deve o magistrado revogar a medida, de ofício, ou por provocação, sem a necessidade de oitiva prévia do Ministério Público. O promotor será apenas intimado da decisão judicial, para se desejar, apresentar o recurso cabível à espécie. Todavia, uma vez presentes novamente os permissivos legais, nada obsta a que o juiz a decrete novamente, quantas vezes se fizerem necessárias (art. 316, CPP).<sup>10</sup>

Corroborando o exposto Edilson Mougenot Bonfim:

A decretação da prisão preventiva não se faz por prazo determinado, isto é, possui caráter rebus sic stantibus , ou seja, enquanto as coisas continuarem como estão. Entretanto é certo que não pode o réu permanecer preso preventivamente por prazo indeterminado, sob pena de se caracterizar

---

<sup>10</sup> TAVORA, Nestor;ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5ª ed. Revista ampliada e atualizada editora jus podivm pag.552

constrangimento ilegal. Nesse caso, a jurisprudência tem criado mecanismos para a aferição da existência do chamado “excesso de prazo”.<sup>11</sup>

Conforme mencionado o magistrado deverá revogar a prisão preventiva, quando desaparecerem os elementos que autorizaram a sua decretação ou, caso a situação das coisas venham a se alterar, e eles se tornem presentes, deverá decretá-la novamente.

## **1.2 - DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.**

As medidas cautelares diversas da prisão<sup>12</sup> são providências que devem ser tomadas pelo juiz para assegurar o bom andamento do processo penal bem como acautelar a sociedade. Como quaisquer outras medidas cautelares no âmbito do processo penal exigem a existência de um delito e prova de autoria ou participação na infração penal. Não visam à privação da liberdade, mas sua restrição, com o intuito de assegurar a aplicação da lei penal, como medida menos gravosa à prisão.

---

<sup>11</sup> MOUGENOT. **Curso de Processo Penal**. 6ª edição de acordo com a Lei n. 12.234/2010(prescrição) Editora Saraiva.

<sup>12</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

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

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

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

A Lei Nº 12.403/11 traz mudanças significativas no que tange aos poderes de atuação da Autoridade policial, do poder Judiciário e do Ministério público, e, ao mesmo tempo, traz a necessidade de uma harmonização destas figuradas para a apuração do Inquérito policial. Com o advento da nova Lei, o delegado de polícia, representante competente da autoridade policial, passa a adquirir papel fundamental quanto ao objetivo da preservação, sempre que possível, do direito de liberdade do cidadão. (Bonfim, 2011:101).<sup>13</sup>

Do exposto observamos que o delegado de polícia pode requerer ao juiz a decretação de medidas cautelares, a decretação da prisão preventiva.

O que vem causando espanto na doutrina e, que talvez seja mais uma falha da legislação, é a impossibilidade de decretação de prisão preventiva para crimes como, coação no curso do processo (art. 344 do Código Penal) e formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), crimes cujas penas máximas não extrapolam 04 (quatro) anos crimes que ofendem bem jurídicos tutelados pela sociedade. Seria talvez necessária uma reforma legislativa penal para elevar a quantidade da pena privativa máxima prevista em abstrato para além dos 04 (quatro) anos.

A Lei Nº 12.403/11, como já citado, trouxe mudanças significativas no que tange aos poderes de atuação da Autoridade policial, do poder Judiciário e do Ministério público, e, ao mesmo tempo, traz a necessidade de uma harmonização destas figuradas para a apuração do Inquérito policial.

Da análise da referida Lei vislumbram-se mais duas possibilidades de decretação da prisão preventiva. A primeira diz respeito à carência de elementos que identifiquem a pessoa do indiciado/acusado, prevista no art. 313, parágrafo único, e, a segunda, diz respeito à decretação da preventiva quando do não acatamento das medidas cautelares diversas da prisão pelo suposto autor do fato. Quanto a esta última hipótese, surge a polêmica: será possível a decretação da prisão preventiva nos crimes com pena privativa de liberdade máxima em abstrato não superior a 4 (quatro) anos, mesmo quando o art. 313, inciso I, prevê a impossibilidade de imposição de tal medida a crimes que possuam este máximo de pena?

---

<sup>13</sup> <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art17.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2012. 19hs16min.

Guilherme de Souza Nucci (2011) adota a posição de que, sim, seria possível a medida extremada até mesmo nos crimes abaixo do limite de 4 (quatro) anos de pena máxima em abstrato, como se segue:

As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento de cadeias. porém, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282 § 4º, parte final, do CPP, pode-se decretar a preventiva, como última opção. Assim sendo, soa-nos válida a hipótese para qualquer espécie de delito. Ilustrando: o réu, preso em flagrante por furto simples, recebe liberdade provisória, com a obrigação de comparecer em juízo, justificando suas atividades; o furto simples, como regra, não mais comporta a decretação de preventiva; porém, se descumprir a obrigação fixada, não havendo outra solução, pode o magistrado decretar a preventiva (nucci, 2011:69).

O próprio projeto de Lei 4.208 de 2011 que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal – relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências de autoria do Poder Executivo, e de relatoria do Deputado João Campos foi expresso em prescrever que “ *No caso, coloca a prisão preventiva como medida excepcional, só cabível quando houver impossibilidade de aplicação de outra medida cautelar (§ 6º do art. 282).*”<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup>[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CC66930F90387ABA6DF602214BBD1FB9.node2?codteor=677918&filename=Tramitacao-PL+4208/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CC66930F90387ABA6DF602214BBD1FB9.node2?codteor=677918&filename=Tramitacao-PL+4208/2001). Acesso em 10/11/2012. 19hs47min.