

CAPITULO III

A POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES DOLOSOS COM PENA MÁXIMA INFERIOR OU IGUAL A QUATRO ANOS.

3.1- As interpretações sobre o tema.

Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, levanta as seguintes hipóteses:

Certamente, duas vertentes interpretativas são admissíveis: a) a prisão preventiva somente pode ser decretada, em qualquer situação, para crimes dolosos, com pena superior a quatro anos, reincidência em crime doloso ou violência doméstica e familiar; b) a prisão preventiva pode ser decretada para todos os casos supra mencionados, mas também para todas as hipóteses de descumprimento das obrigações fixadas por medidas cautelares alternativa, válidas para qualquer espécie de delito.¹

Defende o autor que 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.²

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 69

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p 69

No mesmo sentido, Cleber Rogério Masson, defende ser possível a decretação da prisão preventiva, pelo descumprimento das medidas cautelares, desde que presentes os requisitos autorizadores da (prisão preventiva).

Se o acusado descumpre, injustificadamente a medida cautelar, precisa suportar a sanção inerente à sua desídia perante a decisão judicial, com a decretação da prisão preventiva. Ademais, se não fosse assim nada poderia ser feito pelo magistrado, que ficaria sem autoridade para a condução da ação penal, tornando meramente simbólica a atuação da legislação processual.³

A construção doutrinária para justificar esta tese é explicada por Victor Eduardo Rios Gonçalves:

como o artigo 282, § 4º, do CPP encontra-se no capítulo 'Das Disposições Gerais' desacompanhado de outros requisitos, parece clara a possibilidade de decretação da preventiva pelo descumprimento de outra cautelar, ainda que a pena máxima do crime seja inferior a 4 anos e até mesmo que se trate de crime de menor potencial ofensivo (cometido com violência ou grave ameaça)... com isso corrige-se uma grave lacuna da legislação anterior, na medida em que a pessoa que ameaçava de morte reiteradamente a mesma vítima não podia ser presa preventivamente (crime apenado com detenção) e, como sabemos, em alguns casos, o homicídio acabava se concretizando.⁴

Busca-se assim efetivar a prestação jurisdicional e a efetivação das medidas cautelares, além de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução penal. É uma forma de reprimenda ao teimoso e rebelde à disciplina imposta pelo Juízo; seria uma sanção por desobediência ou ofensa à ordem do magistrado. Descumprindo a ordem do Juízo, não havendo outra medida suficiente e adequada a prisão preventiva faz-se necessária.

3 MASSON, Cleber Rogério. **Prisão e Medidas Cautelares: Inovações promovidas pela Lei n. 12.403/2011**. In: Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011. Valter Foleto Santin e Wallace Paiva Martins Junior (organizadores). São Paulo: Edições APMP, 2011.

4 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 1ª Ed. Editora Saraiva, 2012

Gianpaolo Poggio Smanio, citado por Leonardo Marcondes de Araújo⁵ em artigo intitulado *Prisão Preventiva: (im)possibilidade conforme o "quantum" da pena máxima em abstrato*, também desconsidera a vedação temporal do artigo 313, inciso I, do CPP, para a decretação desta espécie de preventiva, chamada "por substituição", a qual poderia "ocorrer para qualquer crime que comporte as medidas cautelares, para os quais seja cominada ao menos alternativamente a pena privativa de liberdade, desde que necessária e adequada a medida prisional". E, ainda, justifica nos seguintes termos: "Primeiramente porque não se trata de decretação de preventiva como dispõe o artigo 313, mas sim de substituição de uma medida cautelar por outra. Em segundo lugar porque o descumprimento das medidas cautelares ficaria sem sanção adequada, perdendo a sua finalidade processual de ser medida alternativa à prisão e à liberdade provisória."

Na mesma esteira é a lição dos professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, *in verbis*:

No transcorrer da persecução penal (...) é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também chamada por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva.⁶

Enfim, outros tantos doutrinadores poderiam ser citados como defensores da tese (aparentemente majoritária) que reconhece a possibilidade de prisão preventiva por descumprimento das medidas cautelares alternativas a qualquer espécie de delito, independente da pena cominada, tudo em nome da credibilidade do sistema de justiça criminal e da própria eficácia e manutenção das alternativas à prisão.

5 <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,prisao-preventiva-impossibilidade-conforme-o-quantum-da-pena-maxima-em-abstrato,35393.html>. Acesso em 11 de novembro de 2012, às 09h40min.

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

Registre-se aqui o pensamento de Guilherme de Souza Nucci, utilizado como marco teórico da presente monografia, corroborando a tese aqui defendida:

As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento das 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 (a qualquer espécie de delito).⁷

Em sentido oposto, Rogério Sanches Cunha, promotor de justiça no estado de São Paulo, assevera ser impossível a decretação da prisão preventiva em crimes dolosos com pena máxima igual ou inferior a quatro anos. Para a decretação da prisão preventiva faz-se imprescindível a presença das condições de admissibilidade do artigo 313 do CPP, assim argumenta:

Mesmo aqui entendemos imprescindível ponderar a presença das condições de admissibilidade previstas no artigo 313 do CPP. Raciocínio diverso, além de fomentar a prisão provisória fora dos casos permitidos por lei, não observa que o art. 313 se aplica a todas as hipóteses do art. 312, não excepcionando o seu parágrafo único⁸

Para o referido autor, o parágrafo único do artigo 312 não excepciona a regra contida no artigo 313, em especial o inciso primeiro.

No entanto, com o devido respeito ao posicionamento contrário continuamos a defender a possibilidade de decretação da prisão preventiva, em último caso, havendo o descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

8 CUNHA, Rogério Sanches. *Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011*. Alice Bianchini, Ivan Luís Marques, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches e Silvio Maciel. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 16 e 25.

3.2- A possibilidade de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão.

No tópico anterior analisaram-se as interpretações acerca da possibilidade de decretação da prisão preventiva em crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a quatro anos, em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão.

Relembrando, citamos a favor da decretação da prisão preventiva em tal hipótese, Guilherme de Souza Nucci – cujos ensinamentos são o marco teórico da presente monografia, seguido dos autores Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar, Fábio Roque Araújo, Eugênio Pacelli de Oliveira dentre outros. Em posição contrária e aparentemente minoritária, Rogério Sanches Cunha, respeitável promotor de justiça no Estado de São Paulo.

Filiando-se a corrente doutrinária que defende a possibilidade de decretação da prisão preventiva, em último caso, havendo o descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, sedimentaremos, aqui, a posição esboçada por nós no sentido de que no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas (medidas cautelares diversas da prisão), 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.**

O Código de Processo Penal, em seu título IX “Da prisão, Das medidas cautelares e da Liberdade provisória” (denominação dada pela Lei 12.403/11), Capítulo I “Disposições Gerais”, no artigo 282, § 4º declara expressamente a possibilidade de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão que forem impostas ao processado.

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

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

§ 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). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (grifos nossos)⁹

Como se percebe o artigo 282, §4º remete ao artigo 312, parágrafo único do mesmo diploma processual penal, que está inserido no capítulo III que disciplina a prisão preventiva, o qual prescreve que a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Frise-se aqui que o comentado parágrafo único do artigo 312 não traz nenhuma observância obrigatória as hipóteses de decretação arroladas no artigo 313 do CPP, em especial o inciso I. Assim, conclui-se que mesmo ausentes referidas hipóteses é possível a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão impostas ao processado.

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (grifos nossos)

⁹ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**, Anne Joyce Angher, organização. 13ª Ed. atual. E ampl. São Paulo: Rideel, 2011. Série Vade Mecum

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (grifos nossos)

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Vê-se, portanto, que a nova legislação, Lei 12.403/11, estabeleceu a possibilidade excepcional (em último caso) do decreto prisional preventivo em face do descumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão, sempre que concluir a autoridade judicial pela sua **necessidade** e **adequação** diante do caso concreto, em homenagem aos primados democráticos da proporcionalidade e razoabilidade.

Vislumbra-se assim que a prisão preventiva esta inserida no título IX, do CPP, que em seu capítulo I, artigo 282 prescreve que as medidas cautelares previstas neste título (inclui-se, portanto, a prisão preventiva) deverão ser aplicadas observando o binômio necessidade e adequação. Vejamos:

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).¹⁰

¹⁰ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**, Anne Joyce Angher, organização. 13ª Ed. atual. E ampl. São Paulo: Rideel, 2011. Série Vade Mecum

Ademais, precisam ser observados os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, quais sejam garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Cleber Rogério Masson defende ser prescindível, isto é, dispensável a 313 do CPP, em caso descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão.

Se o acusado descumpre injustificadamente a medida cautelar, precisa suportar a sanção inerente à sua desídia perante a decisão judicial, com a decretação da prisão preventiva. Ademais, se não fosse assim nada poderia ser feito pelo magistrado, que ficaria sem autoridade para a condução da ação penal, tornando meramente simbólica a atuação da legislação processual.¹¹

No mesmo sentido Eugênio Pacelli de Oliveira defende que:

a decretação da preventiva não exigirá as situações do art. 313 (inclusive o teto de pena máxima em abstrato), devendo atentar-se apenas para os requisitos do art. 312, consoante se extrai do seu parágrafo único”.¹²

Igualmente, Francisco Sannini Neto, citado por Leonardo Marcondes de Machado, Delegado de polícia no Estado de Santa Catarina, em artigo já mencionado páginas antes defende que:

em se tratando de prisão preventiva decretada em substituição à outra medida cautelar descumprida, não é necessária a presença do requisito estabelecido no artigo 313, I, ou seja, independe da pena máxima cominada, desde que estejam presentes os requisitos do artigo 312 e o crime seja doloso.¹³

11 MASSON, Cleber Rogério. **Prisão e Medidas Cautelares: Inovações promovidas pela Lei n. 12.403/2011**. In: Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011. Valter Foleto Santin e Wallace Paiva Martins Junior (organizadores). São Paulo: Edições APMP, 2011.

12 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 554.

13 <http://jus.com.br/revista/texto/20689/prisao-preventiva-im-possibilidade-conforme-o-quantum-da-pena-maxima-em-abstrato/3>. Acesso em 11 de novembro de 2012. As 12hs14min

Registre-se ainda o pensamento de Guilherme de Souza Nucci, tomado como marco teórico da presente monografia, o qual esboça:

as medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento das 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 (a qualquer espécie de delito).¹⁴

De uma rápida leitura do artigo 313, I do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/11 poder-se-ia ter uma falsa impressão que somente seria cabível a prisão preventiva nos crimes com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Contudo, mediante uma análise mais profunda sobre o tema em discussão, não resta alternativa senão acolher a tese de que é cabível a prisão preventiva também nos crimes punidos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos quando o indivíduo for reincidente em crime doloso, para garantia das medidas protetivas de urgência, para vítimas em situação de vulnerabilidade, pelo descumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão ou quando houver dúvida sobre a identificação civil.

Vejam os acórdãos:

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. - Nos termos do art. 282, § 4º, do CPP, introduzido pela Lei nº 12.403/11, **é possível a decretação da prisão preventiva em crimes punidos como pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, se o paciente descumpriu injustificadamente as medidas cautelares impostas e as demais se mostrarem ineficazes.**No presente writ, sustenta a impetrante ausência de fundamentação idônea no decreto constritivo, visto que não demonstrada, concretamente, a presença dos requisitos autorizadores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal. Enfatiza que o fato de o paciente não ter sido encontrado no endereço fornecido nos autos, não é motivo suficiente para a decretação da prisão cautelar, Documento: 17049696 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 18/08/2011 Superior Tribunal de Justiça HABEAS CORPUS Nº 216.132 - MG (2011/0195599-3). RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES. (grifos nossos)

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Sedimentando a tese aqui defendida a jurisprudência coloca-se no entendimento que caso haja o descumprimento injustificado das medidas cautelares impostas é possível a decretação da prisão preventiva, ainda que o crime seja apenado com pena privativa de liberdade em grau máximo igual ou inferior a quatro anos, conforme se lê do acórdão supra.

No mesmo sentido o acórdão da relatoria do Desembargador Catta Preta, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgado em 19 de julho de 2011:

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - FURTO SIMPLES - DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DA LIBERDADE PROVISÓRIA - REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE. - **Nos termos do art. 282, §4º, do CPP, introduzido pela Lei 12403/11, é possível a decretação da prisão preventiva em crimes punidos com pena igual ou inferior à 04 (quatro) anos, se o paciente descumpriu injustificadamente as medidas cautelares impostas** e as demais se mostrarem ineficazes. Numeração Única: 0394079-75.2011.8.13.0000. Relator:Des.(a) CATTÁ PRETA Data do Julgamento: 19/07/2011. Data da Publicação: 28/07/2011. (grifos nossos)

Colacionados tais entendimentos jurisprudenciais, somando-se ainda a doutrina que vem se mostrando majoritária, sedimenta-se de forma definitiva a possibilidade de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão como assevera o § 4º do Código de Processo penal, admitindo que no caso de **descumprimento de qualquer das obrigações impostas** (leia-se medidas cautelares diversas da prisão), 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**.